

Cuadernos del

CELS

2

**ARGENTINA
Y LA TORTURA:
Obligación de juzgar
a los responsables**

George C. Rogers

Noviembre 1990

Buenos Aires, Argentina

PREFACIO

GEORGE C. ROGERS

DONACION

CELS - AREA DOCUMENTACION

ARGENTINA Y LA TORTURA:

Obligación de juzgar a los responsables

George C. Rogers*

Traducción del inglés: Javier Mignone

MADRES DE PLAZA DE MAYO LINEA FUNDADA
BIBLIOTECA Y ARCHIVO



**Cuadernos del
CELS**

**Centro de Estudios Legales y Sociales
Buenos Aires, Argentina**

GEORGE C. ROGERS

B.A. Cornell University (1979), M.A. George Town University (1981), J.D. Columbia University (1990). Editor de notas, Columbia Journal of Transnational Law (1989-90). Trabajó en el Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina en 1988 donde ayudó en la preparación de una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Escuela de Mecánica de la Armada; también participó en la argumentación oral ante la Comisión en su reunión de septiembre de 1989. De 1980 a 1987 trabajó sobre temas de derechos humanos y política exterior en la Washington Office on Latin America.

Año I N° 2 - Noviembre 1990

Cuadernos del CELS
es una publicación del Centro de Estudios Legales y Sociales.

ISBN 950-99359-2-1. Hecho el depósito que marca la ley,
By Centro de Estudios Legales y Sociales.

El CELS no se hace responsable de los conceptos vertidos en este Cuaderno.

Paz Producciones
Producción Gráfica y Editorial
Noviembre 1990

PREFACIO

Por la importancia que reviste, el Centro de Estudios Legales y Sociales ha resuelto traducir al castellano y publicar el artículo del jurista estadounidense George C. Rogers, intitulado Argentina y la tortura: obligación de juzgar a los responsables

Dicho trabajo apareció en inglés en 1989 en el volumen 20:259 de la Columbia Human Rights Law Review, de la Universidad de Columbia, Nueva York, Estados Unidos. Es producto, en parte, de la labor del autor en el CELS en el caso de la Escuela de Mecánica de la Armada presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos para su elevación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos ubicada en San José, Costa Rica. La causa aún se encuentra en trámite.

Rogers, que escribió este artículo mientras concluía sus estudios de posgrado en la Universidad de Columbia, ha realizado un exhaustivo análisis de la cuestión desde el punto de vista del derecho internacional. Su conclusión acerca de la obligación del Estado argentino de sancionar a los militares responsables de torturas en virtud de los términos de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, suscripta y ratificada por nuestro país y por otros Pactos Internacionales, es terminante. Los argumentos, antecedentes y opiniones que trae a colación no ofrecen lugar a

dudas. Frente a este deber, por tratarse la tortura de un delito de lesa humanidad, carecen de eficacia las normas de la llamada Ley de Obediencia Debida, que eximen de responsabilidad a los torturadores que actuaron bajo órdenes.

Por su valor científico el trabajo de Rogers, que merece ser conocido por el público de habla española, tendrá que ser tenido en cuenta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando considere el caso.

Emilio F. Mignone

Buenos Aires, 25 de agosto de 1990

Rogers, que escribió este artículo mientras concluía sus estudios de posgrado en la Universidad de Columbia, ha realizado un exhaustivo análisis de la cuestión desde el punto de vista del derecho internacional. Su conclusión acerca de la obligación del Estado argentino de sancionar a los militares responsables de torturas en virtud de los términos de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es terminante. Los argumentos y por otros factores internacionales, es terminante. Los argumentos, antecedentes y opiniones que se relacionan no ofrecen lugar a

El autor desea expresar su reconocimiento al Dr. Alejandro Garro de la Columbia Law School por compartir generosamente sus puntos de vista jurídicos y brindarle su solidaridad personal a lo largo de este proyecto. Agradece también a Harold Freiman por su inteligente, dedicado y comprensivo trabajo de edición. Finalmente, el especial agradecimiento a mi esposa, Debora Benchoam, por sus opiniones y análisis, por su apoyo emocional y por el seguro alumbramiento de nuestra hija, Tamara Carina, justo después de completar la revisión de las citas.

*No pienso que la paz se pueda alcanzar indultando a aquellos que han secuestrado, torturado o asesinado. Sólo la justicia puede garantizar la verdadera paz. (Ernesto Sábato)*¹

*Los indultos nos llevan un paso más cerca de reivindicar la represión, y la reivindicación conduciría una repetición de lo sucedido en la última década. (Adriana Calvo de Laborde)*²

1 Novelista y presidente de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, citado en Pardon of Argentine Officers Angers Critics of the Military, N.Y. Times, 9 de octubre de 1989, pg. A3, col. 3.

2 Activista de derechos humanos y representante de sobrevivientes de la tortura, citada en ibidem.

Introducción

El 8 de diciembre de 1977, las fuerzas de seguridad argentinas secuestraron a una religiosa francesa, hermana Alice Domon, y a otras diez personas del atrio de la Iglesia de la Santa Cruz en Buenos Aires, llevándoselas a un centro de detención secreto en la Escuela de Mecánica de la Armada.³ Las personas que habían estado reuniéndose en la iglesia eran miembros de las Madres de Plaza de Mayo, un pequeño grupo de mujeres que se estaba organizando para presionar al gobierno a fin de obtener información sobre el destino de sus maridos, hijos e hijas desaparecidos.⁴ Los familiares desaparecidos de las Madres de Plaza de Mayo están entre las diez y treinta mil personas “desaparecidas” por el gobierno militar que tomó el poder por medio de un golpe de estado en marzo de 1976. La hermana Domon y la hermana Leonie Renée Duquet (de la misma congregación religiosa) fueron de las últimas en desaparecer. Sus captores torturaron salvajemente a las religiosas, matándolas luego.⁵ Personal de la Ar-

3 Informe de la Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas, *Nunca Más* 135-36, 351-52 (1984) (de aquí en adelante *Nunca Más*). El informe fue compilado por una comisión designada en diciembre de 1983 por el presidente Raúl Alfonsín con el mandato de investigar los secuestros y asesinatos secretos cometidos por el gobierno militar previo. El informe incluye 50.000 páginas de documentación, una lista de 8.961 desaparecidos y de otros vistos con vida en centros de detención secretos, y 365 centros de detención conocidos.

4 Las Madres de Plaza de Mayo toman su nombre de la plaza ubicada delante del palacio presidencial donde todos los jueves por la tarde se reúnen para protestar por la desaparición de sus familiares.

5 Sobrevivientes del centro de detención que tuvieron contacto con las religiosas atestiguan-

mada secuestró y detuvo en el mismo centro de detención a más de 5.000 personas.⁶ Así como las religiosas francesas, la mayoría de estas personas fueron torturadas y muertas. Otros secuestrados “reaparecieron” públicamente cuando la Armada los trasladó a una cárcel pública y los retuvo como presos políticos. Algunos padecieron lavados de cerebro o fueron forzados a colaborar con sus captores, ocasionalmente a cambio de beneficios tales como comida o visitas vigiladas a sus familias de fin de semana⁷.

En diciembre de 1983, los militares entregaron el poder a dirigentes civiles electos. El nuevo presidente, Raúl Alfonsín, y familiares de desaparecidos elevaron cargos contra los oficiales militares responsables de secuestros, torturas y desapariciones. Aquellos cargos han sido desde entonces dejados de lado por disposiciones de una ley que declara inimputables a todos los oficiales que según su rango o posición habían cumplido órdenes al participar en la represión dirigida por el Estado⁸. El Poder Ejecutivo urgió al Congreso para la aprobación de esta ley por presión de los militares luego de dos levantamientos armados. Un indulto previo a la sentencia otorgado por el actual presidente, Carlos Saúl Menem, liberó de juicio a los restan-

ron que éstas habían sido torturadas, fotografiadas con fines propagandísticos delante de un cartel de un movimiento armado opositor, y luego “trasladadas”, un eufemismo para decir que fueron llevadas y asesinadas. “(La hermana Alice) la habían atado a una cama, totalmente desnuda, y le habían aplicado picana eléctrica por todo el cuerpo.” Nunca Más, nota 3 arriba, en 351 (testimonio de Horacio Domingo Maggio).

6 *Ibidem*, en 132.

7 Los testimonios sobre el campo provinieron de aquellos que sobrevivieron al ser trasladados a prisiones políticas. Personas como Carlos Muñoz, quien trabajó como fotógrafo para sus captores y observó sus extensos registros, pudieron verificar la cantidad de gente detenida y desaparecida en la Escuela de Mecánica de la Armada. *Ibidem* en 140, 275. Ver también el testimonio de Miriam Lewin de García, *ibidem*, en 134.

8 La ley es comúnmente denominada Ley de Obediencia Debida. Ley 23.521, A.L.J.A. No. 335, (XLVII-D) A.D.L.A. 1548 (1987) (de aquí en más Ley de Obediencia Debida).

tes dieciocho oficiales militares que aún tenían pendientes contra ellos acusaciones de violaciones a los derechos humanos⁹.

El presente artículo argumenta que la aprobación y aplicación de la Ley de Obediencia Debida contraviene las obligaciones legales internacionales de la Argentina bajo la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura) de enjuiciar a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos internacionalmente reconocidos¹⁰. El derecho consuetudinario internacional implícito en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)¹¹ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de Derechos Civiles y Políticos)¹² coloca a las naciones en la obligación de juzgar a los responsables de violaciones

9 N.Y. Times, 19 de septiembre de 1989, en A10, col. 1.

10 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, abierta para la firma el 4 de febrero de 1985, 23 I.L.M. 1027 (1984), según fue modificado, 24 I.L.M. 535 (1985), 39 U.N. GAOR Supp. (No. 51) en 197, U.N. Doc. A/39/51 (1985) (entró en vigor el 26 de junio de 1987) (de aquí en más Convención contra la Tortura). Argentina ratificó la Convención contra la Tortura el 24 de septiembre de 1986. Tratados Multilaterales Depositados en poder del Secretario General, estado al 31 de diciembre de 1988, en 178, U.N. Doc. ST/LEG/SER.E/6 (1989) (de aquí en más Tratados Multilaterales Depositados en poder del Secretario General). Otros países que ratificaron la Convención contra la Tortura incluyen Afganistán, Austria, Belice, Bulgaria, RSS Bielorrusa, Camerún, Canadá, Colombia, Dinamarca, Egipto, Francia, República Democrática Alemana, Hungría, Luxemburgo, México, Noruega, Panamá, Filipinas, Senegal, España, Suecia, Suiza, Togo, Uganda, RSS Ucraniana, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Uruguay. *Ibidem*.

11 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 de enero de 1970. O.E.A. Registros oficiales OEA/SER. K/XVI/1.1, Doc. 65, Rev. 1, Corr. 1, 9 I.L.M. 673 (1970) reimpresso en 65 Am.J. Int'l L. 679 (1971) (de aquí en más Convención Americana). Argentina ratificó la Convención Americana el 14 de agosto de 1984. T. Burgenthal y B. Norris, Human Rights, The Inter-American System folleto 3.2, en 2 (1988).

12 Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 (G.A. Res. 2200, 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) en 52), 999 U.N.T.S. 171, 6 I.L.M. 368 (1967). Argentina ratificó el Pacto Internacional el 8 de agosto de 1986, Tratados Multilaterales Depositados en poder del Secretario General, nota 10 arriba, en 128.

a los derechos humanos, incluyendo la tortura, sin permitir como defensa la obediencia a órdenes superiores. A pesar de esta obligación, la Argentina ha quebrantado su deber de juzgar a los responsables de torturas. Consecuentemente, los organismos legales internacionales tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden anular la obstaculización por Argentina a nuevos juicios procesando los casos de oficiales que se han beneficiado por la amnistía y el indulto, o exigiendo a la Argentina que reabra los juicios penales¹³.

13 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expedirá sobre esta demanda en respuesta al pedido de las organizaciones de derechos humanos de Argentina, en nombre de las víctimas y sus familiares, pidiendo a la Comisión que presione sobre el gobierno de Argentina para reiniciar los juicios de 15 oficiales de la Armada quienes no enfrentan más cargos por sus actividades en la Escuela de Mecánica de la Armada. El Centro de Estudios Legales y Sociales elevó la demanda arriba mencionada, No. 10.240, intitulada Denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Argentino por Violación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como del Derecho Positivo y Consuetudinario, Interamericano, e Internacional en Materia de Derechos Humanos, (elevado el 23 de septiembre de 1988) (de aquí en más Petición del CELS)

I. Terrorismo de Estado en Argentina

Los militares en Argentina desde 1930 han derrocado reiteradamente a los gobiernos civiles, permitiendo únicamente a un presidente finalizar su período. La intervención más reciente tuvo lugar a mediados de los setenta, cuando escuadrones de la muerte derechistas y la actividad política violenta grupos de izquierda se combinaron para complicar el deterioro económico y el caos político que siguió a la muerte del presidente populista Juan D. Perón el 10. de julio de 1974. Los militares tomaron el poder por medio de un golpe de estado el 24 de marzo de 1976 e implementaron su así llamada "guerra sucia" contra un ya debilitado movimiento armado opositor. Luego de incorporar en sus operaciones a los escuadrones de la muerte y de eliminar rápidamente a la izquierda armada, las fuerzas de seguridad se movilizaron contra simpatizantes de la oposición y contra cualquier persona de la que tuvieran la más mínima sospecha¹⁴. El sistema represivo del gobierno militar utilizó al aparato estatal, incluyendo las fuerzas policiales y de seguridad, actuando en secreto y a menudo en forma arbitraria. Los métodos de represión incluyeron el secuestro, la tortura, el asesinato, la detención

14 "Muy pocos de los que desaparecieron tenían alguna conexión con los grupos terroristas de izquierda cuyas actividades constituyeron la excusa original del golpe militar. Muchos eran sindicalistas, periodistas, o abogados, otros amigos de éstos o allegados, o personas cuyos nombres habían sido dados bajo terror por aquellos que habían sido arrestados, o cuyos nombres figuraban en agendas, o personas a quienes alguien en el poder les tenía rencor, o que tenían propiedades que alguien en el poder quería." Argentine Nat'l Comm'n on the Disappeared, *Nunca Mas*, en xiv (de la introducción de Ronald Dworkin).

prolongada sin cargos, y el exilio político. Como parte de esta campaña, las fuerzas de seguridad argentinas secuestraron y secretamente mataron (o "hicieron desaparecer") a más de 9.000 personas, sin respetar incluso de las propias normas del estado de sitio¹⁵. La campaña creció hasta un sistema de terrorismo estatal, expandiendo el temor y la sumisión de todos los sectores de la sociedad¹⁶.

Los militares controlaron a la Argentina con mano de hierro hasta que los británicos hicieron fracasar su intento de recuperar las Islas Malvinas a mediados de 1982. La derrota creó un sentimiento popular de reacción contra los militares, quienes para entonces fueron puestos en evidencia de haber mentido a la población y realizado actos criminales. La corrupción y la mala administración habían dejado a la economía en ruinas. Cediendo a una abrumadora oposición civil y a la presión internacional por las violaciones a los derechos humanos, los militares acordaron devolver el poder a los civiles¹⁷. Antes de hacerlo, sin embargo, el gobierno militar de transición decretó una autoamnistía para los crímenes llevados a cabo durante la dictadura¹⁸.

En las elecciones nacionales del 29 de octubre de 1983, Raúl

15 Los desaparecidos nunca fueron contabilizados con exactitud. Como mínimo existen 9.000 casos denunciados a la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas e investigados por ésta. Nunca Mas, nota 3 arriba, en 16. Los grupos de derechos humanos en Argentina estiman que realmente desaparecieron hasta tres veces más personas, dado que muchos casos no fueron denunciados por temor.

16 Ver en general Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser. L/V/II.49, doc. 19 (1980) (de aquí en más Informe de la OEA); Amnistía Internacional, Report of an Amnesty International Mission to Argentina, noviembre 15-16, 1976 (1976); Ass'n of the Bar of the City of New York, Report of the Mission of Lawyers to Argentina, 1-7 de abril de 1979 (1979); Nunca Mas, nota 3 arriba, en 7-11.

17 Ver Argentine Nat'l Comm'n on the Disappeared, Nunca Mas, nota 14 arriba, en XV.

18 Ley de Pacificación Nacional, Ley 22.924, (1983-B) A.L.J.A. No. 1681 (1983), citado en Garro y Dahl, Legal Accountability for Human Rights Violations in Argentina: One Step Forward and Two Steps Backward, 8 Hum.-Rts. L.J. 283, 301 (1987).

Alfonsín ganó la presidencia, reuniendo más del cincuenta por ciento de los votos. El respeto a los derechos humanos constituyó uno de los puntos principales de su plataforma, y sus primeros pasos en la gestión reflejaron ese enfoque. Respondiendo a los requerimientos de Alfonsín, el recientemente electo Congreso anuló la ley de amnistía de los militares y aprobó una ley que permitiría el enjuiciamiento civil de oficiales militares que habían participado en la represión llevada a cabo por el gobierno militar anterior¹⁹. Durante su primera semana en el cargo, el presidente Alfonsín ordenó el procesamiento de las juntas militares por su responsabilidad en la violación criminal de los derechos humanos²⁰. Alfonsín dispuso la promoción de los juicios ante tribunales militares, que se negaron a juzgar a sus antiguos mandos. Cuando la Cámara Nacional de Apelaciones de Buenos Aires finalmente juzgó el caso en 1985, cinco de los nueve comandantes que habían gobernado el país entre 1976 y 1982 recibieron condena²¹. La sentencia fue confirmada por la Suprema Corte en diciembre de 1986²².

19 Derogación de la ley de amnistía anticonstitucional, Ley 23.040, (1983-B) A.L.J.A. 1813, (1983); Enmiendas al Código de Justicia Militar, Ley 23.049, (1989-A) A.L.J.A. 6, (XLIV-A) A.D.L.A. 8 (1984); ver Garro y Dahl, nota 18 arriba, en 306-13.

20 Los militares gobernaron como una junta de gobierno de tres hombres compuesta por los comandantes del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Alfonsín hizo juzgar a los nueve miembros de las juntas que gobernaron antes del gobierno de transición post-Malvinas. Decreto No. 158, (1983 B) A.L.J.A. 1983, (XLIV A) A.D.L.A. 132 (1983), citado en Garro y Dahl, nota 18 arriba, en 302.

21 La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Causa 13, causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional, Buenos Aires, 9 de diciembre de 1985.

Para un análisis detallado del fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en el juicio de los comandantes militares, ver Speck, *The Trial of the Argentine Junta: Responsibilities and Realities*, 18 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 491 (1987). Para un análisis del fallo y sus fundamentos jurídicos, ver Garro y Dahl, nota 18 arriba, en 319-29.

22 Fallo del 30 de diciembre de 1986, C.J.N., Argen., (1987-A) J.A. 5513, (1987-A) L.L. 531 (1987), porciones traducidas en 8 Hum. Rts. L.J. 430 (1987). Para una revisión de las

El fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones, condenando a los comandantes militares, afirmó que las Fuerzas Armadas "detuvieron a un gran número de personas, las alojaron clandestinamente en unidades militares o en lugares controlados por las Fuerzas Armadas, las hicieron objeto de interrogación bajo tortura, las tuvieron cautivas en condiciones inhumanas, y, finalmente, o enviaron a esas personas a los tribunales...las liberaron, o las mataron."²³ La Cámara también señaló que un elemento que condujo al éxito de esta "guerra sucia" fue "la extremadamente amplia discreción disfrutada por las fuerzas subordinadas en la lucha contra la subversión."²⁴

El procesamiento activo de los demás oficiales militares por su papel en los miles de casos de desaparecidos, torturados o asesinados no comenzó hasta la condena de las juntas en diciembre de 1985. Oficiales de alto rango, la mayoría retirados, fueron los

sentencias de la Corte Suprema, ver Garro y Dahl, nota 18 arriba, en 306, 329-31.

23 Cámara Nacional de Apelaciones, ver nota 21 arriba, en 372. La sentencia señalaba que el número de operaciones llevadas a cabo por los militares "no guarda relación con la magnitud de la amenaza terrorista que tuvo lugar en el país." Ibidem en 375.

Para una síntesis completa de las acciones militares y civiles relacionadas con las violaciones a los derechos humanos en Argentina, incluyendo los fallos de las Cámaras y la leyes limitando los juicios, ver Garro y Dahl, nota 18, arriba; Amnesty Int'l, Argentina, *The Military Juntas and Human Rights* (1987) (de aquí en más Informe de Amnistía Internacional); Americas Watch, *Truth and Partial Justice in Argentina* (1987) (de aquí en más Informe de Americas Watch). Ver también Mignone, Eslund e Issacharoff, *Dictatorship on Trial: Prosecution of Human Rights Violations in Argentina*, 10 *Yale J. Int'l L.* 118 (1984); Nino, *The Human Rights Policy of the Argentina Constitutional Government: A Reply*, 11 *Yale J. Int'l L.* 217 (1986); Crawford, *Due Obedience and the Rights of Victims: Argentina's Transition to Democracy*, (a publicarse en vol. 12 de *Hum Rts. Q.*, 1990). Para un análisis de las restricciones políticas y las opciones jurídicas que enfrentan los gobiernos democráticos nuevos luego de períodos de gobierno de facto y de violaciones a los derechos humanos, ver Zalaquett, *Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints*, escrito presentado en el Aspen Institute for Humanistic Studies, Conferencia sobre "State Crimes: Punishment or Pardon" (4-6 noviembre, 1988).

24 Cámara Nacional de Apelaciones, nota 21 arriba, en 376.

primeros en ser juzgados. Cuando las Cámaras comenzaron a investigar a los oficiales de menor jerarquía que eran directamente responsables de los secuestros, torturas, violaciones, homicidios y saqueos de la "guerra sucia", estos oficiales respondieron presionando al gobierno para detener los juicios. Cuando esto fracasó, los oficiales se rebelaron²⁵. Los militares primero amenazaron al gobierno en diciembre de 1986, con el resultado de la rápida aprobación de una ley que otorgaba sólo sesenta días corridos a las Cámaras para que tramitasen las denuncias penales elevadas por las víctimas o por sus familiares y para programar las audiencias preliminares²⁶. Las Cámaras y los abogados lograron sin embargo iniciar cerca de 400 causas, para disgusto del gobierno y de los militares.

Cuando los juicios contra los oficiales militares de menor rango finalmente comenzaron, los oficiales obstaculizaron los procesos y luego en forma desafiante tomaron las armas para presionar por una absolución de los cargos. Muchos oficiales cometieron actos individuales de insubordinación cuando las Cámaras los llamaron a testificar. En un incidente, oficiales de la Escuela de Mecánica de la Armada que rehusaban asistir a sus juicios y amenazaban con una rebelión, fueron degradados, arrestados por la policía y detenidos durante una noche²⁷. En abril de 1987, oficiales del Ejército en Córdoba rehusaron una orden del tribunal para arrestar al acusado torturador capitán Ernesto Barreiro. Actuando en solidaridad con la posición de Barreiro, un grupo de oficiales de mediano rango se rebelaron en la Escuela de Infantería en Buenos Aires, demandando una amnistía y la renuncia de todos los generales, que los rebeldes

25 Ver Informe de Americas Watch, nota 23 arriba, en 61-72.

26 Ley 23.492 (XLVII-A) A.D.L.A. 192, A.L.J.A. No. 324 (1986).). La ley es comúnmente conocida como Ley de Punto Final. Ver Garro y Dahl, nota 18 arriba, en 334-36; Informe de Americas Watch, nota 23 arriba, en 66. Ver también Speck, nota 21 arriba, en 515-16.

27 Informe de Americas Watch, nota 23 arriba, en 46.

sentían que habían traicionado sus intereses²⁸. Esta rebelión de “Semana Santa” finalizó cuando el presidente Alfonsín se reunió personalmente con los rebeldes. Alfonsín sostuvo que los rebeldes se habían rendido sin que se les hiciera ninguna concesión, afirmando triunfalmente que “la democracia no se negocia.”²⁹

²⁸ Ibídem, en 68-69.

²⁹ Ibídem. Ver también Informe de Amnistía Internacional, nota 23 arriba, en 93.

II. La Ley de Obediencia Debida detiene el juzgamiento de torturadores

Sólo unas pocas semanas después de la rebelión de Semana Santa, el presidente Alfonsín pidió al Congreso argentino que aprobara una ley que permitiera no proseguir las causas contra los oficiales militares que presumiblemente habían cumplido órdenes al violar derechos humanos³⁰. La ley resultante, que exoneró a los oficiales del juzgamiento por violaciones a los derechos humanos, es comúnmente llamada ley de "Obediencia Debida" por la "obediencia debida" hacia las órdenes provenientes de superiores militares³¹. La Ley de Obediencia Debida se asienta en la premisa de que los oficiales llevaron adelante la represión en estado de coerción, y que eran subordinados que debían cumplir con sus órdenes sin la posibilidad de revisar, oponerse, o resistir dichas órdenes. Esta presunción es jurídicamente irrefutable según la ley (aplicada *juris et de jure*) para todos los oficiales excepto los comandantes en jefe, los jefes de áreas de seguridad, jefes de sub-áreas, y jefes de fuerzas de seguridad³². Además, los

30 En su anuncio público al proponer la Ley de Obediencia Debida, Alfonsín afirmó que no le gustaba que oficiales responsables de graves violaciones quedaran impunes pero que, a pesar de ello, la ley condujera a la reconciliación nacional. Presidente Raúl Alfonsín, Mensaje Presidencial (13 de mayo de 1987), reimpresso en M. Sancinetti, *Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial*, 277 (1988). El término "reconciliación" ha sido ampliamente utilizado en Argentina como eufemismo para designar la amnistía para los militares.

31 Ley de Obediencia Debida, nota 8, arriba, art. 1.

32 *Ibidem*. Bajo presión del alto mando militar, el Senado Argentino enmendó la ley para ampliar la definición de oficiales que se beneficiarían de la misma. Informe de Americas

oficiales por encima de ese nivel podrían beneficiarse de la ley estableciendo que habían actuado por obediencia a órdenes. La ley de Obediencia Debida no podía ser aplicada a casos de violaciones, falsificación de estado civil de niños desaparecidos, y robo de muebles y efectos personales³³. Sin embargo, aquellos responsables de homicidio o tortura serían exonerados por la ley. Según sus estipulaciones, se requería que las cámaras aplicasen la ley de Obediencia Debida dentro de los cinco días siguientes a todos los casos previos³⁴.

La constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida se convirtió en tema cuando una cámara nacional de apelaciones consideró a la ley inconstitucional por violar el principio de igualdad entre civiles y militares y entre los militares mismos³⁵. La Corte Suprema, sin embargo, dictaminó en 1987 que la ley era constitucional en un caso que involucraba a la policía de la provincia de Buenos Aires³⁶. La mayoría de la Corte consideró razonable la Ley de Obediencia Debida y dentro de los poderes del Congreso³⁷. La mayoría de los oficiales de la marina acusados por la desaparición y tortura de las religiosas francesas y otros detenidos en la Escuela de Mecánica de la Armada fueron absueltos de culpa por la aplicación judicial de la Ley

Watch, nota 23 arriba, en 70.

33 Ley de Obediencia Debida, nota 8 arriba, art. 2.

34 Ibidem, art. 3.

35 Garro y Dahl, nota 18 arriba, en 339.

36 Fallo del 6 de agosto de 1987, C.J.N., Argen., (1987-D) L.L. 181, E.D. 6790-94. El caso fue traducido en parte por Garro y Dahl en 8 Hum. Rts. L.J. 441 (1987). Para un análisis de esta opinión, ver Garro y Dahl, nota 18 arriba, en 339. El caso involucró al ex jefe de policía general Ramón Camps, conocido por su participación en el arresto y tortura del editor de diarios Jacobo Timmerman. Camps y su sucesor, general Pablo Ricchieri, fueron condenados a 25 y 14 años de prisión, respectivamente. La Ley de Obediencia Debida liberó a los otros condenados junto con ellos, incluyendo al comisario de policía Etchecolatz, al médico policial Berges y al suboficial Cozzani, originalmente sentenciados a prisión por 23, 6 y 14 años, respectivamente. Informe de Americas Watch, nota 23 arriba, en 47-48.

37 Garro y Dahl, nota 18 arriba, en 340.

de Obediencia Debida: de diecinueve acusados, sólo dos permanecieron con cargos pendientes en su contra³⁸. El indulto otorgado por el presidente Menem el 6 de octubre de 1989 absolvió de todos los cargos a estos dos³⁹.

A. Principios básicos respecto a la tortura en el derecho internacional

El derecho internacional regula principalmente las relaciones entre Estados, pero también puede regular actividades internas de los Estados si esas actividades tienen alguna repercusión en otros Estados. El objeto de un convenio, principio o costumbre internacional, derecho internacional comúnmente es definido según las categorías de la ley utilizadas por la Corte Internacional de Justicia en sus fallos de decisión:

Convenio de Viena sobre Tratados, 23 de mayo de 1969, art. 30, I.C.J.R. 1978, A. 10, 11, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

38 Fallo del 19 de septiembre de 1988, C.J.M., Argén., E.D. 7075, en 1. Ver también Informe de Americas Watch, nota 23 arriba, en 45-46.

39 N.Y. Times, 8 de octubre de 1989, en A18, col. 3.

III. El derecho internacional exige el juzgamiento por tortura

A. Principios básicos respecto a la tortura en el derecho internacional

El derecho internacional regula principalmente las relaciones entre Estados, pero también puede regir actividades internas de los Estados si esas actividades tienen alguna repercusión en otros Estados o son objeto de un convenio, principio o costumbre internacional. El derecho internacional comúnmente es definido según las categorías de la ley utilizadas por la Corte Internacional de Justicia en sus tomas de decisión:

- (a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares...;
- (b) la costumbre internacional, como evidencia de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- (c) principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- (d) ... decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho⁴⁰.

La Convención sobre Tratados es considerada tanto como una norma internacional declarativa, codificando sus normas, o como for-

40 Estatuto de la I.C.J., art. 38(1), 59 Stat. 1055, T.S. 993, 3 Bevens 1179 (1945) (de aquí en más Estatuto de la ICJ).

mando parte del “desarrollo progresivo” del derecho internacional⁴¹. La Convención sobre Tratados compromete sólo a los Estados partes de un tratado, y estos Estados deben cumplir “de buena fe” su obligación con el tratado⁴². El derecho internacional consuetudinario es vinculante para todos los Estados. Para que una norma sea considerada derecho consuetudinario, debe ser practicada por un número significativo de Estados que actúan en el sentido vinculante de cumplir la obligación legal (*opinio juris*)⁴³.

La concepción de los delitos internacionales fuera de los crímenes de guerra han sido objeto de reconocimiento por la doctrina consuetudinaria de *hostis humani generis*⁴⁴. La admisión de estos delitos internacionales comenzó con la piratería y el tráfico de esclavos y se extendió luego de la Segunda Guerra Mundial hasta incluir el genocidio⁴⁵. Desde entonces, los tratados han ampliado la jurisdicción universal sobre delitos como secuestros, terrorismo, tortura y apart-

41 Ver Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 178 Rec. Des Cours 91 (1982). Los pactos que son declarativos del derecho internacional, si dicho derecho es aceptado como derecho consuetudinario internacional, comprometerán a los no-participantes. Ver Convención de Viena sobre Tratados, 23 de mayo de 1969, art. 38, U.N. Doc. A/CONF. 39/27 (1969), 8 I.L.M. 679 (1969), reimpreso en 63 Am. J. Int'l L. 875 (1969) (las normas en un tratado comprometen a terceros Estados por la costumbre internacional) (de aquí en más Convención de Viena).

42 La Convención de Viena, nota 41 arriba, art. 26 (*pacta sunt servanda*) (“Cada tratado en vigencia compromete a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe.”)

43 Estatuto de la ICJ, nota 40 arriba, art. 38(1)(b). Ver *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900) (aceptación del derecho consuetudinario internacional como el derecho de la tierra en ausencia de algún tratado sobre la materia en el caso de la embarcación pesquera durante la guerra española-americana).

44 Ver artículo, *The Ex Post Facto Prohibition and the Exercise of Universal Jurisdiction over International Crimes*, 87 Colum. L. Rev. 1515, 1520-21 (1987) (de aquí en más artículo, *Ex Post Facto Prohibition*) (concluye que el ejercicio de la jurisdicción universal para juzgar un delito internacional que no es delito en los Estados Unidos no violaría la prohibición constitucional sobre leyes *ex post facto*).

45 *Ibidem* en 1522-23.

46 *Ibidem* en 1523. Ver, por ejemplo, Convención para la Eliminación de Apresamientos

heid⁴⁶. Se exige que los Estados partes de estos tratados juzguen o extraditen a los delincuentes, mientras que sólo se requiere que los Estados no partícipes lo hagan si así lo impone el derecho internacional consuetudinario⁴⁷. La prohibición de violaciones a los derechos humanos tales como la tortura es una *jus cogens* o norma dogmáti-

Ilícitos de Aviones, 16 de diciembre de 1970, 22 U.S.T. 1641, T.I.A.S. No. 7192, 10 I.L.M. 133; Convención sobre la Eliminación de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 23 de septiembre de 1971, 24 U.S.T. 564, T.I.A.S. No. 7570, 10 I.L.M. 1151; Convención sobre la Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas, Incluyendo Agentes Diplomáticos, 14 de diciembre de 1973, T.I.A.S. No. 8532, 13 I.L.M. 41 (1977); Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, 17 de diciembre de 1969, G.A. Res. 146, 34 U.N. GAOR, 18 I.L.M. 1456, 73 Am. J. Int'l Law 277 (1980); Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, abierta para la firma el 9 de diciembre de 1948, 78 U.N.T.S. 277; Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid, abierta para la firma el 30 de noviembre de 1973, 13 I.L.M. 50 (1974).

47 De acuerdo con la Reafirmación de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos, el derecho internacional consuetudinario prohíbe varios tipos de violaciones a los derechos humanos y exige que todos los Estados no los fomenten ni los perdonen: "Un Estado viola el derecho internacional si, como materia de política estatal, practica, estimula, o condona..." actividades como ser genocidio, esclavitud, asesinato o desaparición, tortura y detención prolongada arbitraria. Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, 702 (a)-(g) (1987) (de aquí en más Restatement).

48 M. McDougal, H. Lasswell y L. Chen, Human Rights and World Public Order 345 (1980). Estos autores identifican a las prescripciones sobre derechos humanos a ser respetadas como *jus cogens*. "Este amplio reconocimiento y aceptación de las prescripciones sobre derechos humanos como ley fundamental, no derogable, es marcadamente manifiesto en los largos y cuidadosos esfuerzos oficiales por asegurar una codificación de *jus cogens*, así como en opiniones de la Corte Internacional de Justicia y en afirmaciones de letrados particulares." Ibidem. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, *jus cogens* es una norma perentoria de la ley internacional general, "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados como un todo por el cual ninguna derogación es permitida y que sólo puede ser modificada por una norma legal general internacional subsiguiente del mismo carácter." Convención de Viena, nota 41 arriba, art. 53. Según el profesor Meron, "El desarrollo del concepto jerárquico de *jus cogens* refleja la búsqueda de la comunidad internacional de un orden normativo en el que los derechos más elevados son evocados como una barrera moral y jurídica particularmente precisa para derogaciones de, y violaciones a, los derechos humanos." Meron, The Geneva Conventions as Customary Law, 81 Am. J. Int'l L. 348, 350 (1987). Ver Restatement, nota 47 arriba, 702

ca⁴⁸ que crea obligaciones erga omnes que rigen a todos los Estados⁴⁹. La tortura es punible bajo la jurisdicción universal, e, indudablemente, existe por lo tanto una obligación consuetudinaria que compromete a todos los Estados a juzgar y extraditar a los torturadores⁵⁰.

El uso de la tortura por parte de los militares durante la "guerra sucia" en Argentina violó el derecho internacional. La tortura es uno de los crímenes sancionados por el derecho internacional⁵¹. Co-

comentario n (la prohibición de la tortura está entre las normas perentorias del derecho internacional; un acuerdo que lo viola es nulo).

49 Randall. Universal Jurisdiction Under International Law, 66 Tex. L. Rev. 785, 837 (1988) (citando al profesor Schachter). Respecto a las obligaciones erga omnes, ver el ahora famoso fallo del caso Tracción Barcelona "Las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo...por su misma naturaleza...son de preocupación de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, se puede considerar que todos los Estados tienen interés legal en su protección; ellas son obligaciones erga omnes." Caso respecto a la Compañía de Tracción, Luz y Energía (Belg. v. España) 1970 I.C.K. 4, 32. Ver también Restatement, nota 47 arriba, 702 comentario o: "Responsabilidad de todos los Estados (erga omnes). Las violaciones a las normas establecidas en esta sección son violaciones a las obligaciones hacia todos los demás Estados y cualquier Estado puede invocar los recursos ordinarios asequibles a un Estado cuando sus derechos bajo el derecho consuetudinario son violados."

50 Randall afirma que "Se puede concebir que los que no son parte tienen no sólo el derecho, sino la obligación, de juzgar y extraditar a aquellos que violan las convenciones multilaterales...Debido a que los tratados pueden generar obligaciones del derecho consuetudinario para quienes son no partícipes no disidentes, las convenciones multilaterales teóricamente pueden obligar a los no partícipes a juzgar y extraditar a los criminales." Randall, nota 49 arriba, en 832-33, incorporando una sugerencia en M. Bassiouni, International Extradition and World Public Order 6-23 (1974) que Randall dice "representaría un (nuevo) desarrollo significativo en la ley." Randall, nota 40 arriba, en 833 n. 267.

51 Para una descripción exhaustiva de la historia del delito de tortura en el derecho internacional, ver Bassiouni y Derby, The Crime of Torture, en 1 International Criminal Law, Crimes 363 (M. Bassiouni compil. 1987). La Convención contra la Tortura define a la tortura como "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales...(excepto cuando) los dolores o sufrimientos...sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas." Convención contra la Tortura, nota 10, arriba, art. 1(1).

mo "delito de lesa humanidad",⁵² es casi universalmente condenado como lo fueron los delitos de piratería y esclavitud en épocas anteriores⁵³. Las Convenciones de Ginebra prohíben el uso de la tortura,⁵⁴ como lo hace la Carta de las Naciones Unidas, según lo interpreta la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁵. La Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ambos firmados y ratificados por la Argentina⁵⁶, exigen que la Argentina tome

52 "Delitos de lesa humanidad" proviene de la terminología de la Carta del Tribunal Militar Internacional, que establece los principios, procedimientos y jurisdicción del Tribunal de Nuremberg. Acuerdo para el Juzgamiento y Castigo de los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo, con la acompañante Carta del Tribunal Militar Internacional, 8 de agosto de 1945, 59 Stat. 1344, E.A.S. No. 472, 82 U.N.T.S. 279, reimpresso en 39 Am. J. Int'l L. 257 (Supp. 1945) (de aquí en más *Carta del TMI*). La jurisdicción por delitos de lesa humanidad incluye "homicidio, exterminación, esclavizamiento, deportación, y otros actos inhumanos...." *Ibidem*, art. 6(c) (el subrayado es nuestro).

53 Ver Randall, nota 49 arriba, en 831-32, 839.

54 Bassiouni y Derby, nota 51 arriba, en 373. El artículo 3, común a las cuatro Convenciones de Ginebra, relativo a instancias de conflictos armados no internacionales, prohíbe el tratamiento cruel y la tortura de personas que no toman parte activa en las hostilidades, incluyendo a aquellos que han depuesto sus armas y aquellos fuera de combate por enfermedad, heridas, detención. *Ibidem*. El profesor Meron señala que el derecho humanitario consuetudinario (la ley de guerra) puede reflejar el derecho convencional, un señalamiento destacado al aplicarse las Convenciones de Ginebra como derecho internacional consuetudinario por el I.C.J. en el caso de actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (*Nicar. v. U.S.*), 1986 I.C.J. 14 (fallo del 27 de junio). Meron, *The Geneva Conventions as Customary Law* 81 AM. J. Int'l L. 348, 351-58 (1987). Esta equivalencia entre derecho consuetudinario y derecho convencional respecto a la tortura es central para la argumentación presente.

55 La Declaración Universal de Derechos Humanos ha sido interpretada como vinculante para todas las naciones. Ver discusión sobre la Declaración Universal, notas 79-85 adelante y texto que lo acompaña. Otros tratados que prohíben el uso de la tortura son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 12 arriba, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, 213 U.N.T.S. 221, y la Convención Americana, nota 11 arriba. Ver Bassiouni y Derby, nota 51 arriba, en 373-75.

56 La Convención Americana, nota 11 arriba, firmada por Argentina el 5 de septiembre

medidas específicas para remediar las violaciones a los derechos humanos tales como la tortura. La Convención contra la Tortura prohíbe la tortura y exige que todos los torturadores sean juzgados⁵⁷. El derecho consuetudinario internacional proscribe la tortura⁵⁸ como lo hacen los principios generales de derecho reconocido por las naciones civilizadas⁵⁹. Finalmente, sentencias de tribunales de todo el mundo y trabajos doctrinarios de académicos internacionales altamente calificados reconocen a la tortura como práctica universalmente condenada⁶⁰.

de 1984. 5 Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos 185 (1987). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 12 arriba.

57 La Convención contra la Tortura, nota 10 arriba. Ver adelante notas 126 y 161 y texto que acompaña.

58 Una norma del derecho consuetudinario internacional generalmente debe ser practicada por los Estados y debe ser atendida por un sentido de obligación jurídica vinculante. Una gran mayoría de las naciones en este siglo consideran su deber jurídico y moral abstenerse de utilizar la tortura. Ver Bassiouni y Derby, nota 51 arriba, en 376-79.

59 Cinco resoluciones contra la tortura aprobadas sin oposición en la Asamblea General de la ONU y otros documentos elaborados por las Naciones Unidas evidencian que la prohibición de la tortura es un principio jurídico general reconocido por las naciones civilizadas. Adicionalmente, las constituciones y/o leyes de por lo menos 67 naciones contienen la misma prohibición contra el uso de la tortura. Bassiouni y Derby, nota 51 arriba, en 379-82.

60 Según el Estatuto de la ICJ, nota 40 arriba, art. 38(1), los escritos académicos y las resoluciones de tribunales constituyen la fuente auxiliar de los mandatos del derecho internacional. Para una revisión de la sanción internacional de la tortura, ver autores y casos citados en Bassiouni y Derby, nota 51 arriba, en 383-85. Ver también, *Filartiga vs. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 890 (2d Cir. 1980) ("Entre los derechos universalmente proclamados por todas las naciones...está el derecho a estar libre de la tortura física. En verdad, a los fines de la responsabilidad civil, el torturador se ha tomado —como antes que él el pirata y el traficante de esclavos— *hosti humani generis*, un enemigo de toda la humanidad.").

B. Prohibición histórica de la tortura y la exigencia de que se la juzgue

1. Tribunales Internacionales de Delitos de Guerra

Los juicios a los criminales de guerra por parte de las Fuerzas Aliadas luego de la Segunda Guerra Mundial abrieron una nueva era en el derecho penal y de derechos humanos internacional, al someter a juicio a oficiales nazis y japoneses según las pautas jurídicas y morales de la comunidad internacional. Los individuos fueron juzgados por crímenes tales como tortura, aún cuando ésta no estuviese explícitamente prohibida en el lugar y tiempo en que fue ejercida. El tratado entre Naciones Aliadas del 8 de agosto de 1945 que creara el Tribunal de Nuremberg y la Carta del Tribunal Militar Internacional también establecía la jurisdicción de los tribunales⁶¹. Al Tribunal Militar Internacional (TMI) se le asignaron atribuciones para juzgar crímenes de guerra, delitos contra la paz, y delitos contra la humanidad, todos cometidos en el contexto o en la preparación de guerra⁶². La Ley Aliada del Consejo de Control No. 10, que instituyó la jurisdicción para el juzgamiento de criminales de guerra no juzgados por crímenes de guerra mayores en Nuremberg, denegaba que la guerra fuera justificación de crímenes de lesa humanidad y permitía que dichos delitos fueran juzgados independientemente de cualquier contexto de guerra específico⁶³. Aunque la tortura nunca había sido previa-

61 Carta del TMI, nota 52 arriba, art. 6.

62 Ver *ibídem*. Crímenes de guerra incluyen malos tratos a prisioneros de guerra; delitos contra la paz incluyen la iniciación de guerra por agresión; y delitos contra la humanidad incluyen "homicidio, exterminio, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra..." *Ibídem*, art. 6 (c).

63 Juicios adicionales de otros criminales de guerra tuvieron lugar bajo la jurisdicción de la Ley de Consejo de Control No. 10, 20 de diciembre de 1945, reimpresa en 3 Internatio-

mente juzgada como delito internacional fuera de un contexto de guerra, ahora está sujeta a juicio independientemente del tiempo o contexto en que se dé⁶⁴.

En los juicios de los crímenes nazis contra la humanidad, el TMI estableció importantes cuestiones acerca de cómo esos delitos podrían ser juzgados y qué defensas deberían ser permitidas. El TMI no permitió ni la defensa basada en la prohibición de leyes penales *ex post facto*, ni la justificación jurídica basada en la defensa de "obediencia a órdenes superiores." Los tribunales consideraban a su Carta no como "un ejercicio arbitrario de poder de parte de las naciones victoriosas" sino más bien como "expresión del derecho internacional existente al momento de la creación (de los Tribunales)"⁶⁵. Los conceptos de delitos contra la paz y de delitos de lesa humanidad fuera del contexto de guerra no habían sido fijados aún en normas del derecho internacional por tratados o costumbre antes de la Ley de Consejo de Control No. 10, que rigió el castigo de los criminales de gue-

nal Criminal Law, Enforcement 129, app. 7 (M. Bassiouni compil. 1987). La Carta, el Acuerdo y la Ley de Consejo de Control fueron acordadas por las fuerzas aliadas de Estados Unidos, Unión Soviética, Reino Unido y el gobierno provisional de Francia.

64 La Carta del TMI, nota 52, arriba art. 6(c) estableciendo como criminal "el homicidio, exterminación, esclavizamiento, deportación u otros actos inhumanos...tanto si viola o no la ley doméstica del país donde fue perpetrado..." *Ibidem*. Los crímenes de lesa humanidad fueron primero aplicados en el contexto de guerra en la Cuarta Convención de la Haya de 1907 sobre Leyes y Costumbres de la Guerra en Tierra. La Segunda Conferencia de Paz de la Haya, Cuarta Convención de La Haya sobre Leyes y Costumbres de la Guerra en Tierra, 18 de octubre de 1907, 36 Stat. 2277, T.S. No. 539 y Regulaciones Anexas Concerniente a Leyes y Costumbres de la Guerra en Tierra, reimpresso en 2 AM. J. Int'l L. 90 (Supp. 1908), citado en Bassiouni, Crimes Against Humanity, en 3 International Criminal Law, Enforcement 51, 52 (M. Bassiouni compil. 1987) (de aquí en más Bassiouni, Crimes Against Humanity).

65 Primer Juicio a los Principales Criminales de Guerra ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, MTI (1o. de nov., 1945 - 1o. de oct., 1946) (De aquí en más Juicio a los Principales Criminales de Guerra), citado en Bassiouni, Crimes Against Humanity, nota 64 arriba, en 58.

rra⁶⁶. El juicio a los criminales de guerra nazis por crímenes de lesa humanidad podría ser visto como una aplicación retroactiva de una norma legal codificada en la carta del TMI. No obstante, el hecho que ningún tratado anterior a la guerra hubiese codificado a los crímenes de lesa humanidad como delitos internacionales “no fue considerado impedimento para el reconocimiento de ciertos actos de ser internacionalmente criminales.”⁶⁷ El juicio a los criminales de guerra nazis por crímenes de lesa humanidad podría ser visto como una aplicación retroactiva de una norma legal codificada en la carta del TMI. No obstante, el hecho que ningún tratado anterior a la guerra hubiese codificado a los crímenes de lesa humanidad como delitos internacionales “no fue considerado impedimento para el reconocimiento de ciertos actos de ser internacionalmente criminales.” El TMI fue capaz de establecer la criminalidad basado en los principios generales del derecho internacional que puede comprometer a los Estados prescindientemente de tratados explícitos o de actos definiendo los delitos⁶⁸. Sostuvo que “en muchos casos los tratados no hacen más que expresar y definir para una referencia más ajustada los principios del derecho ya existentes.”⁶⁹ El TMI fue confrontado con el obstáculo de la prohibición ex post facto por la cual ninguna nueva ley penal puede ser aplicada retroactivamente sin afectar los derechos de los acusados que pueden haber actuado sin conocer que su conducta era ilegal.

No obstante, aún la prohibición ex post facto no disuadió a los jueces de condenar a los criminales de guerra nazis al reconocer una ex-

66 Bassiouni, *Crimes Against Humanity*, nota 64 arriba, en 69.

67 *Ibidem* en 60.

68 *Ibidem*. Los principios generales del derecho internacional son una de las fuentes de la ley señaladas en el Estatuto del ICJ, nota 40 arriba, art. 38(1)(c).

69 Bassiouni, *Crimes Against Humanity*, nota 64 arriba, (citando Juicio de los Principales Criminales de Guerra, nota 65 arriba, en 221).

pansión del espectro del derecho penal internacional⁷⁰.

Las teorías del derecho internacional de posguerra también enseñan que la excepción fundada en órdenes superiores, que está formulada en la Ley de Obediencia Debida de Argentina, no es una defensa admisible en el contexto del procesamiento internacional de crímenes de lesa humanidad. Los Principios de Nuremberg no permiten alegar órdenes superiores como eximente para un delito internacionalmente reconocido como tal⁷¹.

El artículo 8 de la Carta del TMI afirma que "el hecho de que el acusado haya actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior no debería liberarlo de responsabilidad, pero puede ser

70 Como jefe demandante oficial de los EE.UU en Nuremberg, el juez Jackson explicó: El derecho internacional es más que una colección académica de principios abstractos e inmutables. Es una consecuencia de tratados y acuerdos entre naciones y de costumbres aceptadas. Pero cada costumbre tiene su origen en algún acto singular, y cada acuerdo tiene que ser iniciado por la acción de algún Estado. Salvo que estemos preparados para abandonar cada principio del crecimiento del derecho internacional, no podemos negar que nuestro propio tiempo tiene derecho a instituir costumbres y a concluir acuerdos que a su vez se convertirán en fuentes de un más nuevo y fortalecido derecho internacional...Las innovaciones y revisiones en el derecho internacional son realizadas por la acción de gobiernos con el fin de enfrentar el cambio de las circunstancias. Creece, como lo hizo el derecho común, a través de las decisiones alcanzadas de tiempo en tiempo al adaptar principios establecidos a nuevas situaciones. Por lo tanto, no me inquieta la falta de precedentes para la indagación que nos proponemos realizar.

El juez Robert Jackson, Consejero en Jefe de los Estados Unidos, Informe del 7 de junio de 1945, reimpreso en 39 AM. J. Int'l L. 178, 187 (Supp., 1945). Ver también Bassiouni, *Crimes Against Humanity*, nota 64 arriba, en 58-62.

71 Los comandantes argentinos que ordenaron la represión intentaron eludir la culpabilidad utilizando la "necesidad" como justificación legal; los oficiales de menor jerarquía que llevaron adelante la represión alegaron la obediencia a órdenes superiores como excusa jurídica de sus crímenes. Garro y Dahl, nota 18 arriba, en 324-28, 332. Una justificación jurídica elimina lo malo de un acto criminal, mientras que una excusa jurídica descarga al actor de la responsabilidad criminal de su delito. "Los reclamos de justificación reconocen que la definición del delito satisface, pero recusan que el acto sea ilegal; los reclamos de excusa reconocen que el acto es ilegal, pero buscan evitar la atribución del acto al actor. Una justificación habla de la corrección del acto; una excusa, de si el actor es responsable de un acto admitidamente ilegal." G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 759 (1978).

considerado como atenuante del castigo, si el tribunal determina que la justicia así lo requiere.”⁷² De modo similar, la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado del 20 de diciembre de 1945 estipulaba que “el hecho de que cualquier persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior no la libera de la responsabilidad por su crimen, pero puede ser considerado atenuante...”⁷³ El TMI consideró el rechazo a la defensa por órdenes superiores como dentro de las normas aceptables del derecho internacional: “Que se le ordene a un soldado matar o torturar violando el derecho internacional de guerra nunca ha sido reconocido como defensa para tales actos de brutalidad...”⁷⁴ Este punto es reiterado en los Principios de Nuremberg formulados por la Comisión de Derecho Internacional⁷⁵.

Los principios de derecho internacional utilizados en los Tribunales Militares Internacionales y arriba descriptos han sido reafir-

72 Carta del TMI, nota 52 arriba, art. 8.

73 Ley No. 10 de Consejo de Control, nota 63 arriba, art. 4(a).

74 Juicio a los Principales Criminales de Guerra, nota 65 arriba, en 224. El TMI se basó en parte en el precedente de un fallo de una corte alemana en un caso de crímenes de guerra de la Primera Guerra Mundial que sostuvo que los oficiales subordinados “no tienen ninguna obligación de poner en tela de juicio la orden de su oficial superior, y que pueden contar con su legalidad. Pero no se puede sostener que exista tal confianza si es universalmente conocido por todos, incluyendo al acusado, que sin ninguna duda dicha orden está contra la ley.” 2 Ann. Dig. 436, 437 (Reichsgericht 1921), citado en Bassiouni, *Crimes Against Humanity*, nota 64, en 64, arriba.

75 “El que una persona haya actuado conforme a una orden de su gobierno o de su superior no lo libra de responsabilidad bajo el derecho internacional, siempre que fuera posible de hecho una opción moral.” Principio IV, Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General, 5 U.N. GAOR Supp. (No. 12) en 11-14, U.N. Doc. A/1316 (1950). “El fundamento para contar con esto (la legalidad de las órdenes superiores) desaparece si el subordinado, o conocía la naturaleza criminal de la orden o si su criminalidad era tan obvia que la falta en reconocerla lo hace culpable.” Vogler, *The Defense of “Superior Orders” in International Criminal Law*, en *A Treatise on International Criminal Law* 619, 634 (M. Bassiouni y V. Nanda compils. 1973).

mados y fortalecidos en acuerdos internacionales más recientes⁷⁵. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁷⁷ cristaliza el principio de que la facultad para juzgar crímenes de lesa humanidad nunca debe prescribir. La Resolución sobre Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad reafirma el deseo de la comunidad mundial de continuar con el juzgamiento de tales delitos⁷⁸. Estas afirmaciones de los Principios de Nuremberg indican el deseo de hacer que los delitos de lesa humanidad sean considerados para siempre criminales. La amplia aceptación internacional de estos principios por parte de la Asamblea General de la ONU sólo puede significar que forman parte del "corpus" del derecho internacional que compromete a Argentina y a otros Estados.

76 Afirmación de los Principios del Derecho Internacional Reconocidos por la Carta del Tribunal de Nuremberg, G.A. Res. 95, 1 U.N. GAOR en 188, U.N. Doc. A/64/Add. 1 (1946). Mientras la Asamblea General de la ONU afirmó estos principios y la Comisión de Derecho Internacional los codificó, la comunidad internacional nunca ha aceptado la codificación como el comienzo de un código penal internacional.

77 Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, abierta a la firma el 26 de noviembre de 1968, 754 U.N.T.S. 73, G.A. Res. 2391, 23 U.N. GAOR Supp. (No. 18) en 40, U.N. Doc. A/7218 (1968). Según el Artículo I de la Convención, "Los crímenes siguientes son imprescriptibles... Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz... aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos." *Ibidem*, art. I(b).

78 Resolución sobre los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, G.A. Res. 3074, 28 U.N. GAOR Supp. (No. 30) en 78, U.N. Doc. A/9029 (1973) (aprobado por 94 votos contra 0, con la abstención de 29 naciones). Según esta resolución, aquellas personas responsables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad "serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas." *Ibidem*, párraf. 1. También, contrariamente a la Ley de Obediencia Debida, "Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad." *Ibidem*, párraf. 8.

2. Declaración Universal de Derechos Humanos

Por la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷⁹, se exige que los miembros de la ONU den los pasos necesarios para proteger los derechos humanos, pasos que deberían incluir la prohibición de la tortura. El artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas afirma que todas las naciones miembros "deben promover...el respeto universal por, y la observancia de, los derechos humanos..."⁸⁰ Los miembros de las Naciones Unidas prometen que "tomarán acción conjunta o separada en cooperación con la Organización para lograr los propósitos establecidos en el artículo 55."⁸¹ La Declaración Universal, una de las primeras y principales resoluciones aceptadas por

79 Declaración Universal de Derechos Humanos, G.A. Res. 217, 3 U.N. GAOR (Resoluciones, parte I.) en 71, U.N. Doc. A/801 (1948) (de aquí en más Declaración Universal).

80 Carta de la ONU, art. 55 (c). La Carta establece la supremacía de las Naciones Unidas donde se lee "obligaciones por la presente Carta deben prevalecer." *Ibidem*, art. 103.

81 *Ibidem*, art. 56. Eminentes académicos del derecho internacional han enfatizado la importancia de tomar medidas para respetar los derechos humanos bajo la Carta de la ONU. Por ejemplo, Lauterpacht ha escrito: "Los miembros de las Naciones Unidas están bajo una obligación jurídica de actuar en concordancia con (los propósitos articulados en la Carta de la ONU). Es su deber jurídico respetar y observar los derechos y las libertades fundamentales." H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights* 147 (1950), citado en M. McDougal, H. Lasswell, & L. Chen, *Human Rights and World Public Order* 323 (1980). Jessup, en la misma línea escribió: "Ya es ley, al menos para los miembros de las Naciones Unidas, que el respeto por la dignidad humana y los derechos humanos fundamentales es obligatorio. El deber es impuesto por la Carta, un tratado del que son parte." P. Jessup, *A Modern Law of Nations - An Introduction* 91 (1968). Esta proposición es apoyada por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Asesora sobre Consecuencias Jurídicas para Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudáfrica occidental) a pesar de la resolución del Consejo de Seguridad 276 (1970), 1971 I.C.J. 16, (sosteniendo que la extensión del apartheid a Namibia por parte del gobierno de Sudáfrica contraviene la Carta de la ONU) (de aquí en más Opinión Asesora sobre Namibia). Schwelb resumió su análisis de esta opinión señalando que "la autoridad (de la Corte Internacional de Justicia) está ahora claramente detrás de la interpretación de las cláusulas de derechos humanos de la Carta (ONU) (imponiendo una obligación jurídica sobre las naciones miembro) según fue presen-

las Naciones Unidas, elabora sobre este compromiso, estableciendo un código de conducta respecto a cómo las naciones deben tratar a las personas dentro de sus jurisdicciones. La Declaración Universal explícitamente ilegaliza a la tortura⁸² y proclama un amplio espectro de derechos que los miembros iniciales de las Naciones Unidas aspiraban a proteger. La Declaración Universal es obligatoria para los miembros de la ONU porque interpreta sus responsabilidades bajo la Carta de la ONU, del que todos los miembros de la ONU son parte⁸³. Las resoluciones de la Asamblea General no obligan directamente a los Estados pero pueden llegar a ser aceptadas como una serie de principios generales de derecho internacional que sí pueden comprometer a las naciones⁸⁴. Las resoluciones como la Declaración Universal comprometen porque son comúnmente vistas como interpretaciones autorizadas de la Carta de las Naciones Unidas, que en sí mismo es un tratado entre Estados⁸⁵.

3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁶, uno

tado hace casi una generación por Lauterpacht y otros." Schwelb, *The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter*, 66 Am. J. Int'l L. 337, 350 (1972). Ver M. McDougal, H. Lasswell y L. Chen, arriba, en 323-25. Ver también *The International Bill of Rights* 8 (L. Henkin compil. 1981).

82 "Nadie ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes." Declaración Universal, nota 79 arriba, art. 5.

83 Ver Jessup, nota 81 arriba, en 91.

84 Opinión Asesora sobre Namibia, nota 81 arriba, en 16, párrafs. 129-31. Ver también Bassiouni y Derby, nota 51 arriba, en 374.

85 Ver Caso de Sahara Occidental, 1975 I.C.J. 12, párraf. 53 (donde la Corte informó su decisión sobre el derecho internacional que rige la descolonización y la autodeterminación basada en resoluciones de la Asamblea General de la ONU y en el trasfondo y circunstancias

de los dos principales acuerdos sobre derechos humanos erigidos sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos, exige que los Estados signatarios garanticen los derechos civiles y políticos⁸⁷. El artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos exige que los Estados partes no sometan a ninguna persona "a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes."⁸⁸ Esta prohibición sobre la tortura nunca puede ser suspendida. Durante las emergencias públicas, los Estados pueden limitar garantías, tales como la libertad de prensa, pero no pueden violar la prohibición contra la tortura⁸⁹. El artículo 2 obliga a las partes a respetar y asegurar todos los derechos contenidos en el texto, a tomar medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos por el Pacto y a garantizar un recurso efectivo para aquellos cuyos derechos son violados⁹⁰. Además, los Estados partes deben comprometerse a asegurar que las víctimas puedan inter-

que llevaron a su adopción).

86 Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, nota 12 arriba. Argentina ratificó el Pacto el 8 de agosto de 1986, Tratados Multilaterales Depositados en poder del Secretario General, nota 10 arriba, en 128.

87 Ver Declaración Internacional de Derechos, nota 81 arriba, en 16-17. El otro pacto general de la ONU de derechos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obliga a los Estados a desarrollar progresivamente aquellos derechos ligados al desarrollo social y económico. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966, 993 U.N.T.S. 3, 6 I.L.M. 360, G.A. Res. 2200A, 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 49, U.N. Doc. A/6316 (1966).

88 Pacto de Derechos Civiles y Políticos, nota 12 arriba, art. 7. El Pacto entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, un día antes que los militares tomaran el poder en Argentina.

89 *Ibíd.* art. 4(2). Este párrafo permite la derogación de derechos específicos, entre los que no se incluye la libertad de torturar, sólo "en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación."

90 *Ibíd.*, art. 2(1) - (3). Párrafo 1 afirma que "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuen-

poner un recurso efectivo “aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.” Tal recurso debe ser asegurado más aún desarrollando “las posibilidades de recurso judicial.”⁹²

Las interpretaciones a la obligación del artículo 2 de respetar y garantizar los derechos a la luz de los travaux préparatoires estimulan el procesamiento civil o penal de aquellos responsables de violaciones a los derechos humanos como método de garantizar tanto una solución individual como un acatamiento a largo plazo a las protecciones y prohibiciones del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁹³. El artículo 2(3) establece un régimen jurídico de protección a los derechos humanos que no sólo es reparatorio o compensatorio sino también disuasivo, y según el cual se exige que un recurso efectivo, tal como el castigo, sea provisto por las autoridades nacionales competentes. Algunos de sus redactores pensaron que la sección sobre recursos era superflua, dado que la obligación de crear recursos —tales como el castigo de oficiales públicos— estaba implícito en la obligación de respetar y asegurar los derechos en el Pacto⁹⁴. No obstan-

tren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto...” El párrafo 2 agrega que los Estados partes deben “adoptar...las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto...” y el Párrafo 3 detalla que la partes deben garantizar un “recurso efectivo” y que los derechos a un recurso efectivo será decidido “por la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa...” Este párrafo continúa diciendo que las autoridades competentes “cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

91 *Ibídem*, art. 2(3)(a).

92 *Ibídem*, art. 2(3)(b).

93 Ver Schachter, *The Obligation to Implement the Covenant in Domestic Law*, en la *Declaración Internacional de Derechos*, nota 81 arriba, en 311-31.

94 *Ibídem*, en 325-26.

te, el artículo 2(3) fue incluido porque "se consideró que era deseable que quedara abundantemente claro que las partes deben proveer recursos a los individuos dentro del sistema jurídico interno."⁹⁵ Por el artículo 2(3), el recurso sería insatisfactorio si la víctima simplemente retornase a su situación previa (restitución). Por el contrario, el recurso debe impedir una repetición de la violación. Las leyes de amnistía que perdonan a violadores de derechos humanos, tales como la Ley de Obediencia Debida, simultáneamente descriminalizan a las violaciones de derechos humanos y limitan el recurso asequible a las víctimas, no aportando ningún valor disuasivo. Por lo tanto, el efecto concreto de tales leyes es obstruir los objetivos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁹⁶.

El artículo 2(3)(a) del Pacto exige una solución judicial aún cuando las violaciones fueran cometidas por funcionarios gubernamentales⁹⁷. Los travaux préparatoires indican que los redactores tenían la intención de que ni las garantías oficiales de inmunidad, ni la confianza en órdenes superiores fueran permitidas como defensa a una violación del Pacto⁹⁸. En el comité de redacción "se argumentó

95 *Ibidem*, en 325. Ver Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights, 10 U.N. GAOR Annex 2 (Agenda Item 28) en 17, párraf. 2, U.N. Doc. A/2929 (1955) (de aquí en mas Annotations on the Draft Covenants on Human Rights).

96 Esta posición está reflejada en el Restatement nota 47 arriba, 702(d), que prohíbe la práctica, el fomento o la condonación de la tortura. Además, 703, comentario C detalla que la falta de brindar recursos tales como aquellos descritos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos "constituirían una violación adicional del acuerdo." En Argentina, las soluciones son perseguidas no sólo por el Estado sino también por las víctimas o sus familiares en el sistema querellante, que efectivamente permite a las víctimas o familiares sobrevivientes a demandar en un juicio criminal. La Ley de Obediencia Debida ha cerrado esta vía.

97 Los Estados deben asegurar un recurso efectivo a "toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados...aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales." Pacto de Derechos Civiles y Políticos, nota 12 arriba, art. 2(3)(a).

98 Schachter, nota 93 arriba, en 326. Los redactores rechazaron como innecesaria una pro-

que debería quedar claro que nadie podría evadir la responsabilidad de violar la libertad de una persona, en especial aduciendo que estaba actuando por autoridad superior.”⁹⁹ Bajo esta interpretación, ni la ley de autoamnistía de los militares ni la Ley de Obediencia Debida en Argentina presentarían una defensa jurídica válida.

4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Convención Americana)¹⁰⁰ aclara las obligaciones consuetudinarias y producto de tratados de la Argentina de prohibir la tortura y de juzgar a sus perpetradores¹⁰¹. La Convención Americana se extiende más respecto a las convenciones de derechos humanos previas dándole poder para interpretar y cumplimentar esas convenciones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana)¹⁰². La Convención Americana también se basa en la protección de los

puesta de Filipinas de que “los violadores fueran rápidamente llevados ante la ley, en especial cuando son funcionarios públicos.” *Ibidem* en 326, n.61. Ver Annotations on the Draft Covenants on Human Rights, nota 95 arriba, en 18, párraf. 15. 6 U.N. ESCOR Comisión de Derechos Humanos (195 mtg) en 6, U.N. Doc. E/CN. 4/SR.195 (1950). La Comisión de Derechos Humanos rechazó la propuesta por una votación de 3-6-4.

99 Annotations on the Draft Covenants on Human Rights, nota 95 arriba, en 18, párraf. 15.

100 Convención Americana, nota 11 arriba.

101 La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura exige que los Estados partes criminalicen la tortura y castiguen su uso. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, O.A.S. Official Records, OEA/Ser. A/42 (1986), reimpresso en 5 Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos 194 (1987), art. 6.

102 “Otros Tratados” sujetos a la Jurisdicción Asesora de la Corte (art. 64 Convención Americana de Derechos Humanos), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Inter-Am. Ct. H.R.) (Juicios y opiniones) (Opinión Asesora), O.A.S. Doc. OC-1/82, Ser.A/No. 1 a 28 (1982).

derechos formulados en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁰³. Los Estados partes de la Carta de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.)¹⁰⁴ están obligados a respetar los derechos enunciados en la Declaración Americana. Como recientemente afirmó la Corte Interamericana en una opinión consultiva sobre la materia¹⁰⁵, para los Estados miembros de la OEA, "la Declaración Americana constituye, en asuntos pertinentes y en relación a la Carta de la (OEA), una fuente de obligaciones internacionales."¹⁰⁶ Por lo tanto, como miembro de la OEA, la Argentina esté comprometida por esta obligación. La Convención Americana exige que los Estados partes respeten el derecho a la vida¹⁰⁷ y que no utilicen la tortura¹⁰⁸.

103 Convención Americana, nota 11 arriba, art. 29(d) (La Convención Americana no debe excluir o limitar "el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otras actos internacionales de la misma naturaleza."). Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, reimpresso en Inter-Am. C.H.R., Manual de Normas Existentes Atinentes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L/V/II.60, Doc. 28 (1983) (de aquí en más Declaración Americana). La Declaración Americana establece el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad e integridad de la persona (art. 1), y el derecho a un tratamiento humano y a la protección contra la detención arbitraria (art. 25).

104 Carta de la Organización de Estados Americanos, firmada el 30 de abril de 1948, modificada el 27 de febrero de 1967 y el 5 de diciembre de 1985, 2 U.S.T. 2394, T.I.A.S. 2361, 119 U.N.T.S. 3. Ver C. Medina Quiroga, *The Battle of Human Rights, Gross, Systematic Violations and the Inter-American System* 36-38 (1988).

105 Inter-Am. Ct. H.R., Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Juicios y opiniones) (Opinión Asesora), O.A.S. Doc. OC-10/89, Ser. A/10 (1989).

106 *Ibíd.* párraf. 45 (traducción del autor).

107 Convención Americana, nota 11 arriba, art. 4. "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente." *Ibíd.*, art. 4(1).

108 *Ibíd.*, art. 5. "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumana-

Todas las partes se comprometen a "respetar los derechos y libertades reconocidos (en la Convención), y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna"¹⁰⁹ y "a adoptar...las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."¹¹⁰ Cuando hay actos que violan los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana, toda persona "tiene el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes,..."¹¹¹ Por la obligación de respetar, de asegurar y de efectivizar estos derechos, se exige que la Argentina juzgue a los torturadores¹¹². El procesamiento por violaciones a los derechos humanos, tales como los juicios a los oficiales militares ordenados por Alfonsín en Argentina, es el método más efectivo para proteger los derechos y garantías establecidos en la Convención. Terminar estos juicios por presión de los mismos oficiales responsables de la tortura, como en Argentina, violaría la obligación de respetar y asegurar la libertad y el pleno ejercicio de los derechos humanos.

Argentina debe investigar y castigar las violaciones a los de-

nos o degradantes." *Ibidem*, art. 5(2).

109 *Ibidem*, art. 1(1).

110 *Ibidem*, art. 2.

111 *Ibidem*, art. 25(1). El artículo 25 de la Convención Americana es análogo al artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Nota 90 ver arriba y texto que lo acompaña.

112 Durante la discusión sobre este punto en la Conferencia redactora en San José de Costa Rica, el delegado de Chile aclaró el deseo "de establecer claramente que los gobiernos se comprometerían a adoptar las medidas oportunas para hacer efectivos esos derechos" y el delegado de Colombia agregó su apoyo "en favor de un sistema de protección más amplio". Los Estados Unidos deseaban fortalecer el artículo requiriendo que el recurso sea "efectivo". Minutas de la décimocuarta sesión del Comité I, Doc. 53, Corr. 1. (30 de enero de 1970), citado en T. Buergenthal y B. Norris, nota 11 arriba, folleto 12, en 133-34.

rechos humanos de acuerdo al artículo 1 de la Convención Americana. El artículo 1, titulado "Obligación de respetar los derechos", exige a los Estados partes a comprometerse "a respetar los derechos y las libertades reconocidos (en la Convención) y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..."¹¹³ Como lo explicó la Corte Interamericana en el Caso Velásquez Rodríguez, este requerimiento incluye la obligación de investigar y castigar a los violadores de los derechos humanos¹¹⁴. En Velásquez Rodríguez, la Corte Interamericana halló al gobierno de Honduras responsable por la desaparición de un estudiante y sostuvo que el gobierno había violado su obligación de respetar y asegurar el derecho a la vida, la libertad y el tratamiento humano¹¹⁵. Detallando sobre la obligación de garantizar el ejercicio libre y pleno de los derechos humanos, la Corte Interamericana sostuvo que los Estados partes de la Convención Americana deben prevenir, investigar, y castigar cualquier violación de los derechos establecidos en la Convención:¹¹⁶ "El Estado tiene el deber jurídico...de llevar adelante una seria investigación de las violaciones...e identificar a los responsables, para impo-

113 Convención Americana, nota 11 arriba, art. 1.

114 Fallo del 29 de julio de 1988, Caso Velásquez Rodríguez, Inter-Am. Ct. H.R., Ser. C/4, párraf. 160-77 (acerca de desapariciones en Honduras).

115 *Ibidem*, párraf. 194. La Corte Interamericana ordenó a Honduras a pagar una compensación justa a los parientes más cercanos de Velásquez Rodríguez. *Ibidem*, fallo del 21 de julio de 1989, Caso Velásquez Rodríguez (Compensación), Inter-Am. Ct. H.R. (aún no impreso) (obtenible en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

116 La Corte afirmó: Como consecuencia de esta obligación (de garantizar el ejercicio de los derechos), los Estados deben prevenir, investigar y castigar cualquier violación de los derechos reconocidos por la Convención y, más aún, si es posible intentar restaurar el derecho violado y proveer compensación según se garantizó, por los daños resultantes de la violación a los derechos humanos. *Ibidem*, párraf. 166. Aunque la Corte reiteró enfáticamente la obligación de castigar a las violaciones a los derechos humanos establecidos por la Convención Americana, *ibidem*, párrafs. 166, 174-76, indicó que algunas circunstancias

ner el castigo apropiado y para garantizar a las víctimas la compensación adecuada.”¹¹⁷

La Ley de Obediencia Debida quebranta directamente las obligaciones de Argentina bajo la Convención Americana de investigar y castigar las violaciones a los derechos humanos. El gobierno de Argentina, sin embargo, cree que tal responsabilidad no se aplica a ninguna violación a los derechos humanos ocurrida antes de la ratificación de la Convención en 1984. En la carta de ratificación de la Argentina de la Convención Americana, el presidente Alfonsín explícitamente señala “que las obligaciones asumidas en virtud de la Convención sólo se harán efectivas en relación a hechos que ocurran después de la ratificación de la Convención.”¹¹⁸ Esta posición puede no ser jurídicamente válida porque la afirmación ni aparece oficialmente como una reserva o declaración interpretativa de la Convención Americana, ni es parte de la ley aprobada por el Congreso que la ratifica¹¹⁹. Más aún, incluso si fuera una reserva, la declaración de

podrían no permitir el castigo pero que el requisito de investigar persiste: Aún en el hipotético caso que los responsables de delitos de este tipo puedan no ser legalmente castigados bajo ciertas circunstancias, el Estado está obligado a usar los medios a su disposición para informar a los familiares del destino de las víctimas y, según sea el caso, la ubicación de sus restos. *Ibídem*, párraf. 181.

117 *Ibídem* párraf. 174. La Corte continúa diciendo: “Si el aparato del Estado actúa de tal manera que la violación permanece sin ser castigada...ha fallado el cumplimiento de su deber...” *Ibídem*, párraf. 176. En una posterior opinión sobre indemnización, la Corte Interamericana reiteró la exigencia de investigar los casos de desapariciones hasta que los hechos del caso fueran conocidos, concluyendo que “el deber del gobierno de investigar (continúa) mientras exista cualquier incertidumbre acerca de lo sucedido con la persona desaparecida.” Caso Velásquez Rodríguez (Compensación), nota 115 arriba, párraf. 34 (1989). La Corte agregó que “estas obligaciones (de investigar las desapariciones) afines a Honduras continúan totalmente sin cumplimentarse.” *Ibídem*, en párraf. 35.

118 Carta del presidente Raúl Ricardo Alfonsín (14 de agosto de 1984) (transmitiendo la ratificación argentina a la Convención Americana de Derechos Humanos), reimpresso en T. Buergenthal y B. Norris, nota 11 arriba, folleto 3.2, en 2.

119 Ley 23.054, (1984-A) A.L.J.A. 11 (1984).

Argentina no sería válida porque contraviene el objeto y propósito de la Convención Americana. Sobre esta cuestión, la Corte Interamericana concluyó que el artículo 75 de la Convención Americana (permitiendo reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) "debe ser considerado para permitir a los Estados ratificar o adherir a la Convención (Americana) con cualquier reserva que deseen hacer, en la medida que tales reservas no sean 'incompatibles con el objeto y propósito' de la Convención."¹²⁰ El no procesamiento de los responsables de la tortura y de otras serias violaciones a los derechos humanos es ciertamente incompatible con el objeto y propósito de la Convención Americana.

La Convención contra la Tortura

En 1975, las Naciones Unidas concretaron una importante etapa inicial tendiente a erradicar la tortura cuando la Asamblea General aprobó la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Declaración contra la Tortura)¹²¹. La Declaración contra la Tortura llama a todos los Estados a criminalizar y castigar todo acto de tortura.¹²² Las Naciones Unidas previenen la necesidad de mayores esfuerzos para poner freno a la tortura y presionaron para la

120 Los efectos de las reservas en la entrada en vigor de la Convención Americana (arts. 74 y 75) Inter-Am. Ct. H.R. (Juicios y Opiniones) (Opinión Asesora), OC-2/82, Ser. A/2, párraf. 22 (1982) (citando la Convención de Viena, nota 41 arriba, art. 19(c)).

121 Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, G.A. Res. 3452, 30 U.N. GAOR Supp. (No. 34) en 91, U.N. Doc. A/10034 (1975) (de aquí en más Declaración contra la Tortura).

122 Ibídem, arts. 7, 10.

promulgación de una convención que alcanzara estos objetivos.¹²³ En 1977, la ONU pidió que fuera redactada una convención y que se reunieran grupos de trabajo para preparar el borrador para su adopción por parte de la Asamblea General.¹²⁴ En 1984, esta preocupación acerca de la tortura y de la necesidad de una convención internacional que reflejara consenso de oprobio por su práctica culminó en la adopción por parte de la ONU de la Convención contra la Tortura.¹²⁵

La obligación internacional que exige que Argentina juzgue a sus funcionarios públicos por su participación en violaciones a los derechos humanos está patente en la Convención contra la Tortura, que la Argentina ratificó el 24 de septiembre de 1986.¹²⁶ Al exigir la criminalización y el castigo de todos los actos de tortura,¹²⁷ la Convención contra la Tortura pone en vigencia la prohibición contra el

123 Ibídem en el preámbulo. En una resolución aprobada inmediatamente después de la aprobación de la Declaración contra la Tortura, la Asamblea General de la ONU indicó que eran necesarios mayores esfuerzos para proteger a las personas de la tortura y pidió a la Comisión de Derechos Humanos estudiar los pasos necesarios para garantizar la observancia de la Declaración contra la Tortura. G.A. Res. 3453, 30 U.N. GAOR Supp. (No. 34) en 92, U.N. Doc. A/10034 (1975).

124 La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, una de las comisiones del Consejo Económico y Social de la ONU, fue el organismo al que la Asamblea General de la ONU pidió que redactara una convención contra la tortura. G.A. Res. 32/62, 32 U.N. GAOR Supp. (No. 45) en 137, U.N. Doc. A/32/45 (1977). Un grupo de trabajo abierto a todos los miembros de la Comisión de Derechos Humanos se reunió anualmente entre 1979 y 1984 antes y durante las sesiones de la Comisión de Derechos Humanos para redactar la convención.

125 G.A. Res. 3946, 39 U.N. GAOR Supp. (No. 51) en 197, U.N. Doc. A/39/51 (1985).

126 Convención contra la Tortura, nota 10 arriba. La Convención entró en vigor el 26 de junio de 1987. Tratados multilaterales depositados en poder del Secretario General, nota 10 arriba en 178. Para una revisión de la evolución de la Convención contra la Tortura en las sesiones del grupo de trabajo, ver J. Burger y H. Danelius, *The United Nations Convention Against Torture, A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (1988).

127 Convención contra la Tortura, nota 10 arriba, arts. 1, 4.

uso de la tortura, emanada de las Convenciones del TMI y de Ginebra,¹²⁸ de la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹²⁹ del Pacto de Derechos Civiles y Políticos,¹³⁰ y de la Declaración contra la Tortura de 1975. La Convención contra la Tortura prohíbe cualquier justificación o excusa jurídica de la tortura, tanto sea debido a circunstancias excepcionales o por acatamiento a órdenes oficiales.¹³¹ También exige a los Estados partícipes que enjuicien o extraditen a supuestos torturadores hallados dentro de sus fronteras.¹³²

a. La prohibición de la tortura

Los redactores de la Convención contra la Tortura definieron a la tortura como todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, o con su consentimiento o aquiescencia.¹³³

128 Ver arriba notas 61-78 y texto que lo acompaña.

129 Declaración Universal, nota 79 arriba, art. 5.

130 Pacto de Derechos Civiles y Políticos, nota 12 arriba, art. 2. Ver arriba notas 86-99 y texto que las acompaña.

131 Convención contra la Tortura, nota 10 arriba, art. 2(2)-(3).

132 *Ibíd.*, arts. 5-7.

133 *Ibíd.*, art. 1. El artículo 1 fue adoptado por consenso en 1979, 35 U.N. ESCOR Commission on Human Rights Supp. (No. 6) en 37-39, U.N. Doc. E/1979/36 o E/CN.4/1347 (1979) (de aquí en más Informe del Grupo de Trabajo, 1979). La definición de tortura dada arriba ciertamente concuerda con la gran cantidad de atroces acciones cometidas por ofi-

La intención de la definición era señalar a la tortura como delito para el derecho internacional.¹³⁴ Esta definición de la Convención contra la Tortura, adoptada por consenso y similar a las definiciones de otros instrumentos internacionales, demuestra la aceptación internacional del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la tortura.¹³⁵

b. Criminalización de todos los actos de tortura

Por la Convención contra la Tortura, todos los actos de tor-

ciales argentinos de todo rango durante la represión a fines de 1970, incluyendo apaleamientos, sofocaciones, y la aplicación de picana eléctrica en los genitales. Ver OAS Report, nota 16 arriba, en 199-215; Nunca Más, nota 3 arriba, en 20-51.

134 Summary comments on draft Convention Against Torture in Question of the Human Rights of all Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment, in Particular: Torture and Other Cruel or Degrading Treatment or Punishment. 35 U.N. ESCOR Comisión on Human Rights en 8, párrafs. 39-42, U.N. Doc. E/CN. 4/1314 (1978) (de aquí en más Informe del Grupo de Trabajo de 1978).

135 Informe del Grupo de Trabajo de 1979, nota 133 arriba, en 39. Evidencia adicional de la prohibición consuetudinaria de la tortura incluiría instrumentos tales como el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, nota 12 arriba, art. 7; la Convención Americana, nota 11 arriba, art. 5; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, nota 101 arriba; y la Declaración contra la Tortura, nota 121 arriba. La tortura también está prohibida por las Convenciones de Ginebra sobre Leyes de Guerra, Artículo Común 3(1)(a) (el mismo artículo aparece en las cuatro convenciones): Convención de Ginebra para el Mejoramiento de la Condición de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Campo de Batalla, 12 de agosto de 1949, 6 U.S.T. 3114, T.I.A.S. No. 3362, 75 U.N.T.S. 31; Convención de Ginebra para el Mejoramiento de las Condiciones de los Heridos, Enfermos y Miembros Náufragos de las Fuerzas Armadas de Mar, 12 de agosto de 1949, 6 U.S.T. 3217, T.I.A.S. No. 3363, 75 U.N.T.S. 85; Convención de Ginebra Relativo al Trato a los Prisioneros de Guerra, 12 de agosto de 1949, 6 U.S.T. 3316, T.I.A.S. No. 3364, 75 U.N.T.S. 135; Convención de Ginebra Relativo a la Protección de los Civiles en Tiempo de Guerra, 12 de agosto de 1949, 6 U.S.T. 3516, T.I.A.S. No. 3365, 75 U.N.T.S. 287. Mientras que la amplia adhesión internacional a estos tratados y declaraciones puede ser evidencia de *opinio juris*, la práctica de Estado, observada en el continuo uso de la tortura alrededor del mundo, debilita la evidencia de una prohibición consuetudinaria de la tortura. Ver Amnesty In-

tura se tornan delito. El artículo 4 exige que los Estados partes "verificarán por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal," incluyendo cualquier tentativa de cometer tortura y cualquier complicidad o participación en la tortura.¹³⁶ El párrafo 2 exige que la tortura sea castigada "con penas adecuadas."¹³⁷ Este artículo incluye la piedra fundamental del objetivo de la Convención de penalizar todas las instancias de la tortura.¹³⁸ La frase "conforme a su legislación penal" indica que la penalización de la tortura por parte de la Convención está sujeta a los principios jurídicos del derecho interno (tales como normas de pruebas y de procedimientos) lo que podría beneficiar en algunos casos a los acusados.¹³⁹

Con la Convención contra la Tortura se pretendía que la criminalización de la tortura fuera absoluta. El artículo 2 exige la prevención efectiva de la tortura por parte de cada Estado adherente y re-

ternational Reports, *Torture in the 1980's* (1984).

136 Convención contra la Tortura, nota 10 arriba, art. 4(1). Además, la Convención claramente afirma que todos los actos de tortura deben ser delitos para la legislación penal, posiblemente indicando que puede aplicarse a los casos de tortura llevados a cabo antes de su ratificación. *Ibidem*.

137 *Ibidem*, art. 4(2).

138 Ver Informe de Grupo de Trabajo de 1978, nota 134 arriba, en 8, párrafs. 39-42, 63 (comentarios de Suiza); *Ibidem*, Addendum 4, en 7, párraf. 30 (comentarios de Italia).

139 El Prof. Zalaquett argumenta que una nación puede utilizar la clemencia para tratar con tales delitos o también puede prometer la reducción de penas u otros arreglos similares para acelerar la revelación de información sobre violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, advierte, que una amnistía o indulto no sería válido frente al derecho internacional, frente a la voluntad del pueblo, o impuesto por la fuerza o amenaza. Zalaquett, nota 23 arriba, en 20-29. Según el modelo de Zalaquett, la amnistía de Argentina para los torturadores (entre otros) es por tanto nula por su contravención al derecho internacional. La tortura cometida en Argentina durante la "guerra sucia" estaba prohibida no sólo por el derecho consuetudinario internacional sino por la Constitución de la República Argentina, art. 18: "Todo tipo de tortura...está por siempre abolida."

chaza cualquier excusa jurídica para actos de tortura por cualquier circunstancia, incluyendo el estado de guerra o las órdenes de autoridad superior.¹⁴⁰ Más aún, la Convención contra la Tortura se aparta de la Carta del TMI, que permite la defensa de órdenes superiores para reducir una condena.¹⁴¹ Durante su redacción, un representante requirió que se considerasen a las órdenes de superiores como atenuantes del castigo,¹⁴² pero el Grupo de Trabajo de 1981 eliminó esa cláusula provisional.¹⁴³ La Convención aclara que “no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.”¹⁴⁴

El no enjuiciamiento de la tortura por la Ley de Obediencia Debida directamente contraviene este principio, violando por lo tanto la Convención contra la Tortura.

C. Jurisdicción penal sobre la tortura

La Convención contra la Tortura exige que los Estados partes en-

140 El Informe del Grupo de Trabajo de 1979, nota 133 arriba, en 40, art. 2(1) y (3). Para una discusión más amplia de la obligación de los Estados de prevenir la tortura, ver Boulesbaa, *The Nature of the Obligation Incurred by States Under Article 2 of the United Nations Convention Against Torture* (a publicarse en el vol. 12 de Hum. Rts. Q., 1990).

141 La Carta del TMI, nota 52 arriba, art. 8 (“El hecho de que el acusado haya actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior no lo debe liberar de responsabilidad, pero puede ser considerado un atenuante del castigo si el tribunal determina que así lo requiere la justicia.”).

142 Informe del Grupo de Trabajo de 1979, nota 133 arriba, en 40, párraf. 35.

143 37 U.N. ESCOR Supl. Comisión de Derechos Humanos (No. 5) en 53, párraf. 13, U.N. Doc E/1981/25 o E/CN.4/1475 (de aquí en más Informe de Grupo de Trabajo de 1981). Argentina, en ese momento aún bajo régimen militar, estuvo presente en estas reuniones. *Ibidem* en 51, párraf. 3.

144 Convención contra la Tortura, nota 10 arriba, art. 2(2)-(3) (énfasis es nuestro).

juicien o extraditen a todos los sospechosos de tortura bajo su jurisdicción.¹⁴⁵ La Convención también requiere que los Estados partes establezcan la más amplia base de jurisdicción posible en el derecho internacional: jurisdicción sobre delitos en su territorio o sobre delincuentes hallados ahí (el “principio territorial”),¹⁴⁶ de sus ciudadanos o en lugares que poseen su nacionalidad, tales como buques o aeronaves (el “principio de nacionalidad”),¹⁴⁷ y sobre delitos contra sus ciudadanos cuando lo considera apropiado (el “principio de personalidad pasiva”).¹⁴⁸ Estas bases tradicionales de jurisdicción se aplican al caso de Argentina, debido a que los delitos fueron cometidos en Argentina, por argentinos, primordialmente contra argentinos. Más aún, la mayoría de los delincuentes aún viven en Argentina.¹⁴⁹ Si un sospechoso de ser torturador es hallado en el territorio de un Estado partícipe, el artículo 6(1) exige que éste tome medidas legales “a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición”.¹⁵⁰ El artículo 7(1) exige que los Estados partes extraditen al sospechoso o sometan “el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”.¹⁵¹ El artículo 7 fue elaborado de modo que “ningún delincuente tenga la oportunidad de escapar a las consecuencias de sus actos de tortura. Sería extraditado o juzgado.”¹⁵² Un su-

145 *Ibídem*, art. 7.

146 *Ibídem*, art. 25(1)(a).

147 *Ibídem*, art. 5(1)(a)-(b).

148 *Ibídem*, 5(1)(c).

149 Bajo el principio de jurisdicción universal, los torturadores de Argentina pueden ser juzgados en otras naciones donde puedan ser localizados. *Ibídem*, arts. 5(2), 6(1).

150 *Ibídem*, art. 6(1).

151 *Ibídem*, art. 7(1). El artículo 7(3) exige garantías de trato justo para el acusado en todos los estadios de los procedimientos. *Ibídem*, art. 7(3).

152 Report of the Working Group on a Draft Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 36 .N. ESCOR Comisión de Derechos Hu-

puesto torturador debería ser juzgado o por el Estado en que él o ella ha sido hallado o por el Estado que lo recibe.¹⁵³

Un mayor debate sobre los artículos 5 a 7 en la sesión del grupo de trabajo de 1982 hizo que quedara claro que casi todas las naciones representadas deseaban que cada Estado someta la tortura a la jurisdicción universal.¹⁵⁴ Aunque algunas delegaciones no estaban preparadas para aceptar un sistema de jurisdicción universal en la

manos, (Agenda item 10(a) en 11, párraf. 61, U.N. Doc. E/CN.4/1367 (1980) (de aquí en más Grupo de Trabajo de 1980).

¹⁵³ Estas otras convenciones que exigen el enjuiciamiento o extradición de delincuentes bajo el principio jurídico internacional de *aut dedere aut judicare* (o extraditar o juzgar) son mencionados como ejemplos en los Informes del Grupo de Trabajo. Ver Informe del Grupo de Trabajo, nota 143 arriba en 57, párraf. 25. Dichas convenciones incluyen la Eliminación de Apresamientos Ilícitos de Aviones, 16 de diciembre de 1970, 22 U.S.T. 1641, T.I.A.S. No. 7192, 10 I.L.M. 133; la Convención sobre la Eliminación de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 23 de sept. de 1971, 24 U.S.T. 564, T.I.A.S. No. 7570, 10 I.L.M. 1151; la Convención sobre la Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas, Incluyendo Agentes Diplomáticos, 14 de diciembre de 1973, T.U.A.S. No. 8532, 13 I.L.M. 41; y la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, hecho el 17 de diciembre de 1979, G.A. Res. 146, 34 U.N. GAOR (1979), 18 I.L.M. 1456, reimpresso en 74 Am. J. Int'l 277 (1980). Los Estados partes de la Convención deben juzgar a los torturadores o extraditarlos para su enjuiciamiento en otro lugar según las normas de los tratados similares a aquellos aceptados por muchos Estados en las convenciones contra los secuestros y la toma de rehenes.

¹⁵⁴ La jurisdicción universal permitiría a todos los Estados, incluyendo a aquellos que no forman parte de la Convención contra la Tortura, a enjuiciar o extraditar a los torturadores hallados en su territorio. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Convención Redactora contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes, 38 U.N. ESCOR Comisión de Derechos Humanos (Agenda item 10(a) en 6, párraf. 22, U.N. Doc. E/CN.4/1982/L.40 (1982) (de aquí en más Grupo de Trabajo de 1982). Durante una consideración previa de los artículos 5 a 7, los Estados Unidos afirmaron que "la jurisdicción universal debe existir para los actos de tortura...((que)) como la piratería, bien pueden ser considerados una `ofensa contra el derecho de las naciones.'" Informe del Grupo de Trabajo de 1978, nota 134 arriba en 15, párraf. 69. El Reino Unido acordó con estas provisiones pero no consideró manejable la jurisdicción universal. Cuestión de los Derechos Humanos de Todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión en Particular: (a) Convención Preliminar sobre Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes 35 U.N.

convención redactora de 1982,¹⁵⁵ ya para comienzos de 1984 ningún Estado se opuso a su inclusión en el borrador, incluyendo el recientemente electo gobierno de Argentina.¹⁵⁶

d. La obligación de enjuiciar

El significado principal de la Convención contra la Tortura es que no sólo prohíbe la tortura sino que también exige el procesamiento y castigo de los responsables de la tortura.¹⁵⁷ El desarrollo de normas internacionales que impedirían que ningún torturador no fuese castigado, como se evidencia en la Carta del TMI,¹⁵⁸ es el objetivo central de la Convención contra la Tortura y constituyó uno de los principios que alcanzaron amplio consenso en la elaboración de

ESCOR Comisión de Derechos Humanos, Addendum (Agenda item 10(a) en 3, párraf. 13, U.N. Doc. E/CN.4/1314/Add. 1 (1979).

155 Informe del Grupo de Trabajo de 1982, nota 154 arriba, en 8, párraf. 33.

156 Cuestión de los Derechos Humanos de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión. Tortura o Cualquier otro Trato o Pena Cruel, Inhumano o Degradante, 40 U.N. ESCOR Comisión de Derechos Humanos (32a mtg.) en 5, párraf. 26, U.N. Doc. E/CN.4/1984/72 (1984) (de aquí en más Informe del Grupo de Trabajo de 1984). Un informe de una temprana reunión de trabajo de 1984 del Grupo de Trabajo dice que "el nuevo gobierno argentino apoyó la jurisdicción universal según lo indicado en los artículos borradores 5,6 y 7, así como el sistema de implementación provisto por los artículos borradores 17 a 24." *Ibidem* en 5, párraf. 27. Artículos 5,6, y 7 fueron adoptados en la misma sesión. *Ibidem* en 7, párraf. 35. Argentina señaló su apoyo a la jurisdicción universal sobre la tortura ante las Naciones Unidas, 40 U.N. ESCOR Comisión de Derechos Humanos (3a mtg.) en 12, párraf. 44, U.N. Doc. E/CN.4/1984/SR.33 (1984).

157 Ver arriba notas 131-144 y texto que las acompaña. La Convención emplea mecanismos de acción directa para limitar la continuación del uso de la tortura. Por ejemplo, el artículo 14 exige que los Estados partes aseguren reparación e indemnización a las víctimas de tortura y a las personas a cargo de éstas en caso de su muerte. Convención contra la Tortura, nota 10 arriba, art. 14(1).

158 Carta del TMI, nota 52 arriba, art. 6(c).

la Convención.¹⁵⁹ Este consenso siguió a los comentarios iniciales de los miembros de las Naciones Unidas de la convención redactora señalando el deseo universal de hacer de la tortura un delito criminal sujeto a sanciones penales.¹⁶⁰ Mientras ciertas secciones de la Convención contra la Tortura parecen codificar normas consuetudinarias del derecho internacional, como aquellas que definen y prohíben la tortura o que niegan cualquier justificación de su uso,¹⁶¹ el Grupo de Trabajo trató la exigencia de juzgar o extraditar como una norma en desarrollo del derecho internacional, que no había formado parte previamente del corpus del derecho internacional consuetudinario. Esta norma, aplicada a la Argentina, prohíbe la vigencia de la Ley de Obediencia Debida.

159 Las únicas áreas de constante disputa durante la elaboración de la Convención contra la Tortura se referían a temas no relacionados. Ver 39 U.N. GAOR C.3 (44a mtg.) en 9, párrafs. 52-57, U.N. Doc. A/C.3/39/SR.60 (1984). La Asamblea General aprobó el borrador de la Convención (Draft Convention) unánimemente el 10 de diciembre de 1984. G.A. Res. 39/46, 39 U.N. GAOR Supp. (No. 51) en 197, U.N. Doc. A/39/51 (1984).

160 Informe del Grupo de Trabajo de 1978, nota 134 arriba. Por ejemplo el gobierno suizo sugirió que la Convención Redactora impusiera penas criminales bajo el derecho internacional para la tortura tal como las Convenciones de Ginebra de 1949 sometieron a la tortura en conflictos armados internacionales a sanciones como de grave quebrantamiento de la Convención. *Ibidem*, en 8, párraf. 42. Esta postura fue reiterada por varias naciones, incluyendo el gobierno danés (párraf. 12), los Estados Unidos (párraf. 13 y 69), los países nórdicos (párraf. 16), la República Democrática Alemana (párraf. 18), y la Unión Soviética (párraf. 22). Ver también el Informe del Grupo de Trabajo de 1984, nota 156 arriba, en 8, párraf. 27 (Comunidad Económica Europea).

161 Informe del Grupo de Trabajo de 1978, nota 134 arriba, en 7, párrafs. 36, 40 y 41.

IV. Ninguna defensa jurídica puede excusar a la Argentina para no enjuiciar por tortura

La Corte Suprema de la República Argentina, al confirmar la aplicación de la Ley de Obediencia Debida en el caso de los oficiales navales acusados de tortura y otras violaciones a los derechos humanos en la Escuela de Mecánica de la Armada¹⁶², opinó que la Convención contra la Tortura no podía sustituir la Ley de Obediencia Debida por tres razones: los tratados no sustituyen la ley local, la Convención contra la Tortura no estaba en vigencia cuando se promulgó la Ley de Obediencia Debida, y deben aplicarse las penas criminales más benignas cuando existen¹⁶³. Al asumir esta posición, el gobierno y los tribunales argentinos han quebrantado la obligación impuesta por el derecho internacional de enjuiciar a los oficiales responsables de tortura.

A. La supremacía del derecho internacional

El primer argumento de la Corte, en cuanto a que los tratados no sustituyen la ley local, es rápidamente descartable. Esta

162 El caso de la Escuela de Mecánica de la Armada es el centro de la petición del CELS a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Petición de CELS, nota 13 arriba.

163 Fallo del 29 de marzo de 1988, C.J.N., Argen., E.D. 7075, en 4 (1988).

justificación contraviene directamente la norma establecida del derecho internacional de que un conflicto con una ley interna nunca puede excusar a un Estado de no aplicar una obligación jurídica. Mientras algunos Estados creen en un sistema jurídico dual en que los tratados son aplicados como cualquier otra ley según los principios constitucionales, las obligaciones de la Argentina según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y según su propia Constitución exigen que se le acorde superioridad a los tratados internacionales¹⁶⁴. Como lo afirma la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, "(un Estado) parte no puede invocar las disposiciones de las leyes internas como justificación de su falta de cumplimiento de un tratado."¹⁶⁵

B. Aplicación retroactiva de la Convención contra la Tortura

La segunda justificación de la Corte Suprema convalidando la Ley de Obediencia Debida a pesar de la Convención contra la Tortura es que la Convención no estaba en vigor cuando se adoptó la Ley de Obediencia Debida¹⁶⁶. La Corte sostuvo que la ley posterior (la Convención contra la Tortura) no puede sustituir los efectos de una ley previa (la Ley de Obediencia Debida) a menos que la ley posterior reduzca la pena fijada en la anterior¹⁶⁷. En el primer

164 Const. de la República Argentina, art. 31, ("Esta Constitución, las leyes de la Nación...y tratados con poderes extranjeros son la ley suprema de la Nación.") Ver también Reafirmación, nota 47 arriba, 311(3) (1987).

165 Convención de Viena, nota 40 arriba, art. 27.

166 Fallo del 29 de marzo de 1988, C.J.N., Argen. E.D. 7075, en 4.

167 *Ibidem*.

dictamen de la Corte Suprema sobre la constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida, se consideró a esta ley predominante en casos penales que involucraran el uso de tortura durante la dictadura militar porque había sido promulgada antes que la Convención contra la Tortura entrara en vigor, a pesar del hecho que la Argentina ya había ratificado el tratado¹⁶⁸. En un dictamen del día siguiente, un juez de la Cámara Nacional de Apelaciones coincidió que la Convención contra la Tortura no podía aplicarse a casos de tortura cometidos antes que la Convención entrara en vigor¹⁶⁹. Los tribunales y el gobierno generalmente se han atenido a la proposición de que las personas involucradas en la tortura no podían ser enjuiciadas por la prohibición *ex post facto*¹⁷⁰. Estos argumentos, sin embargo, son incompatibles con las obligaciones de los tratados internacionales y del derecho consuetudinario internacional que comprometen a la Argentina con anterioridad a la promulgación de la Ley de Obediencia Debida.

168 Fallo del 6 de agosto de 1987, C.J.N., Argen., (1987-D) L.L. 181, E.D. 6790-6794.

169 Este cuestión fue elevada por el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones del Distrito de la Capital Federal y luego Fiscal General de la Argentina, el Dr. Andrés D'Alessio, en un caso inmediatamente posterior a la decisión constitucional sobre la Ley de Obediencia Debida a que había llegado la Corte Suprema. M. Sancinett, nota 30 arriba, en 126-129 (citando la opinión del juez D'Alessio, Cámara Nacional de Apelaciones de Buenos Aires, fallo del 23 de junio de 1987, párraf. 3.7). Mientras acordaba que la Argentina estaba obligada a atenerse a la Convención contra la Tortura por la fecha de firma previo a la aprobación de la Ley de Obediencia Debida, D'Alessio objetó su aplicación *ex post facto* para casos anteriores de tortura y argumentó que la Convención no debería regular la naturaleza prescriptiva de la Ley de Obediencia Debida. El juez D'Alessio también postuló que la Convención no pretendía disponer reducciones en condenas por tortura. *Ibidem*.

170 Comunicación de María Teresa M. de Morini, subsecretaria de Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores, gobierno de Argentina, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1-2 (7 de abril de 1989) (respecto a la demanda elevada por el Centro de Estudios Legales y Sociales, nota 13 arriba). Esta es la postura compartida por el juez D'Alessio de la Cámara Nacional de Apelaciones de Buenos Aires en la sentencia del 23 de junio de 1987, consideración III, punto 7, citado en M. Sancinetti, nota 30 arriba, en 127-28.

1. Las obligaciones de Argentina bajo la Convención contra la Tortura son previas a la Ley de Obediencia Debida

Al firmarse la Convención contra la Tortura, la Argentina se comprometió a enjuiciar a todos los torturadores presentes en su territorio; al aplicar la Ley de Obediencia Debida, la Argentina faltó a este compromiso. El hecho que la Convención contra la Tortura haya entrado en vigor luego que la Ley de Obediencia Debida fuera aprobada no significa que la Convención no regía cuando se aprobó la ley local¹⁷¹. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹⁷² exige a los Estados partes, tales como Argentina, que sigan los términos de los tratados cuando los firman o ratifican¹⁷³. Bajo la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, "(un Estado) está obligado a abstenerse de actos que podrían anular el objeto e intención del tratado" cuando "ha expresado su consentimiento de estar sujeto al tratado, estando pendiente la entrada en vigor del tratado y a condición que tal entrada en vigor no esté indebidamen-

171 La Convención contra la Tortura fue firmada por Argentina el 4 de febrero de 1985, y su ratificación fue depositada en la Secretaría General de la ONU el 24 de septiembre de 1986. Tratados Multilaterales Depositados en poder del Secretario General, nota 10 arriba, en 178. El tratado entró en vigor el 26 de junio de 1987, veintidos días después que el Congreso Argentino aprobara la Ley de Obediencia Debida. *Ibidem*. Los términos de la Convención contra la Tortura exigían que adhiriesen a la misma veinte Estados antes de poder entrar en vigor. Convención contra la Tortura, nota 10 arriba, art. 27(1). Ley de Obediencia Debida, nota 8 arriba.

172 Convención de Viena, nota 41 arriba. La Convención de Viena codifica el derecho internacional regulando cómo los Estados deben adherir e interpretar los tratados. Argentina es Estado parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, firmado el 23 de mayo de 1969, ratificado el 5 de diciembre de 1972. Tratados Multilaterales Depositados en poder del Secretario General, nota 10 arriba, en 785.

173 Convención de Viena, nota 41 arriba, art. 18(b). En esencia, los Estados partes de un tratado han negociado el acuerdo, y según el derecho internacional, no pueden quebrantar dicho acuerdo. Al aceptar el acuerdo, la parte acuerda con su aplicación a eventos presentes y futuros.

te retrasada.”¹⁷⁴ Un examen reciente de la historia y práctica de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados indica que el requisito del artículo 18 de que los Estados observen los tratados que han firmado es una norma del derecho consuetudinario internacional que hay que cumplir¹⁷⁵. La práctica de los Estados, así como el apoyo unánime del artículo 18 en la conferencia de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, confirma la existencia de esta ley consuetudinaria¹⁷⁶.

La aprobación de la Ley de Obediencia Debida viola el compromiso de Argentina bajo los artículos 2 y 4 de la Convención contra la Tortura al permitir a los acusados (o acusables) de tortura escapar a su enjuiciamiento sobre la base de que seguían órdenes. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados obliga a la Argentina a aplicar la Convención contra la Tortura a la fecha de

174 *Ibidem*.

175 M. Villiger, *Customary International Law and Treaties* 315-26 (1985) (estudio de caso del art. 18). Villiger concluye que el principio incorporado en el artículo 18 reúne la prueba de dos partes del derecho consuetudinario internacional: práctica de Estado y un sentido vinculante de obligación jurídica (*opinio juris*). “La práctica de Estado hasta, y luego de, 1969 es suficientemente coherente y constante como para compensar los pocos ejemplos de práctica inconsistente. La tendencia de la práctica de Estado posterior a 1969 ha sido la de sostener y confirmar el art. 18 *qua* derecho consuetudinario. Las declaraciones y el voto unánime en Viena, y las declaraciones y práctica posterior a 1969 revelan una *communis opinio juris*.” En 320, *ibidem*.

176 *Ibidem*, en 318, párraf. 464. El debate sobre la Convención de Viena por la Comisión de Derecho Internacional (desde 1951 a 1969) y la práctica de Estado también indican que la norma del artículo 18 está considerada como derecho consuetudinario internacional. El estudio de Villiger señala que una “amplia mayoría” de Estados consideraron esta disposición como un principio general y aceptable del derecho internacional. *Ibidem* en 318, párraf. 462. Villiger agrega que “los travaux préparatoires revelan que no se pretendía que el artículo 18 se basara principalmente en la buena fe sino en una obligación del derecho internacional, y acumulativamente, en cualquier obligación contractual de las partes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.” *Ibidem* en 321, párraf. 469. La segunda conferencia de la Conferencia de la ONU sobre Derecho de los Tratados aprobó el artículo 18 por el voto de 102 a 0. *Ibidem*, en 319-20, párrafs. 465-67.

su firma; el hecho de que la Convención contra la Tortura no hubiese entrado aún en vigor a la fecha de la aprobación de la Ley de Obediencia Debida de ninguna manera disminuye la obligación jurídica de la Argentina bajo dicha Convención.

2. Exigir el procesamiento no viola la prohibición Ex Post Facto

Cuando delitos de lesa humanidad, tales como la tortura, forman parte de los principios generales de derecho reconocido por la comunidad de las naciones, el enjuiciamiento bajo el derecho internacional no viola el principio de ex post facto porque el acto ya es reconocido como criminal a nivel de la costumbre internacional¹⁷⁷. Como lo demuestran los juicios por los crímenes nazis por parte del TMI, la prohibición ex post facto es menos rigurosamente aplicada en el derecho internacional que en el derecho local, mayormente por respeto al derecho consuetudinario. Bajo el derecho local, los principios constitucionales comúnmente exigen que los delitos estén explícitamente enunciados en el código penal, dando por lo tanto justo aviso antes que las condenas sean dictadas¹⁷⁸. Dado que no hay un código penal internacional, las definiciones de los delitos internacionales se originan en el derecho internacional sin aviso y lue-

177 Como el derecho internacional generalmente no codifica normas consuetudinarias, la aplicación del derecho consuetudinario a un evento específico (tal como el tratamiento de crímenes de guerra por el TMI) puede parecer que viola el principio que prohíbe la aplicación retroactiva de nuevas leyes. Sin embargo, dado que las leyes consuetudinarias y las convenciones basadas en ellas no son leyes nuevas sino más bien la continuación de normas ampliamente aceptadas, su aplicación no viola el principio de ex post facto.

178 Este principio es a menudo llamado principio de legalidad o de leyes penales no retroactivas, citado por académicos jurídicos como *nulla crimen sine legge* o *nulla poena sine legge*. Ver Const. de EE.UU, art. 1, 0, cl. 3; art. 1, 10, cl. 1; y Const. de la República Argentina, art. 18.

go del hecho¹⁷⁹. No obstante, cuando el derecho consuetudinario internacional declara ilegales a prácticas tales como la piratería, el comercio de esclavos, el genocidio, los crímenes de guerra y la tortura, el ampliamente extendido oprobio internacional asegura el aviso sobre la criminalidad del acto¹⁸⁰.

En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, existe una excepción a la prohibición *ex post facto*. El artículo 15(2) suspende la prohibición *ex post facto* cuando el acto en cuestión viola los principios generales de derecho internacional¹⁸¹, afirmando que el principio de *ex post facto* en el artículo 15(1) no debe oponerse al juicio y condena de una persona por actos que “al momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales de derecho reconocido por la comunidad internacional.”¹⁸² Mientras algunos miembros de la Comisión de Derechos Humanos consideraban a este párrafo un poco vago, aquellos que lo apoyaban insistían que confirmaría y fortalecería los Principios de Nuremberg “y aseguraría que si fu-

179 Nota, Prohibición Ex Post Facto, nota 44 arriba, en 1529.

180 *Ibidem*. La nota comenta que: La comunidad mundial tan pocas veces es capaz de lograr consenso en torno a un acto que cuando lo logra, se garantiza que dicho acto sea considerado tan despreciable que ninguna persona razonable pueda alegar insuficiente aviso de su criminalidad... A medida que el grado de consenso en la sociedad condenando un acto en particular se acrecienta, disminuye la verosimilitud del reclamo de cualquier individuo de que carecía del aviso suficiente sobre la criminalidad de su acto. *Ibidem*.

181 “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional.” Pacto de Derechos Civiles y Políticos, nota 12 arriba, art. 15(2).

182 *Ibidem*. Cuando la Argentina ratificó el Pacto, expresó su “entendimiento” de que el artículo 15(2) “debe estar sujeto al principio establecido por el artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina” (ninguna ley penal *ex post facto*). Tratados Multilaterales Depositados en poder del Secretario General, nota 10 arriba, en 129. Este entendimiento de ninguna manera disminuye la responsabilidad de procesar delitos tales como la tortura, que, en todo caso, no violaría el principio de *ex post facto*.

tuos crímenes similares a los castigados en Nuremberg fueran perpetrados, serían castigados según los mismos principios.”¹⁸³ Por lo tanto, como delito internacional, la tortura empleada por los militares en Argentina es punible según el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a pesar de la ratificación Argentina del Pacto luego del período militar.

Existen varios ejemplos de Estados que han procesado a individuos por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad sin obstáculos ni por la prohibición ex post facto ni por prescripciones. Por ejemplo, la Corte Suprema de Israel consideró que el juicio de Israel al criminal de guerra nazi Adolf Eichman (a quien los israelíes secuestraron secretamente de la Argentina en 1961) no estaba sujeto a la prohibición ex post facto porque los actos criminales estaban condenados por el principio de jurisdicción universal del derecho internacional¹⁸⁴. El hecho de que los Estados Unidos permitieran que el criminal de guerra nazi John Demjanjuk fuera extraditado de los Estados Unidos a Israel para su procesamiento en 1986 también

183 15 U.N. GAOR Anexo 1 (Agenda Item 34) en 4, párraf. 15, U.N. Doc. 4/4625 (1960). Ver el comentario de Filipinas de que el artículo 15 “debe respaldar el principio proclamado luego de la Segunda Guerra Mundial que aquellos responsables de crímenes de lesa humanidad deban ser llevados a juicio y castigados.” 15 U.N. GAOR C.3 (1008a mtg.) en 136, párraf. 18, U.N. Doc. A/C.3/SR, 1008 (1960). De acuerdo al comentario académico, los elaboradores del Pacto de Derechos Civiles y Políticos “pretendían asegurar que nadie escapara al castigo por una ofensa criminal según el derecho internacional con la defensa que su acto era legal según la legislación de su país.” Muhammad, *Due Process of Law for Persons Accused of Crime*, en *The International Bill of Rights*, nota 81 arriba en 164.

184 *Fiscal General de Israel vs. Eichman*, 36 I.L.M. 277, 304 (Isr. 1962). Ver nota, *Prohibición Ex Post Facto*, nota 44 arriba, en 1531 n. 92. La corte razonó que “los dañosos y homicidas efectos (de los crímenes de Eichman) eran tan abarcativos y extensos como para sacudir a la comunidad internacional en sus mismos cimientos. El Estado de Israel por lo tanto estaba habilitado, conforme al principio de jurisdicción universal y con la facultad de un guardián del derecho internacional y de un agente de su aplicación, para juzgar al apelante. Siendo tal el caso, carece de importancia el hecho de que el Estado de Israel no existiera cuando los delitos fueron cometidos.” *Ibidem*.

demostró que los crímenes de lesa humanidad no estarían sujetos a ninguna limitación estatutaria¹⁸⁵.

El tema pendiente respecto a la retroactividad es si la aplicación de una ley que exige el procesamiento viola la prohibición *ex post facto* cuando sólo se aplica retroactivamente el requisito de enjuiciar y no el de criminalización. La Convención contra la Tortura afecta sólo la posibilidad de la penalidad y no la cuestión de si el acto era criminal cuando fue cometido. En este sentido, el enjuiciamiento de los responsables por actos de tortura cometidos durante la “guerra sucia” es análogo al procesamiento luego de extender las prescripciones: ya no es posible evitar el procesamiento penal por prescripción del delito. Este tema es menos controvertido en el caso argentino, porque firmó la Convención contra la Tortura que claramente exige el enjuiciamiento de la tortura, que en el caso de naciones como Chile, Paraguay y Uruguay, que han tenido experiencias en instancias oficiales de uso de la tortura, y no han ratificado la Convención.

¿Si la tortura es ilegal cuando es cometida, pero el derecho internacional no exige explícitamente su enjuiciamiento en ese momento, puede una obligación posterior de procesarla pasar por encima de una intención anterior de no hacerlo? Difícilmente pueda uno imaginarse a un torturador alegando con éxito como defensa jurídica que no existía la obligación de enjuiciamiento en el momento que el delito fue cometido. Los fallos del TMI dieron a las Fuerzas Armadas de Argentina la suficiente advertencia de que podrían ser enjuiciadas por tortura y otros delitos de lesa humanidad. Exigir el procesamiento de los militares argentinos por tortura simplemente sería un caso de aplicación de una exigencia tanto del derecho consuetudina-

185 *Demjanjuk vs. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (6a Cir. 1985), cert. denegado, 106 S. Ct. 1198 (1986). El principio de *ex post facto* tampoco detuvo a la corte de EE.UU., que dictaminó que un intento de enjuiciar a *hostis humani generis* (enemigos de toda la humanidad) bajo jurisdicción universal era lícito. 776 F.2a en 582-83.

rio internacional como de las convenciones de derechos humanos de enjuiciar a los actos criminales de tortura. La norma de ex post facto es inaplicable por el preexistente consenso internacional contra la tortura, que tanto puso sobre aviso a los militares argentinos de su conducta ilegal como también supeditó al derecho interno.

C. Aplicación de la pena más benigna

La tercera objeción de la Corte Suprema argentina para la aplicación de la Convención contra la Tortura se refiere a la aplicación retroactiva de penas más benignas para los criminales acusados¹⁸⁶. La norma de la pena más benigna generalmente permite la reducción de sanciones penales cuando la penalidad ha sido reducida luego que un delito fuera cometido. El principio aparece en la última parte del artículo 15(1) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: "Si, con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."¹⁸⁷ Esta norma no es un principio legal doméstico universalmente aceptado, y varía en su aplicación. Mientras en algunas naciones automáticamente se reducen las penas de los delincuentes condenados cuando se reducen las sentencias, otros pueden no cambiar la condena o sentencia luego que un tribunal ha fallado, o sólo lo puede hacer luego de una revisión judicial¹⁸⁸. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos

186 Ver fallo del 29 de marzo de 1988, C.J.N., Argen., E.D. 7075, en 4. La Corte aplicó el principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, según el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal argentino, al caso de los oficiales de la Escuela de Mecánica de la Armada procesados por violaciones a los derechos humanos. Cod. Proc. Pen. art. 2 (Argen.). Este principio también aparece en la Convención Americana, nota 11 arriba, art. 9, y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, nota 12 arriba, art. 15(1).

187 Pacto de Derechos Civiles y Políticos, nota 12 arriba, art. 15(1).

188 Opsahl y de Zayas, *The Uncertain Scope of Article 15(1) of the International Covenant*

no indica que la norma de la pena más benigna deba aplicarse al caso de una amnistía completa como es la Ley de Obediencia Debida argentina. El propósito del Pacto es proteger y beneficiar al individuo, no crear un permiso para el Estado.

De hecho, algunas naciones específicamente se han opuesto en forma vehemente a la otorgación de penas más benignas para casos de crímenes de lesa humanidad¹⁸⁹. La no universal aceptación

on Civil and Political Rights, 1983 Can. Hum. Rts. Y.B. 237, 243-244. Algunos países no disponen cambios de las penas por delitos cometidos antes que un estatuto penal sea revocado. *Ibidem* en 244. Durante la elaboración del Pacto Internacional, algunas naciones argumentaron que sería humano aplicar las leyes penales más benignas mientras otros sintieron que la ley en vigencia al momento de la condena debería regir. 8 U.N. ESCOR Comisión de Derechos Humanos (324a mtg.) en 4-5, U.N. Doc. E/CN.4/SR.324 (1952). Algunas naciones creyeron que la norma de la pena más benigna permite, pero no exige, que sus tribunales revisen sentencias aligeradas por ley. Opsahl y de Zayas en 246-48. Al tomar parte del Pacto Internacional, Italia, la República Federal Alemana, y Trinidad y Tobago hicieron reservas o interpretaciones a los efectos que el artículo 15(1) no se aplique a casos luego de la condena. *Ibidem* en 247-48. Tratados Multilaterales Depositados en poder del Secretario General, nota 10 arriba, en 135, 134 y 137 respectivamente. Japón y el Reino Unido se opusieron a la aplicación automática de las penas más benignas, pero no parece haberse llegado a una conclusión. Ver 15 U.N. GAOR C.3 (1010a mtg.) (Agenda item 34) en 146, párraf. 24, U.N. Doc. A/C.3/SR.1010 (1960). Para un resumen de los puntos de vista sobre el artículo 15, ver Annotations on Draft International Covenants on Human Rights, nota 95 arriba, párraf. 93-96.

189 El Reino Unido apoyó la oposición de Afganistán a la aplicación de penas más benignas en los casos de crímenes de lesa humanidad: Pensaba en particular en el otorgamiento de una amnistía para crímenes como el genocidio. Si tales crímenes de lesa humanidad llegasen a ser considerados delitos menos serios que lo que son en la actualidad, los criminales culpables de los mismos podrían quedar libres sin sanción alguna. Eso debe ser evitado a todo precio, si van a ser protegidos los derechos democráticos y de la sociedad. 15 U.N. GAOR C.3 (1007a mtg.) (Agenda Item 34) en 131, párraf. 20, 24, U.N. Doc. A/C.3/SR.1007 (1960). En el debate sobre la inclusión de la norma de la pena más benigna en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, muchas naciones argumentaron que todos los supuestos delinquentes o los sentenciados deberían beneficiarse por la abolición de una ofensa. Sin embargo, países como Francia e India se opusieron a la elevación de esta norma como principio del Pacto porque "no debe beneficiar a personas que cínicamente violaron leyes (de emergencia), o permitirles evadir el castigo." 8 U.N. ESCOR Comisión de Derechos Humanos (324a mtg.) en 11, U.N. Doc. E/CN.4/SR.324 (1952).

de la norma de la pena más benigna debe hacer vacilar en su aplicación.

Otro argumento más en contra de la aplicación de esta norma para la Ley de Obediencia Debida es el hecho de que el principio de la pena más benigna se refiere a la penalidad por un acto y no al tema de la criminalidad del acto¹⁹⁰. Si es utilizado coherentemente con las normas del derecho internacional, la norma de la pena más benigna no puede ser usada para frenar los juicios por tortura de los militares argentinos, aunque puede ser utilizada para incidir en sus sentencias.

Bajo el principio de supremacía del derecho internacional, la norma doméstica de la pena más benigna debe quedar subordinada a obligaciones internacionales tales como la Convención contra la Tortura¹⁹¹. Más aún, por el artículo 15(2) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la posibilidad de obtener una pena menor no debe perjudicar el juicio y castigo de crímenes, tales como tortura, que violan principios generales del derecho internacional o de la decencia humana. Mientras que el derecho argentino puede exigir a

190 "(Un) subsiguiente mejoramiento de la posición de un delincuente, por ejemplo, por indulto, amnistía o libertad bajo palabra, usualmente no es considerado como introduciendo una penalidad 'menor' como tal." Opsahl y de Zayas, nota 188 arriba, en 250-51. No obstante, cuando se le requirió que defina el alcance de la palabra "penalidad" en el artículo 15(1), el Comité de Derechos Humanos, el organismo de la ONU creado para implementar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sólo comentó que para interpretar la palabra "penalidad" se requeriría un análisis de la ley doméstica y una consideración del objeto y propósito del artículo 15. Caso de Gordon Van Duzen, 37 U.N. GAOR Comisión de Derechos Humanos, Supp. (no. 40) en 150-56, U.N. Doc. A/37/40 (1982).

191 El artículo 31 de la Constitución Argentina es una réplica de la Cláusula de Supremacía de los EE.UU, haciendo de los tratados internacionales el derecho de la tierra. Const. de la República Argentina, art. 31. Durante los primeros días del gobierno de Alfonsín, el Congreso anuló la ley de autoamnistía decretada por el gobierno militar en 1982. Ley 23.040, (1983-B) A.L.J.A. 1813 (1983). La derogación de la ley de autoamnistía no fue denegada por las cortes por la teoría de la pena más benigna, aún cuando la derogación revirtió decisiones judiciales previas otorgando la amnistía. *Ibíd.*, art. 2.

sus tribunales que apliquen a los delincuentes penas menores cuando existen, el derecho internacional se opone a tal aplicación en el caso de crímenes de lesa humanidad, y tiene consideraciones sumamente contrarias a la aplicación argentina de la Ley de Obediencia Debida para abusos a los derechos humanos tales como la tortura.

V. El procesamiento fortalece las perspectivas para la democracia argentina

A menudo se derivan beneficios políticos del acatamiento al derecho internacional. El régimen del derecho internacional antes descrito, además de exigir que los Estados enjuicien o extraditen a los torturadores, limita las defensas jurídicas posibles para excusar o exonerar a las personas involucradas en la tortura o responsables de ella. Tanto la Convención contra la Tortura como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, siguiendo de cerca los principios establecidos tanto por el Fallo y la Carta del TMI, rechazan la defensa por órdenes superiores¹⁹² y cualquier otro argumento racional similar para el uso de la tortura. Más aún, cualquier intento de otorgar una amnistía por tales violaciones a los derechos humanos es contrario a los principios que criminalizan dichos actos. La Ley de Obediencia Debida de la Argentina se aparta efectivamente del régimen jurídico internacional al dejar libres de procesamiento penal a los oficiales argentinos involucrados en violaciones a los derechos humanos, incluyendo tortura, durante la “guerra sucia”.

El procesamiento de los militares argentinos por tortura y otros crímenes de lesa humanidad promoverá muchos beneficios políticos y jurídicos de corto y largo plazo. El hacer a los mili-

192 La Ley de Obediencia Debida de Argentina exigió a los tribunales aplicar la defensa de obediencia a órdenes superiores. Ver, Ley de Obediencia Debida, nota 8 arriba. Para las restricciones de la Convención contra la Tortura ver notas 140-144 arriba y texto que las acompaña; para aquellos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ver notas 97-99 arriba y texto que las acompaña; para los Principios de Nuremberg, ver notas 71-75 arriba.

tares responsables de violaciones a los derechos humanos puede llegar a disminuir su voluntad de repetir tales abusos y puede disuadirlos de nuevos desafíos al gobierno civil¹⁹³. Las ventajas de tales procesamiento incluyen una estabilidad política de largo plazo, gobierno civil democrático, y la disuasión de futuras violaciones a los derechos humanos. Tales ventajas deberían preponderar sobre algunas utilidades de corto plazo al otorgar una amnistía general previa al enjuiciamiento. La ley de Obediencia Debida permitió al presidente Alfonsín aliviar la presión de los militares y evitar posibles choques con los rebeldes¹⁹⁴. Sin embargo, al acceder a las demandas militares de impunidad, el gobierno civil de la Argentina se expuso a futuras presiones militares e impulsó una mayor independencia militar del control civil sobre temas tales como los salarios militares y presupuestos, industrias militares, la conscripción, y la inteligencia interna¹⁹⁵. La aprobación de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, bajo amenaza de los militares, puede también haber incentivado la presión para otras demandas de mayor alcance como una amnistía o indulto para los líderes condenados por la represión y la reivindicación pública de la "guerra sucia".¹⁹⁶

193 Amnistía Internacional indicó que los juicios a los ex líderes militares de Argentina pueden tener un importante impacto en futuras violaciones:

El juicio (a las juntas) claramente demuestra la posibilidad de que los miembros dirigentes de un gobierno represivo pueden, sin ser depuestos por la fuerza, ser llevados a la justicia ante un tribunal civil y considerados responsables de sus acciones bajo el código penal de su país. A tal punto, el juicio constituye una advertencia para aquellos que abusan del poder político así como una reivindicación de la fuerza de la ley. Amnesty International Report, nota 23 arriba, en 87.

194 Christian Sci. Monitor, 10. de junio, 1987, en 14.

195 *Ibidem*.

196 Ver Verbitsky, El día de la verdad, Página 12, 7 de julio de 1988, en 6; Falklands Zealot Leads Third Revolt Against Alfonsín, The Daily Telegraph, 5 de diciembre, 1988, en 11 (relatando la tercera rebelión por parte de una facción militar descontenta que procuraba una

El procesamiento limitado de los militares en Argentina tuvo poca influencia evidente sobre la histórica falta de compromiso militar con los principios democráticos¹⁹⁷. No obstante, uno de los autores jurídicos de la estrategia argentina del procesamiento a los líderes militares y del acortamiento de las prescripciones, profesor Jaime Malamud-Goti, indicó recientemente que los juicios a los militares sirvió como un paso efectivo en la promoción de los derechos individuales y de las instituciones democráticas¹⁹⁸. El profesor Malamud agrega que procesar sólo a la "casta" militar de oficiales que diseñaron las políticas represivas mientras no se procesa a todos los demás oficiales responsables de violaciones a los derechos humanos no contraría ningún deber moral porque el enjuiciamiento de oficiales de alto rango será probablemente suficiente para limitar cualquier futura amenaza de esta casta¹⁹⁹. Sin duda la Argentina fijó importantes precedentes en el procesamiento de ex líderes militares por violaciones a los derechos humanos. El gobierno democrático subestimó, sin embargo, la significación de estos precedentes cuando accedió a las demandas militares de indultar a todos los oficiales que en-

amnistía para todos los líderes militares acusados o condenados por violaciones a los derechos humanos).

197 Según el informe de Americas Watch, "Queda claro que el principal obstáculo en la senda del presidente Alfonsín continúa siendo la resistencia militar al mandato de la ley. La resistencia a la justicia (por parte de los militares)... ha sido lo suficientemente poderosa como para evitar cualquier paso significativo hacia una aceptación de los valores democráticos." Americas Watch Report, nota 23 arriba, en 80.

198 Malamud-Goti, *Trying Violators of Human Rights: The Dilemma of Transitional Democratic Governments*, escrito para la conferencia del Aspen Institute "States Crimes: Punishment or Pardon" 8, 18-19 (4 al 6 de noviembre de 1988). Una versión actualizada del escrito de Malamud-Goti será publicada: Malamud-Goti, *Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?* (a publicarse en el vol. 12 de Hum. Rts. Q., 1990).

199 Malamud-Goti, nota 198 arriba, en 8, 24.

tonces estaban siendo procesados²⁰⁰. El uso de amenazas por parte de los militares en Argentina ha acrecentado su independencia a un grado que hubiera sido imposible si el gobierno hubiese salido a procesar rápidamente a todos los oficiales involucrados en la tortura y otras violaciones a los derechos humanos²⁰¹.

El procesamiento de cada oficial argentino involucrado en la tortura o en otras violaciones a los derechos humanos es políticamente oportuno. Un temprano enjuiciamiento de todos los oficiales jurídicamente responsables de violaciones a los derechos humanos hubiera purgado a los militares de sus más nefastos elementos antidemocráticos. Los oficiales de mediana jerarquía, quienes a mediados de los años setenta supervisaron y realizaron las torturas y ejecuciones y quienes, como comandantes a mediados de los ochenta, se rebelaron contra los juicios civiles, no estarían más en posición de imponer su voluntad sobre el Estado democrático²⁰². El control ci-

200 En un intento por limitar nuevas demandas de los militares, el presidente Menem otorgó el indulto no sólo a todos los oficiales procesados por violaciones a los derechos humanos, sino también a aquellos involucrados en tres rebeliones militares en 1987 y 1988. Los grupos de derechos humanos y dirigentes políticos denunciaron al indulto como injusto y amenazador para el sistema democrático. Las Madres de Plaza de Mayo declararon que "la mayoría de los argentinos están indignados por este simulacro de justicia. Esta es una real aberración moral que libera a aquellos que violaron la dignidad humana y a aquellos que se levantaron contra el orden constitucional. Ahora todo está amenazado, incluyendo la democracia." *Pardon of Argentine Offices Angers Critics of the Military*, N.Y. Times, 9 de octubre de 1989, en A3, col. 1.

201 Respecto de esto, el informe de Americas Watch afirma que, con la aprobación de la Ley de Obediencia Debida, ellos "ven al gobierno y al Congreso legislando bajo coacción; bajo la nefasta amenaza, por parte de una poderosa elite armada, de eliminar el proceso democrático del país y volver a las prácticas brutales del pasado." *Americas Watch Report*, nota 23 arriba, en 83.

202 Americas Watch sombríamente describe el impacto que estos oficiales aún activos están teniendo en Argentina. *Americas Watch Report*, nota 23 arriba, en 80. ("Los oficiales que están ganando influencia en las Fuerzas Armadas hoy día son, cuando menos, más totalitarios y fanáticos que la generación que tomó el poder sobre el país en 1976.").

vil sobre los militares hubiese salido fortalecido y se hubiesen debilitado las perspectivas de golpes a largo plazo.

Otra área de ventaja política es la posibilidad de afianzamiento de la reconciliación nacional. El debate sobre si la amnistía para los oficiales responsables por las violaciones a los derechos humanos promovería o dañaría la reconciliación y estabilidad nacional no ha llegado a ninguna conclusión definitiva, pero ha indicado que los valores importantes no deben ser dejados de lado en el proceso de estabilización. Un estudio del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que analiza las opiniones de numerosos gobiernos sobre la cuestión de las amnistías políticas indicó que “una amnistía que abarca a personas culpables de conductas que involucren una seria violación a la dignidad humana (oficiales responsables del uso de la tortura como práctica administrativa, personas culpables de crímenes de lesa humanidad...), lejos de estimular la reconciliación nacional, sólo incrementa la tensión, al menos inicialmente²⁰³.

Un indulto luego de la investigación y procesamiento de todas las violaciones a los derechos humanos puede ser un paso más aceptable hacia la reconciliación nacional. El estudio de la ONU enfatiza la importancia de divulgar la verdad acerca de las violaciones a los derechos humanos como una “sanción” que es muy temida por los responsables²⁰⁴. El enjuiciamiento que expone la verdad de la represión puede también ensanchar las distinciones entre el do-

203 La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos, Cuestión de los derechos humanos de las personas sujetas a cualquier forma de detención o prisión, Estudio sobre leyes de amnistía y su rol en el resguardo y promoción de los derechos humanos, 38 U.N. ESCOR Comisión de Derechos Humanos, en 9, párraf. 35, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1984/15 (1984) (de aquí en más Estudio de la ONU sobre leyes de amnistía). El informe estuvo basado en información sobre leyes de amnistía de 76 países (incluyendo Argentina), con 28 que aportaron más textos detallados, y comentarios adicionales de otras organizaciones internacionales, incluyendo la Organización de Estados Americanos.

204 *Ibidem*, en 13, párraf. 66.

minio civil y militar²⁰⁵. El profesor Zalaquett destaca la necesidad de que la verdad se haga pública, concluyendo que "la verdad debe ser oficial... y públicamente expuesta."²⁰⁶ La ley de Obediencia Debida de Argentina sólo sirve para detener los juicios y las investigaciones judiciales que revelarían la verdad acerca de la responsabilidad de los oficiales de menor rango en las torturas y desapariciones²⁰⁷.

Las necesidades de largo plazo de un Estado democrático no se reúnen cuando un gobierno unilateralmente determina el destino de los torturadores oficiales, liberándolos de culpa o responsabilidad, violando las nociones comunes de justicia. Los Estados normalmente pueden otorgar amnistía a aquellos que han violado leyes del Estado cuando se benefician actores que no son del Estado, tal como otorgar una amnistía a insurrectos derrotados en función de la reunificación nacional²⁰⁸. En el caso de Argentina, sin embargo, el Estado está aboliendo sus propios crímenes contra los ciudadanos. Esta auto-amnistía abusa de los conceptos constitucionales generales de imparcialidad y justicia individual. El profesor Goldman acertadamente concluye que "si existe el derecho de abolir u ol-

205 Malamud-Goti, nota 198 arriba, en 18-19.

206 Zalaquett, nota 23 arriba, en 11 (énfasis en el original). Al discutir el retorno a la democracia en países que han experimentado violaciones a los derechos humanos bajo dominio militar, dos académicos de América Latina señalaron: "Es difícil imaginar cómo una sociedad puede volver a algún grado de funcionamiento que aporte apoyo social e ideológico para la democracia política sin de algún modo conciliar a los elementos más dolorosos de su propio pasado." G. O'Donnell y P. Schmitter, *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain Democracies* 30 (1986).

207 Zalaquett, nota 23 arriba, en 46-48. Los responsables poco tienen que temer de la vergenza pública mientras nunca se sepa el destino de los desaparecidos. El informe, *Nunca Más*, nota 3 arriba, y los testimonios en el juicio de las juntas fueron extensivos pero no exhaustivos.

208 "Amnistía es la abolición y olvido de un delito...usualmente dirigida a crímenes contra la soberanía de la nación, a delitos políticos..." *Black's Law Dictionary* 76 (5a. ed. 1979).

vidar tales crímenes, existe sólo para las víctimas mismas.”²⁰⁹ Aunque el derecho internacional aconseja incluso contra una decisión popular de no procesar a torturadores, las víctimas de la “guerra sucia”, los ciudadanos, si alguien debe hacerlo, deben ser quienes decidan el merecimiento de una amnistía, no las ramas ejecutivas y militares del gobierno.

La presión internacional exigiendo a la Argentina que procese a los oficiales responsables de tortura y otras violaciones a los derechos humanos no sólo forzaría a la Argentina a cumplir con sus obligaciones bajo la Convención contra la Tortura, sino que también mejoraría la estabilidad política y jurídica de la Argentina. El nuevo presidente, Carlos Saúl Menem²¹⁰, ha señalado que frenará nuevos procesos sobre derechos humanos y pronto puede llegar a liberar a los líderes militares ya condenados²¹¹. A pesar del intento del presidente Menem de otorgar amnistía a los oficiales militares que enfrentan cargos y de liberar a aquellos ya condenados por abusos a

209 Goldman, *Amnesty Laws, International Law and the American Convention on Human Rights*, 6 Int'l Hum. Rts. L. Group Docket 1 (1989).

210 El Sr. Menem fue elegido el 14 de mayo de 1989 y asumió el 8 de julio de 1989. L.A. Times, 15 de mayo de 1989, en 5, col. 1.

211 Menem también liberó a los oficiales que participaron en las rebeliones militares de 1987 y 1988. La libertad de los ex gobernantes militares podría ser vinculada a un gesto “equivalente” de liberar a Mario Firmenich, el líder condenado de los Montoneros, un grupo guerrillero izquierdista de los años setenta. N.Y. Times, 19 de septiembre, 1989, en A10, col. 1. Menem otorgó el indulto el 7 de octubre de 1989. N.Y. Times, 8 de octubre de 1989, en A18, col. 3. Dependiendo de su forma, la propuesta de indulto presidencial podría llegar a enfrentar un desafío constitucional porque sólo el Congreso puede aprobar leyes de amnistía general. Const. de la República Argentina, art. 67, cl. 17, mientras que el presidente sólo tiene el poder de otorgar indultos o conmutaciones de pena después de la condena. *Ibidem*, art. 86, cl. 6. Atento a la potencial batalla con la Corte Suprema sobre éste y otros temas, Menem según informes, ha estado buscando una manera de manipular a la Corte Suprema tanto por medio de favorecer a los jueces para que renuncien o intentando ampliar la Corte de cinco a nueve miembros. Neier, *Menem's Pardons and Purges*, N.Y. Times, 2 de octubre, 1989, en A19, col. 2.

los derechos humanos, una organización internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU (funcionando bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos), o el Comité contra la Tortura debería condenar la decisión de Argentina de no procesar las violaciones a los derechos humanos, o directamente debería procesar los casos llevados a ellos y demandar que se le paguen compensaciones a las víctimas o sus familias²¹².

Un beneficio adicional de hacer cumplir a Argentina su obligación internacional de procesar las violaciones a los derechos humanos es que fortalecería los mecanismos e instituciones internacionales de derechos humanos tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Si una entidad de ejecución internacional hallara que la Convención contra la Tortura exige que la Argentina procese a los responsables de la tortura, el espectro internacional de censura hacia la tortura se ampliaría. Los valores disuasivos de la Convención contra la Tortura o el mecanismo internacional particular involucrado ayudaría a reprimir el uso de la tortura en Argentina y en cualquier otro lugar. La amnistía a oficiales violadores de los derechos humanos puede dar impunidad para tales crímenes, considerando que la reponsabilidad jurídica puede ser el mejor disuasivo²¹³. Al evitar esta sensación de impunidad, el poder civil se fortalecería respecto a los militares en Argentina y en otros países como Chile y Paraguay, que pronto pueden llegar a enfrentar desafíos similares²¹⁴. Una amnistía previo al juicio

212 Ver fallo del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez, Inter-Am. Ct. H.R., Ser. C/4, párraf. 194 (estipulando que la compensación debe ser pagada cuando existe responsabilidad estatal por la desaparición).

213 UN Study on Amnesty Law, nota 203 arriba, párrafs. 49, 60 y 62.

214 En diciembre de 1989, Chile tendrá sus primeras elecciones presidenciales abiertas des-

para los acusados violadores de los derechos humanos sería desestabilizador²¹⁵. Sería ilegal bajo las leyes del derecho internacional, y fracasaría en disuadir futuras violaciones a los derechos humanos²¹⁶. Por otro lado, la amenaza de un eventual procesamiento es el mayor incentivo en contra de los abusos a los derechos humanos: "El disuasivo más efectivo contra el uso de la tortura es el conocimiento por parte de los torturadores que un día pueden llegar a tener que rendir cuentas de sus acciones."²¹⁷ Los vecinos Brasil y Uruguay, y en Centroamérica, Guatemala, Honduras y El Salvador, han aceptado todos la amnistía para los abusos militares a los derechos humanos como una condición para la vuelta al mandato civil²¹⁸. La sombra de estas leyes de amnistía y la ley de Obediencia Debida en Argentina desmerecen el valor del precedente procesamiento y castigo de Argentina a aquellos que dirigieron la "guerra sucia" en los años 70-80. Tales

de el golpe de 1973 dirigido por el general Pinochet, quién estará dejando el gobierno. El dictador de Paraguay por más de 30 años, general Stroessner, fue sacado del poder anteriormente este año. Tanto Chile como Paraguay tienen un extenso historial de abusos a los derechos humanos que podrían comenzar a ser objeto de investigaciones y procesamientos.

215 UN Study on Amnesty Laws, nota 203 arriba, en 11, párraf. 51.

216 Ibídem, en 11, párrafs. 51-53.

217 Ibídem, en 13, párraf. 62.

218 El retroceso de Argentina en el procesamiento de los derechos humanos bajo presión militar sin duda ha afectado las perspectivas de tales juicios en otras democracias nuevas de Latinoamérica. Ver Americas Watch Report, nota 23 arriba, en 86 ("Los retrocesos en el intento de subordinar a las fuerzas armadas al mandato de la ley en Argentina también han sido sentidos a lo largo de la región, y demás partes del mundo donde Argentina era un signo de esperanza luego de la restauración del gobierno democrático en 1983"). Para un elocuente relato de la exitosa presión de los militares uruguayos para una ley de amnistía en vísperas de su procesamiento civil y de un casi exitoso intento de base de derogar la "Ley declarando la expiración de la autoridad punitiva del Estado," ver Weschler, Reporter at Large, The Great Exception, (pts. 1 y 2) The New Yorker, 3 de abril de 1989, en 43, 10 de abril de 1989, en 85.

actos declaratorios de impunidad para anteriores violadores a los derechos humanos ignoran el derecho internacional y permiten nuevas atrocidades para el futuro.

Conclusión

El que Argentina haya liberado de procesamiento a los oficiales militares acusados de tortura y otros serios abusos a los derechos humanos viola su obligación según el derecho internacional. Como Estado parte de la Convención contra la Tortura, la Argentina está jurídicamente obligada a procesar a los oficiales involucrados en la tortura. Como parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Argentina está comprometida a proteger los derechos humanos delineados en estos instrumentos, incluyendo la estipulación de otorgar un recurso efectivo a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Finalmente, el derecho consuetudinario internacional exige el enjuiciamiento de los oficiales responsables de la tortura.

El otorgamiento por Argentina de una amnistía a los oficiales militares para frenar su procesamiento por violaciones a los derechos humanos constituye un quebrantamiento a las obligaciones arriba mencionadas, porque frena los procesos requeridos por esos instrumentos y se establece sobre un principio rechazado por el derecho internacional: una justificación jurídica del acto criminal basado en órdenes superiores. El derecho internacional prohíbe el uso de esta justificación jurídica como defensa para los crímenes de lesa humanidad o contra el derecho de las naciones, tal como lo es la tortura. Históricamente, se permite esta defensa sólo como atenuante del castigo.

El hecho de que la Convención contra la Tortura en-

trara en vigor poco después de la promulgación de la Ley de Obediencia Debida, o que los delitos de tortura ocurrieran antes que la Argentina ratificara la Convención, ni excluye ni limita la responsabilidad de Argentina de procesar pasados actos de tortura. En efecto, la deliberada descriminalización de actos de tortura viola estas convenciones al permitir o condonar su práctica. Esta violación es especialmente seria cuando la exoneración es dictada bajo presión de los militares, que tienen responsabilidad directa en la tortura. La admisión por el gobierno argentino de un concepto amplio de la excepción de obediencia debida y su amnistía a los torturadores viola el espíritu y la letra de la Convención contra la Tortura y otras obligaciones convencionales y consuetudinarias internacionales, debilitando efectivamente las garantías de los derechos humanos en Argentina y más allá. La autoridad democrática y el mandato de la ley se fortalecería si Argentina procesara a los militares en lugar de acceder a su presión para una amnistía. Bajo estas circunstancias, una institución internacional de derechos humanos debería urgir a la Argentina a procesar a los militares por tortura o podría por sí misma enjuiciar dichos casos según el derecho internacional. Dicho acto fortalecería el control civil sobre los militares y desalentaría futuras violaciones a los derechos humanos en Argentina y en todo el mundo.

WADRES DE PLAZA DE MAYO LINEA FUNDADORA
BIBLIOTECA Y ARCHIVO

INDICE

PREFACIO	3
INTRODUCCION	7
I Terrorismo de Estado en Argentina	11
II La Ley de Obediencia Debida detiene el juzgamiento de torturadores	17
III El derecho internacional exige el juzgamiento por tortura	20
IV Ninguna defensa jurídica puede excusar a la Argentina para no enjuiciar por tortura	52
V El procesamiento fortalece las perspectivas para la democracia argentina	65
CONCLUSION	75

Centro de Estudios Legales y Sociales

Presidente	Dr. Emilio F. Mignone
Vicepresidente	Dr. Augusto Conte
Secretario	Dr. Boris Pasik
Tesorero	Carmen Aguilar de Lapacó
Coordinador Ejecutivo	Dr. Octavio Carsen
Coordinador Jurídico	Dra. Alicia Oliveira
Coordinador Salud Mental	Lic. Laura Conte
Coordinador de Microfilmación	Lic. Alicia Martín
Coordinador de Documentación y Computación	Daniel Frontalini
Responsable Boletín	Cristina Caiati

CORREO ARGENTINO
CENTRAL B. SUC. 21
BUENOS AIRES

TARIFA REDUCIDA
Nº 835

FRANQUEO PAGADO
Nº 1838

Centro de Estudios Legales y Sociales

Rodriguez Peña 286, 1er piso 1020 Buenos Aires, Argentina

Tel. 40-9968 Fax(541)3624956