Los juicios por crímenes de lesa humanidad.
Enseñanzas jurídico penales

Gabriel Ignacio Anitua
Alexis Álvarez Nakagawa
Mariano Gaitán
Compiladores

ediciones**Didot**

Índice

Presentación
Los juicios por delitos de lesa humanidad: lo que aprende y enseña el derecho penal 9

Gabriel Ignacio Anitua, Alexis Álvarez Nakagawa y Mariano Gaitán

Primera Parte. Cuestiones Procesales y de Garantías

1. Cómo buscar una aguja en un pajar con los ojos vendados. Un análisis de la actuación de la Justicia argentina en casos de apropiación de niños durante el terrorismo de Estado 19

Mariano Gaitán

2. El alcance de la garantía del *plazo razonable de duración del proceso penal* en los juicios por delitos de lesa humanidad 47

Fernando Gauna Alsina y Nicolás Vargas

3. La aplicación de las reglas prácticas de la Cámara Federal de Casación Penal en las causas por delitos de lesa humanidad 65

Mariano Sicardi

4. Los juicios por delitos de lesa humanidad y la reparación integral a las víctimas 83

Fernando Braccaccini

5. Enseñanzas de los juicios por delitos de lesa humanidad sobre el principio de publicidad 111

Gabriel Anitua

Segunda Parte. Cuestiones de la parte general y la parte especial del Derecho Penal

6. La responsabilidad penal de las jerarquías políticas y militares en los crímenes contra la humanidad 127

Roberto Manuel Carlés

7. Estándares sobre *complicidad* en el derecho penal internacional y la responsabilidad de los periodistas en graves violaciones a los derechos humanos 157

Alexis Álvarez Nakagawa

8. La Justicia penal frente a la tortura: una cuenta pendiente en nuestra democracia 191

Daniel Rafecas

9. Una respuesta dogmática a los "traslados" como forma de eliminación física de personas durante la última dictadura 205

Sofía Chiambretto y Canela Di Pino

10. Violencia de género en los centros clandestinos de detención. Testimonios, respuestas y silencios del Poder Judicial 231

Paula Mallimaci Barral

11. La introducción del concepto de genocidio en los juicios por los crímenes de la última dictadura militar en Argentina 263

Matías Freijedo

12. Genocidio. Los juicios: calificaciones, narrativas y nuevas interpretaciones 291

Elizabeth Gómez Alcorta

Presentación

Los juicios por delitos de lesa humanidad: lo que aprende y enseña el derecho penal

Gabriel Ignacio Anitua
Mariano Gaitán
Alexis Álvarez Nakagawa

Este libro es el producto de la observación y del análisis jurídico penal y criminológico de lo que consideramos el fenómeno judicial más importante de nuestra época: la investigación y juzgamiento de las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas en Argentina durante la última dictadura militar.

Desde la reapertura definitiva de las causas por crímenes de lesa humanidad, luego de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de "punto final" y "obediencia debida", el proceso de Memoria, Verdad y Justicia ha tenido avances notables. Actualmente, más de 500 personas han sido condenadas; y más de mil se encuentran procesadas y serán juzgadas próximamente[1]. Además de los miembros de las fuerzas armadas que planearon y ejecutaron los crímenes, recientemente las investigaciones se han extendido a los cómplices civiles –fundamentalmente miembros del poder judicial y empresarios– y han hecho visibles las vulneraciones específicas que han sufrido ciertos grupos especialmente vulnerables, como las mujeres víctimas de la represión ilegal. Otra muestra de este formidable progreso es la lo-

[1] Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las Causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de estado, "Estado de las causas por violaciones a los derechos humanos durante el terrorismo de Estado a marzo de 2013", disponible en http://www.mpf.gov.ar/index.php/ufdh-unidad-fiscal (página web visitada por última vez el 12/12/2013).

calización de 109 niños –hoy adultos– que fueron separados de sus familias y apropiados durante el terrorismo de Estado[2].

Este proceso ha tenido un claro impacto en el campo jurídico penal. Los juicios por delitos de lesa humanidad han dado lugar a novedosos desarrollos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos, como así también a nuevas prácticas de litigio y nuevas formas de organización de la administración de justicia. Ejemplos de estos desarrollos y transformaciones son los debates sobre el fundamento filosófico-jurídico de la potestad estatal de perseguir y juzgar estos delitos; la implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito local; las elaboraciones dogmáticas y jurisprudenciales referidas a la autoría, los tipos penales y las causas de justificación aplicables a los crímenes de Estado; el resurgimiento de las víctimas como actores relevantes en los procesos; las estrategias implementadas por el Poder Judicial para hacer frente a la investigación y juzgamiento de crímenes masivos, entre muchas otras cuestiones.

Toda esta experiencia está siendo analizada con creciente interés por investigadores sociales y por defensores de derechos humanos de otros países de la región y del mundo. No solamente existen abundantes publicaciones académicas, sino también reportes de organismos internacionales que describen el proceso argentino de los últimos años con atenta admiración[3]. El caso argentino ofrece sin dudas importantísimas enseñanzas sobre cómo avanzar en la investigación y juzgamiento de violaciones masivas a los derechos humanos. Pero además, los discursos y prácticas generados a raíz del proceso de Memoria, Verdad y Justicia han producido y producirán efectos más amplios y perdurables en las disciplinas jurídico-penales.

La trascendencia de este fenómeno, sin embargo, no se ha visto reflejada en el ámbito académico-jurídico argentino. En particular, la comunidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que es a la cual pertenecemos, ha permanecido práctica-

---

[2] Esta información se encuentra disponible en el sitio oficial de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo. Ver http://abuelas.org.ar/Libro2010/index.php (visitado por última vez el 12/12/2013).

[3] El Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ por sus siglas en inglés), por ejemplo, cuenta con un programa de seguimiento y apoyo específico para el proceso de justicia en Argentina. Ver http://ictj.org/es/our-work/regions-and-countries/argentina (sitio web visitado por última vez el 12/12/2013).

mente indiferente frente a los juicios por violaciones a los derechos humanos. Esto se advierte en los escasos proyectos de investigación y en la ausencia de seminarios dedicados al tema, pero fundamentalmente en la falta de incorporación de esta temática en los programas de estudio de la asignatura "Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal" y otros cursos específicos de la orientación en Derecho Penal de la carrera de abogacía.

En líneas generales, podríamos decir que el derecho penal enseñado tradicionalmente en nuestras aulas transmitió a sus cultores y aprendices, principalmente, formas de legitimación del poder punitivo. Esa herencia se mantiene incluso hasta el día de hoy, cuando nuevas condiciones socio-políticas de posibilidad del saber resaltan la importancia de aprender y transmitir, en vez de aquellas, los aspectos garantistas del mismo derecho penal.

Tal vez por ello es que las pocas elaboraciones realizadas en el universo académico en relación al terrorismo de Estado han denotado cierta perplejidad de la doctrina frente a lo que se desarrolla en los Tribunales, o, incluso, abierta incomprensión y rechazo. De este modo, en los mejores casos, la doctrina penal dirigió a esta nueva realidad la misma mirada escéptica hacia, y reductora de, el poder penal que selecciona sujetos vulnerables. En los peores casos, el antiguo reparto de contenidos punitivos de ese derecho penal para los vulnerables, y del contenido garantizador del derecho penal para los poderosos, volvía a hacerse valer.

Estas son las pocas elaboraciones. Como hemos dicho, lo más extendido es una indiferencia o ignorancia de estos hechos relevantes que producen y que a la vez son producidos por el saber penal. Pareciera que el derecho penal de la "academia" es inmune, si no ajeno, a lo que sucede en los tribunales penales y a lo que se discute en otros ámbitos.

Esto se manifiesta claramente en la elección de los "casos" con los que se estudian y enseñan cuestiones del derecho penal y procesal penal. La mayoría de estos suelen ser "de laboratorio" o casos judiciales que no responden ni a un criterio de generalización ni de relevancia. De este modo, la (i)lógica dominante pareciera ser la afirmación de que a mayor "alejamiento" de la realidad, existiría mayor criterio de "cientificidad". Este culto de la abstracción no es patrimonio de las ciencias penales de nuestro país, sino que se observa también en ámbitos académicos cercanos e influyentes, como el de la dogmática ale-

mana, italiana o española, los cuales tampoco reflejan las realidades criminales o de justicia de sus sociedades.

Existe una visión tradicional de la enseñanza del derecho penal y procesal penal que considera que lo que se discute en los juicios por los crímenes de la dictadura son temas de derechos humanos o derecho constitucional, cuando no problemas de la historia, la sociología y la ciencia política. En cualquier caso, existe una concepción fuertemente arraigada de que lo que se produce en estos juicios, que desde hace años acaparan la atención de los tribunales federales de todo el país, poco tiene que ver con las disciplinas jurídico-penales. Esto quizás explique por qué existen Centros de Estudios sobre lo que hacen los tribunales criminales en estas causas en las Facultades de Ciencias Sociales, Filosofía y Periodismo, pero no en las Facultades de Derecho[4].

El profesor chileno Novoa Monreal señaló hace ya algunos años que el derecho podía constituir un obstáculo al cambio social. Sin ir tan lejos, es fácil advertir cómo ciertas maneras de pensar, racionalizar y enseñar el derecho obstaculizan el desarrollo de su objeto de análisis y lo alejan de la realidad social. De este modo, el derecho puede jugar un papel performativo de la realidad social en un sentido conservador.

Entendemos que el saber penal también puede, y debe, hacer otras cosas. Incluso cosas que impliquen todo lo contrario. En eso radica nuestro compromiso académico. Nuestro proyecto de investigación y este libro son un intento de acercar el saber jurídico-penal argentino a lo que entendemos debe ser su principal objeto de atención en la actualidad: los juicios por delitos de lesa humanidad. Consideramos que en esos juicios se ha desarrollado un saber jurídico penal que no se refleja como debiera en la enseñanza de dicho saber. El viejo refrán nos recuerda que hay un largo trecho entre la teoría y la práctica, pero en este caso, el que se aleja o cambia notablemente es el derecho que se construye en los hechos. Lejos de seguirlo con alguna atención, como ha sido tradicional, el derecho de los libros se resiste a encarar las novedades.

Tanto el derecho penal como la criminología manifiestan cierta dificultad para aprender el fenómeno de los delitos de masas, de Estado o contra la humanidad. Mucho mayor es cuando se trata de aprender esa realidad y relacionarla con lo que ha sido objeto tradicional de es-

---

[4] Con algunas excepciones, dentro de lo que conocemos, como el Observatorio Jurídico de los Juicios por Delitos de Lesa Humanidad, de la Universidad Nacional del Sur.

tas disciplinas. En todo caso, se dificultan una verdadera introyección de los cambios hacia sus propios objetos y herramientas de estudio. Como explica Wolfgang Naucke, los delitos de Estado son delitos comunes, solo que reforzados por el aparato estatal, resultando por ello, más peligrosos. La escasa atención que la doctrina penal les concede a estos crímenes proviene de la persistencia de pensar al derecho penal centrado en la seguridad del Estado y no en la seguridad de los individuos en relación a éste. De este modo, creemos que un derecho penal comprometido con los derechos humanos, además de minimizador de las violencias privadas y públicas, debe garantizar la proporcionalidad que haga de la justicia contra los hechos más graves su punto de partida. La enseñanza del derecho penal debe comenzar de la constatación y denuncia de estos hechos aberrantes y, luego, proporcionar herramientas claras para la investigación y la acción.

Los juicios por los crímenes de la dictadura están develando algunos de los aspectos más oscuros de nuestra historia. Entendemos que en ellos está la clave para la reconstrucción de la democracia y el derecho para los argentinos del siglo XXI (como lo fueron los juicios de Núremberg para el ámbito alemán, europeo e internacional en el siglo XX). Pero estos procesos también están produciendo nuevos materiales para pensar las cuestiones más importantes de las disciplinas jurídico-penales. El objetivo de nuestro proyecto se centró en este aspecto más acotado del proceso de Memoria, Verdad y Justicia y se propuso hacer de la observación de estos juicios penales un campo *pedagógico* del cual aprender algunas cosas que sirvan al derecho penal y procesal penal.

Como estudiosos de esta realidad desde las ciencias penales, antes que en el "por qué" y el "para qué" de estos juicios (preguntas importantes, pero que ya han sido objeto de análisis por otros observadores) prestamos atención al "cómo" se desarrollan. Estudiar la realidad de estos juicios, el nuevo derecho internacional y penal que allí se manifiesta, los nuevos problemas jurídicos que plantean y sus posibles soluciones, estudiar todo ello, además de una obligación "científica", se nos presentó como parte de nuestro compromiso con otra forma de entender el derecho, sobremanera desde posiciones académicas.

Los trabajos que aquí se compilan analizan distintos problemas específicos que se presentaron en el proceso de Memoria, Verdad y Justicia en Argentina, y se vinculan con prácticamente todas las áreas del derecho penal y procesal penal. Para brindar mayor claridad, hemos

decidido organizar la obra en dos partes, la primera referida a cuestiones procesales y de garantías, que consideramos soporte y parte esencial de la disciplina jurídico penal, y la segunda referida a cuestiones de las llamadas parte general y parte especial del derecho penal.

La primera parte comienza con el artículo de Mariano Gaitán, que analiza la actuación de la administración de justicia en la búsqueda de los hijos de desaparecidos apropiados durante el terrorismo de Estado. Combinando datos cuantitativos y cualitativos, este trabajo da cuenta de la ineficiencia con que se desarrollan estas investigaciones y propone una explicación a partir de las deficiencias estructurales del modelo procesal inquisitivo reformado, aún vigente en la justicia penal federal.

El trabajo de Fernando Gauna Alsina y Nicolás Vargas se centra en la garantía del plazo razonable de duración del proceso. A partir de los estándares vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos, propone un novedoso enfoque que toma en cuenta las circunstancias históricas y políticas del proceso de justicia en Argentina.

La contribución de Mariano Sicardi se concentra en el análisis sobre la Acordada 1/12 de la Cámara Nacional de Casación Penal, que debió complementar (concentrando diversas soluciones jurisprudenciales) a las leyes de procedimiento con ciertos criterios de presentación de las pruebas y de su validez, para casos complejos como estos que se enjuician actualmente.

El artículo de Fernando Braccaccini reseña los estándares normativos y jurisprudenciales en materia de reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y, en este contexto, analiza los juicios en Argentina como un dispositivo reparador para las víctimas. Desde esta perspectiva, se preocupa específicamente por las prácticas de la administración de justicia contrarias a los estándares de protección de las víctimas y analiza las medidas implementadas para su superación.

En el aporte de Gabriel Ignacio Anitua se da cuenta de las diversas respuestas dadas por los Tribunales ante los pedidos de difusión televisada de lo que sucede en las salas de audiencias. Se analiza así el alcance funcional del principio jurídico penal y político de la publicidad de los juicios, especialmente importante en los casos en que resulte enorme la violencia manifestada en el delito, o en el castigo.

La segunda parte comienza con la contribución de Roberto Carlés, que analiza los aspectos dogmáticos de la responsabilidad pe-

nal de las jerarquías políticas y militares en la comisión de crímenes contra la humanidad. Este trabajo es una síntesis de su tesis doctoral presentada en la Universidad de Ferrara, Italia, que también expuso en nuestro seminario.

El trabajo de Alexis Álvarez Nakagawa expone los estándares legales en materia de complicidad en el derecho penal internacional y reseña los avances respecto de cómplices civiles en los juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina. Luego de ello, se concentra en el caso de los periodistas, editores de diarios y directivos de medios de comunicación, y en la posibilidad de considerarlos responsables, bajo los estándares internacionales, por su colaboración en el marco de la última dictadura militar.

El aporte de Daniel Rafecas parte de ver los centros clandestinos de detención y tortura (CCDT) como espacios de «no derecho» y analiza, desde una perspectiva filosófica e histórica, las condiciones que posibilitaron el uso de la tortura como una práctica generalizada durante la represión ilegal. Este artículo es una adaptación de su ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, realizado en Buenos Aires los días 6 y 7 de junio de 2013.

El trabajo de Sofía Chiambretto y Canela Di Pino se centra en el tratamiento judicial de los «traslados» como forma de eliminación física de personas durante la dictadura. Las autoras hacen un recorrido histórico sobre cómo ha sido caracterizada legalmente esta práctica por los tribunales, y prestan especial atención a algunos pronunciamientos recientes que elaboran una dogmática novedosa y, por sobre todo, más comprensiva de la realidad vivida por las víctimas.

El artículo de Paula Mallimaci Barral hace un relevamiento del tratamiento judicial de la violencia contra las mujeres en el marco de la última dictadura militar, y más precisamente, de la violencia sexual en los centros clandestinos de detención. Intenta visibilizar, así, la violencia diferenciada, y en muchos casos potenciada, que sufrieron las mujeres detenidas.

El trabajo de Matías Freijedo analiza los debates jurisprudenciales en torno a la figura del crimen internacional de genocidio en relación a las violaciones de derechos humanos cometidas en Argentina. A partir de una amplia reseña de casos, da cuenta del estado actual de la jurisprudencia en esta materia.

Por último, el artículo de Elizabeth Gómez Alcorta se interesa por el valor performativo de la calificación jurídica de los crímenes de la dictadura como genocidio, y analiza cómo se ha difundido la aplicación de esta figura legal, cuáles han sido las distintas estrategias para ello, cómo han respondido los tribunales y cuáles son las razones, más allá de las jurídicas, que sostienen estas posiciones.

Estos artículos fueron producidos y discutidos como parte del proyecto de investigación "El juzgamiento de los crímenes de la última dictadura militar en Argentina. Análisis y contribuciones desde la criminología y las ciencias jurídicas", dirigido por Gabriel Ignacio Anitua y codirigido por Daniel Rafecas. En este marco se produjeron también otros trabajos que no llegaron a ser incluidos en este volumen, pero que verán su publicación próximamente en otro medio.

Agradecemos a la Universidad de Buenos Aires por el financiamiento brindado para el desarrollo de las actividades y para esta publicación a través del programa UBACyT; así como también el apoyo desde el Decanato y diversas instancias de la Facultad de Derecho, y especialmente al Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja por posibilitarnos el uso de las instalaciones en donde realizamos regularmente encuentros de lectura y de discusión. Deseamos expresar nuestro reconocimiento también a quienes participaron como expositores en algunas de estas reuniones sin formar parte del equipo de investigación: Leonardo Filippini (consultor del Centro Internacional para la Justicia Transicional), Javier De Luca (Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal), Alan Iud (Coordinador del Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo), Carolina Varsky (Directora del Programa Memoria del Centro de Estudios Legales y Sociales) y Pablo Parenti (Coordinador de la Unidad Especial de Coordinación y Seguimiento de Causas por Violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el Terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación). Finalmente, agradecemos muy especialmente a la editorial Didot por confiar en nuestra propuesta de publicación y por brindarnos su apoyo constante.

Es nuestra esperanza que los trabajos que aquí compilamos sirvan para la comprensión de algunos de los múltiples problemas jurídicos que presenta el proceso de Memoria, Verdad y Justicia en Argentina. Ojalá esta obra constituya una herramienta útil para los abogados y operadores judiciales que trabajan en este campo, y es-

timule el debate en ámbitos más amplios, entre estudiantes y docentes, entre activistas y ciudadanos.

Aspiramos también a que esta obra contribuya a sacar al saber jurídico-penal de su aislamiento y que lo acerque al análisis de un objeto de estudio real y trascendente para nuestra sociedad. Ha dicho Zaffaroni que la naturaleza misma de la pena tiene su raíz etnológica en la idea de venganza: en una venganza, como todas, contra el tiempo. En efecto, el pasado que vuelve a hacerse presente en la recreación penal nos hace repensar la noción casi mítica de "transición". No en sí misma, sino como creencia de que se puede llegar a otro sitio, diferente y perfecto. Nada puede ser perfecto después de un genocidio. No se puede volver a escribir poesía después de Auschwitz, recordaba Adorno. No se puede volver el tiempo atrás, no se puede hacer como que aquello no existió. El actual derecho penal, como práctica y como discurso que se referencia en un pasado terrible que no pasa, puede ser un derecho penal que esté alerta a las peores consecuencias de sus propias encarnaciones totalitarias, y que así tenga cuidado de evitarlas.