

Tucumán: Será Justicia

Ensayo sobre los juicios
por lesa humanidad

**GABRIEL
EDUARDO
CASAS**

Tucumán: Será Justicia
Ensayo sobre los juicios por lesa humanidad

UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN

AUTORIDADES

DRA. ALICIA BARDÓN
Rectora

ING. JOSÉ GARCÍA
Vicerrector

PROF. MARTA ALICIA JUÁREZ DE TUZZA
Secretaria Académica

CPN LIDIA INÉS ASCÁRATE
Secretaria Económica Administrativa

DRA. MARÍA CRISTINA APELLA
*Secretaria de Postgrado y a cargo de la
Secretaría de Ciencia, Arte e Innovación Tecnológica*

LIC. JOSÉ HUGO SAAB
Secretario de Políticas y Comunicación Institucional

ING. AGR. GUSTAVO ADOLFO VITULLI
Secretario de Bienestar Universitario

ARQ. PATRICIA GRACIELA RODRÍGUEZ ANIDO
Secretaria de Planeamiento y Gestión de Proyectos y Obras

LIC. MARCELO ADRIÁN MIRKIN
Secretario de Extensión Universitaria

Gabriel Eduardo Casas

Tucumán: Será Justicia
Ensayo sobre los juicios por lesa
humanidad

Editorial de la Universidad
Nacional de Tucumán
(EDUNT)

Casas, Gabriel Eduardo
Tucumán : será justicia : ensayo sobre los juicios por lesa humanidad /
Gabriel Eduardo Casas. - 1a ed. - San Miguel de Tucumán : EDUNT, 2018.
78 p. ; 21 x 14 cm. - (Saberes académicos ; 11)

ISBN 978-987-1881-79-6

1. Derecho Penal. 2. Derechos Humanos. I. Título.
CDD 345

© EDUNT

Rossana NOFAL, *Directora*

Equipo editorial

Valeria CANGEMI

Aldo COCHERI

Lucía PALERMO

La edición de este libro estuvo al cuidado de MARÍA JESÚS BENITES
Gerardo RODRÍGUEZ, *Diseño de tapa*

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros publicados por EDUNT incumbe exclusivamente a los autores firmantes y su publicación no necesariamente refleja los puntos de vista de la directora editorial u otra autoridad de la Universidad Nacional de Tucumán.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita del titular del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© EDUNT

Crisóstomo Álvarez 883, 4000 S. M. de Tucumán, Argentina

Tel-fax: 0381-4523140

e-mail: edunt@rectorado.unt.edu.ar

www.edunt.unt.edu.ar

Queda hecho el depósito que marca la ley N° 11.723
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

ISBN 978-987-1881-79-6

*A mi familia y a los empleados del Tribunal
Oral en lo Criminal Federal de Tucumán:
ellos compartieron tensiones y momentos
especiales de decisiones críticas, de diversas
formas, pero siempre con comprensión*

PRÓLOGO

Los desafíos de juzgar y castigar violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos

Antes de repensar la categoría de crimen contra la humanidad, a la luz del juicio en Jerusalén al criminal nazi Adolf Eichmann, Hannah Arendt postuló la imposibilidad de castigar lo imperdonable y de perdonar lo incastigable. Mediante esta paradoja procuraba poner en evidencia que los crímenes nazis, que no podían ser perdonados, habían desafiado los límites de la justicia, la moral y la racionalidad, al punto de constituir actos incapaces de ser medidos con los patrones establecidos de culpabilidad¹. Esto es, las dimensiones y características del crimen desafiaban los marcos del pensamiento jurídi-

¹ Hannah, Arendt. (1974). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus, pp. 556-557.

co establecido e interpelaban los límites de la ética y la representación².

Desde entonces, la reflexión sobre estos tópicos se situó en el hiato creado por la tensión entre los imperativos de la justicia, la ética y la memoria y las capacidades de responder a crímenes masivos y sistemáticos que vulneran los derechos humanos básicos que conciernen a la vida y la libertad.

La Argentina ha recorrido una experiencia original para enfrentar estos dilemas. Como señaló Kathryn Sikkink, reconocida politóloga estadounidense, el país pasó de constituir un Estado paria debido a las condenas internacionales por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, recibidas durante su última dictadura militar, a transformarse en protagonista global de la defensa y promoción de los derechos humanos por las políticas que, tras el retorno a la democracia en 1983, desplegó para tramitarlas³.

Efectivamente, la Argentina creó y restableció mecanismos claves, de alcance internacional, para procesar violaciones masivas a los derechos humanos. El juicio a las Juntas militares repuso a la justicia penal en el escenario global, prácticamente abandonada tras los juicios de Núremberg y Tokio, como herramienta para procesar crímenes masivos y sistemáticos. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), constituyó la primera comisión de la verdad exitosa a escala internacional para investigarlos y, junto con su informe *Nunca Más*, se convirtieron en modelos para comisiones

² Friedlander, Saúl. (2007). «Introducción». En Saúl Friedlander (comp.), *En torno a los límites de la representación. El nazismo y la solución final*. Quilmes: Universidad Nacional de Quilmes, pp. 22-23.

³ Sikkink, Kathryn. (2011). *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*. Nueva York: W. W. Norton & Company, pp. 60-83.

similares creadas en diversos países del mundo⁴. También, diversas leyes dispusieron la reparación de las víctimas y la transmisión, mediante el sistema escolar, sitios de memoria, monumentos, archivos y fechas en el calendario nacional, del sentido del pasado a las nuevas generaciones⁵.

Esta trayectoria no fue lineal, supuso retrocesos. Estuvo interrumpida por las leyes de impunidad de Punto Final y Obediencia Debida y los decretos de Indulto que clausuraron por una década y media —excepto en el caso de la sustracción de menores— la posibilidad de realizar juicios penales en el país contra los perpetradores de las violaciones. Tras la derogación de las leyes de impunidad, fruto de la lucha incansable del movimiento de derechos humanos, tras la declaración de su inconstitucionalidad por los poderes del Estado de Derecho una nueva generación de juicios penales se puso en marcha en el país.

La realización de estos juicios —en curso en 2018— supuso diversos desafíos en especial para los familiares de las víctimas o los sobrevivientes de la represión privados de justicia, en la mayoría de los casos, por más de treinta años. Estas personas debían poner a prueba, nuevamente, su coraje concurriendo a declarar, ofrecer testimonio enfrentándose cara a cara con los autores de las terribles vejaciones que sufrieron en persona o que afectaron a sus parientes, recordar con precisión detalles de hechos desgarradores, hacer presentes a sus familiares

⁴ Crenzel, Emilio. (2008). *La historia política del Nunca Más. La memoria de las desapariciones en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

⁵ Sobre las reparaciones económicas, véase Guembe, María José. (2006). «Economic Reparations for Grave Human Rights Violations: The Argentinean Experience». En Pablo De Greiff (ed.), *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press. Sobre las claves del campo de estudios de la memoria social, véase Jelin, Elizabeth (2002). *Los trabajos de la memoria*. Madrid: Siglo XXI Editores.

o compañeros de cautiverio aún desaparecidos. En síntesis, rememorar el horror.

Pero, también, la reapertura de los juicios supuso desafíos para los jueces que presidieron estos tribunales. El ensayo que sigue, escrito por el juez Gabriel Casas, quien intervino como magistrado en los juicios por delitos de lesa humanidad en las provincias de Tucumán, Santiago del Estero, La Rioja, Catamarca, Salta y Jujuy, expone diversos dilemas referidos a la toma de decisiones críticas en los procesos penales en los que le tocó participar. Su ensayo es un texto singular. Son pocos los actores que, con una intervención de relevancia en este campo, han afrontado la difícil tarea de dar cuenta de aspectos cruciales, que deciden la orientación doctrinaria, epistémica y filosófica de sus acciones en la arena de la justicia penal abocada a las causas de lesa humanidad. Este escenario es especialmente sensible por la materia a la que se abocan estos juicios y por su intensa presencia en la agenda política y la discusión pública del país⁶.

A lo largo del ensayo, el lector tomará conciencia de que el proceso penal involucra un ejercicio reflexivo que supone la revisión exhaustiva de antecedentes jurídicos a escala local y global, la contrastación entre diversas doctrinas y argumentos así como la incorporación crítica de contribuciones provenientes de diversos campos disciplinarios. Ello se manifiesta desde la decisión que involucra establecer el encuadre de los delitos objeto del debate judicial. Esta definición está atravesada por los postulados normativos de la jurisprudencia nacional e internacional,

⁶ Algunos de sus colegas, por cierto, asumieron igual desafío. Véase Rafecas, Daniel. (2011). «La reapertura de los procesos judiciales por crímenes contra la humanidad en la Argentina» y Rozansky, Carlos. (2011). «Delitos de lesa humanidad y genocidio, origen y sentido de las prohibiciones». En Gabriele Andreozzi (ed.), *Juicios por crímenes de Lesa Humanidad en Argentina*. Buenos Aires: Cara o Ceca, pp. 155-176 y 177-198.

por las lecturas que sostienen los actores que participan del debate judicial y de la discusión pública sobre el pasado de violencia, las contribuciones del campo académico y por la creciente expansión, a escala internacional, de la cultura de la memoria y del sistema de protección y defensa de los derechos humanos⁷.

Del encuadre normativo de los delitos se derivan, también, definiciones substanciales que atañen a la resolución de la propia competencia del escenario del debate jurídico. De ello da cuenta el intento de los imputados por delitos de lesa humanidad de impugnar la probidad de los tribunales federales y el uso del Código Penal al sostener que sus actos se enmarcaban en la «guerra anti-subversiva» y que, por ello, debían ser juzgados por Consejos de Guerra y con el Código de Justicia Militar como instrumento.

Ya en el terreno de las responsabilidades, el ensayo expone otro tópico crucial que los jueces deben resolver: la delimitación de la autoría tanto de quienes ordenaron y planificaron el sistema criminal como de sus ejecutores materiales. Ello implica establecer los diversos grados de responsabilidad. Casas distingue a los autores mediatos que estructuraron un aparato organizado de poder desde el cual se implementó la represión ilegal y el exterminio, quienes oficiaron de ejecutores materiales y los civiles que tuvieron responsabilidad o, faltando a su deber como

⁷ Sobre la expansión del sistema internacional de derechos humanos véase, entre otros, Brisk, Alyson (ed.). (2013). *The Politics of the Globalization of Law. Getting from Rights to Justice*. Nueva York: Routledge y Teitel, Ruti. (2014). *Globalizing Transitional Justice*. Nueva York: Oxford University Press. Sobre el impacto oclusivo del Holocausto como modelo universal de la memoria, véase Huyssen, Andreas. (2002). *En busca del futuro perdido: cultura y memoria en tiempos de globalización*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 13-40. Sobre su papel en la globalización de la cultura de la memoria, véase Levy, Daniel y Sznajder, Natan. (2002). «The Holocaust and the Formation of Cosmopolitan Memory». *European Journal of Social Theory* 5 (1), pp. 87-206.

funcionarios públicos, encubrieron los crímenes. Es decir, expone la estrategia que guió el establecimiento de gradaciones en materia de responsabilidad y los límites del castigo penal. Ello involucra examinar las teorías sobre el castigo, las contribuciones que analizaron la posibilidad de desobedecer órdenes superiores ilegales y criminales y la exigibilidad de conductas alternativas bajo regímenes de terror.

En ese marco, el juez Casas sostiene la idea de atenuar las penas por baja graduación cuando no haya existido crueldad ni ensañamiento y de eximir de responsabilidad penal a ciertos imputados en base al principio del «error de prohibición», esto es, que estos sujetos desconocían o no entendían que cometieron un error al perpetrar actos ilegales dado que eran ordenados por autoridades superiores y legítimas. Específicamente, lo propone en los casos de privaciones de la libertad y violación de domicilio. Si bien de su aplicación excluyó la tortura y el homicidio, esta afirmación provocará, como sucedió tras los fallos que contemplaron este principio, el rechazo del movimiento de derechos humanos. Estas organizaciones sostienen que, dada la ilegalidad manifiesta de los actos perpetrados, este argumento reproduce un criterio utilizado para justificar, bajo la tesis de la obediencia debida, la comisión de actos criminales.

Más allá de los alcances en términos punitivos del debate, la investigación académica sobre estos tópicos desde el campo de las Ciencias Sociales en la Argentina es escasa. Sabemos poco de los grados de libertad con los que contaron los perpetradores materiales involucrados en el sistema ilegal de represión para desobedecer órdenes criminales. Sin embargo, a escala internacional una renovada literatura ha puesto estos temas en el centro del debate. Específicamente, ha discutido la tesis de

Milgram que explicaba la ejecución de actos crueles por la enajenación del criterio moral debido a la obediencia a órdenes emanadas de autoridades legítimas, y la tesis de Arendt que proponía la oclusión del sentido moral en función de la participación en maquinarias burocráticas. Es decir, las investigaciones recientes demostraron que, lejos de perder la capacidad de distinguir el bien del mal o estar sometidos a una coacción absoluta, los autores de actos criminales tuvieron capacidad de decisión y de distinguir y reconocer el sentido moral de sus acciones⁸.

Ello se traduce en la presentación de la discusión de los criterios para el otorgamiento, a los condenados por delitos de lesa humanidad, del beneficio de la prisión domiciliaria por cuestiones de salud, al cumplir los setenta años de edad o gozar, en plenitud, de beneficios jubilatorios. Estas disyuntivas prácticas involucran decisiones filosóficas substantivas ya que se sitúan en el equilibrio del resguardo de los derechos de los imputados o condenados y la prevención de habilitar atajos a la impunidad, que revictimizan a las víctimas, mediante la utilización instrumental de argumentos humanitarios. De hecho, diversos responsables de gravísimas violaciones a los derechos humanos en el país —el comisario Miguel Etchecolatz— y en otros países de América latina —el ex dictador peruano Alberto Fujimori— accedieron a este beneficio pese a fuertes dudas sobre la validez de su otorgamiento o, di-

⁸ Véase Milgram, Stanley. (1980). *Obediencia a la autoridad. Un punto de vista experimental*. Bilbao: Editorial Desclé De Brouwer y Arendt, Hannah. (1967). *Eichmann en Jerusalén*. Barcelona: Lumen. Para la discusión de las tesis de Arendt sobre la burocracia del exterminio, véase Breton, Albert y Wintrobe, Ronald. (1986). «The bureaucracy of murder revisited». *Journal of Political Economy*, 94 (5), pp. 905-926. Sobre los márgenes de libertad de los perpetradores, véase Browning, Christopher. (1992). *Ordinary men. Reserve Police Battalion 101 and the Final Solution in Poland*. Nueva York: Harper-Collins. Para la discusión específica de la lectura de Arendt sobre el papel de Eichmann en el genocidio, véase Cesarini, David. (2006). *Becoming Eichmann, rethinking the life, crimes, and trial of a «desk murderer»*. Nueva York: Da Capo Press.

rectamente, como fruto de una negociación política. Cabe recordar que estas argucias no son nuevas. La invocación de motivos de salud inexistentes sirvió, en el año 2000, de argumento para evitar la extradición a España del ex dictador chileno Augusto Pinochet detenido en Londres.

Los juicios desarrollados desde 2005 en la Argentina se desarrollaron y lo hacen hoy, en 2018, con plena vigencia de las garantías procesales —en especial el derecho de defensa— y sustanciales, es decir con pleno control por parte de tribunales revisores. Han preservado el principio de irretroactividad de la ley penal así como el de congruencia en todas las etapas procesales, desde la instrucción hasta las sentencias, aspectos que el juez Casas se encarga de subrayar⁹.

Los juicios en curso pusieron fin a una situación de impunidad contraria al derecho nacional e internacional, reafirmaron el carácter imprescriptible e inamnistiable de los delitos de lesa humanidad y reconocieron nuevamente la dignidad de los afectados.

El efecto de los juicios trascendió el marco de los tribunales. Su realización en los lugares donde se produjeron las violaciones puso en evidencia la materialidad de la represión en provincias cuyas comunidades imaginaban que allí no habían tenido lugar este tipo de crímenes o incluso, como en el caso de Tucumán, donde una porción substantiva de ellas apoyó con su voto a figuras emblemáticas de la represión. Asimismo, permitieron iluminar ciertas responsabilidades corporativas y probaron la sistematicidad de las violencias sexuales padecidas por las/os cautivas/os en los centros clandestinos. Además,

⁹ Sobre las discusiones derivadas de la reapertura y desarrollo del proceso de justicia, véase Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). (2011). *Hacer justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

como en los fallos por la masacre de Capilla del Rosario ocurrida en la provincia de Catamarca en 1974 o en el juicio —desenvuelto luego de la escritura de este ensayo— por el Operativo Independencia desarrollado en la provincia de Tucumán en 1975, en los que intervino el juez Casas, determinaron la comisión de crímenes de lesa humanidad. Con ello, trascendieron la periodización establecida en la transición que proponía a la dictadura militar como el período exclusivo de comisión de este tipo de crímenes y a la democracia como el régimen político que aseguraría su no repetición.

El ensayo del juez Casas propone una reflexión, fruto de su experiencia, que pone a disposición de la opinión pública la posibilidad de conocer ciertos dilemas que enmarcan las decisiones críticas que los jueces deben asumir en juicios por violaciones a los derechos humanos. Constituye un aporte al conocimiento de la elaboración de justicia de este pasado que no pasa porque, por su dimensión y gravedad, nos sigue interpelando como sociedad. Por ello, sus reflexiones alimentarán nuevos debates.

DR. EMILIO CRENZEL
(CONICET - UBA)
CABA, marzo de 2018

TUCUMÁN: SERÁ JUSTICIA
ENSAYO SOBRE LOS JUICIOS POR LESA HUMANIDAD

Humanidad y conciencia pública

En *Los juicios por crímenes de lesa humanidad* los compiladores Gabriel Ignacio Anitua, Alexis Álvarez Nakagawa y Mariano Gaitán (2014) señalan que el 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 (p. 9).

Más allá del rol que cumplí como juez en varios de esos juicios en el Noroeste Argentino¹, cuyas audiencias de debate se iniciaron en el año 2008, me parece que el punto central indicado es cierto: constituyen el acontecimiento judicial más destacado, por lo menos de los últimos años. Además, es indiscutible lo que agregan más adelante en esa misma presentación: ello no ha sido reflejado en el ámbito académico jurídico argentino.

¹ En el Anexo se detallan las causas en las que intervine.

De tal manera, pretendo realizar en este ensayo un modesto aporte sobre algunos temas *difíciles* que se han debatido y resuelto, como así también el camino que se ha transitado para tratar de resolver conflictos pendientes en la comunidad argentina.

Con independencia de los posicionamientos políticos, partidarios o de cuestiones ideológicas diversas, todo ello respetable, los juicios deben ser objeto de una más acabadada consideración dogmática y académica, como ocurre en otras latitudes, respecto a los procesos de Núremberg, de Tokio, de los tribunales de Yugoslavia y Ruanda, de la Corte Penal Internacional o de otras situaciones judiciales semejantes (por ejemplo, las comisiones de la verdad en Sudáfrica o los presos de Guantánamo). Ello sin perjuicio de los estudios sobre las denominadas *entregas extraordinarias*, que alude a personas sospechosas en actividades terroristas que son secuestradas y luego interrogadas bajo torturas a disposición de los servicios secretos de EE. UU. —no el caso de entregas regulares para ser sometidos a juicio—; también las *cárceles secretas* o *sitios negros*, en especial en países de Europa del Este; la subcontratación de torturas; los traslados aéreos conocidos como los *vuelos de la CIA* (Guardans Gambó, 2009, pp. 47-72), por mencionar algunos ejemplos.

Los juicios realizados en nuestro país deben ser objeto de análisis dogmáticos finos más allá de las consideraciones periodísticas que cuentan con menos profundidad². Considero que, frente a una demanda inesperada, compleja y densa, de administración de justicia para todos esos casos, el poder judicial constituido argentino, con sus jueces naturales elegidos en forma democrática en base a las normas vigentes, tuvo que dar respuesta y así

² Cuando hago esta observación sobre notas periodísticas, es para comparar con las publicaciones del día a día.

lo hizo, con una gran capacidad de reacción frente a esta nueva exigencia comunitaria, sin lesionar sus labores habituales³. Los magistrados debieron entender en cuestiones en las que resultaban aplicables normas del derecho de gentes, que forman parte del sistema jurídico argentino, pero que solo cobran operatividad, en forma excepcional, en casos concretos⁴. Tuvieron que diferenciar los delitos comunes de genocidio o de lesa humanidad —este fue el encuadre normativo internacional típico por el que optó la mayoría de la jurisprudencia nacional—.

Hubo que indagar también en la razón de ser de estos últimos, las exigencias para su configuración, la aplicabilidad o la exclusión de las normas sobre la guerra, el concepto de persecución como parte del concepto o como uno de los hechos que se consideran de lesa humanidad: todos temas que constituyen la materia específica de la competencia de los tribunales internacionales y casi nunca de los nacionales⁵.

Se estableció que los delitos de lesa humanidad estaban vigentes en el derecho internacional al momento de producirse los hechos sometidos a juicio. Para ello, hubo que remontarse a normas que se tomaron como antecedente, como las «Instrucciones» de Abraham Lincoln para el ejército durante la Guerra de Secesión y la conocida como «cláusula Martens», que impulsó el derecho penal internacional y tuvo especial énfasis en los «Principios de Núremberg».

³ También fue un desafío para los jueces de la etapa preparatoria de la investigación, para los miembros de los ministerios Público Fiscal y de Defensa, como asimismo para los defensores particulares y los abogados de ONG que actuaron como querellantes.

⁴ Art. 118 de la Constitución Nacional.

⁵ En Alemania sí existieron numerosos procesos a cargo de tribunales de juicio internos.

En la Conferencia de La Haya de 1899, Friederich Fromhold Martens, como diplomático en representación de Rusia (hijo de padres alemanes), propuso incluir la siguiente cláusula, la cual fue aceptada en forma unánime y plasmada en los textos oficiales:

Hasta que un código más completo de las leyes de guerra se emita, las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios de derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública (Finocchiaro, 2016, p. 214).

Como puntualiza Enzo Finocchiaro (2016) —en una edición prologada por el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni—, son hitos significativos en ese desarrollo:

- 1) La Declaración conjunta del 28 de mayo de 1915 (Francia, Gran Bretaña y Rusia), al aludir a la matanza de armenios en Turquía, los hechos cometidos son descriptos como «atrocidades contra la humanidad».
- 2) El informe de 1919 de la comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra se refiere a «violaciones a las leyes de la humanidad».
- 3) Entre el 18 de octubre y el 11 de noviembre de 1943 se reunieron en Moscú los cancilleres de Rusia, Reino Unido, EE. UU. y China, quienes emitieron la declaración de Moscú, que constaba de una cuarta y última sección referida a «las atrocidades». Redactada por Winston Churchill, establecía los principios procesales y de fondo a seguir en los juicios.
- 4) El posterior Acuerdo de Londres definió, en igual sentido, los crímenes contra la humanidad.

***Genocidaires.* Lesa Humanidad, no genocidio**

En la sentencia del 4/5/2008, causa «Vargas Aignasse, Guillermo s/ Secuestro y Desaparición», Expte. V-03/08, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán en los fundamentos expresó:

Los delitos cometidos contra la víctima fueron perpetrados en el marco de un ataque generalizado y sistemático, llevado adelante desde el aparato estatal contra la población civil, con una práctica de desaparición forzada de personas. Estos elementos, la sistematicidad y la generalidad[,] caracterizan a la lesa humanidad. La sistematicidad viene dada por la exclusión de hechos aislados o aleatorios [...]. El concepto sistemático puede ser definido como completamente organizado y consecuente con un patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos o privados sustanciales... El concepto generalizado puede ser definido como masivo, frecuente, de acción a gran escala, llevado a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigido a una multiplicidad de víctimas⁶.

Se consideró probado que se trataba de hechos cometidos en el marco de un plan diseñado con el fin de llevar a cabo un ataque generalizado (que incluía la concreción de muchas agresiones) y sistemático (con previsión y planificación de áreas y responsables principales), en contra de una parte de la población civil por razón de sus ideas políticas. Si se hubiera tratado de hechos aislados e individuales sin un plan, no habría delitos de lesa humanidad.

Se estimó que un examen del contexto epocal de surgimiento de la definición de *genocidio* propuesto por la Convención Internacional para la Prevención y Sanción

⁶ Tribunal Internacional para Ruanda: The Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu, case N ICTR-96-4-7.

del Delito de Genocidio (CONUG) —aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 5 de diciembre de 1948— revela que, inicialmente, no se había previsto excluir de sus alcances a los grupos políticos. Además, se sostuvo que era plausible considerar que tiene escaso sustento técnico-jurídico la exclusión de los grupos políticos de los grupos protegidos por la CONUG y se constató la circunstancia que las definiciones no jurídicas tienden a incluir a los grupos políticos en la definición de genocidio. Pero fue necesario aclarar que los delitos perpetrados contra las víctimas como integrantes del *grupo político* constituyen crímenes de lesa humanidad, no se subsumen en el tipo del derecho penal internacional como delito de genocidio, al menos en su formulación actual en la CONUG. Ello sin perjuicio de sostener que «las acciones juzgadas configuran prácticas genocidas y asimismo, que sus autores son claramente “genocidaires” en el marco de una definición no jurídica del genocidio»⁷.

En la actualidad, se consideran características comunes de los delitos de genocidio, lesa humanidad y de guerra por agresión las que a continuación se detallan:

- 1) una magnitud significativa por involucrar gran cantidad de víctimas;
- 2) pueden ocurrir tanto en periodo de guerra como de paz, o bien en tiempos de sedición o graves y violentos conflictos sociales, en el territorio de un país o bien en el territorio de varios países;
- 3) los hechos deben *a priori* presentar la apariencia de uno o tales delitos;
- 4) planificación del delito por una autoridad o por una facción o elite social poderosa (incluyendo líderes

⁷ Se consignan textualmente los considerandos de la sentencia del caso Vargas Aignasse.

- rebeldes, sediciosos o terroristas) y dichos sujetos deben intervenir de algún modo en la consumación; y
- 5) el derecho aplicable alcanzará a las imputaciones de responsabilidad individual (Pereira Garmendia, 2016, p. 19).

Finalmente, se aplicó el *ius cogens* (derecho que surge de la costumbre internacional) consuetudinario, las disposiciones de las Naciones Unidas, los estatutos de Núremberg, Tokyo, Yugoslavia, Ruanda, Corte Penal Internacional. Es decir, de un día para otro, se convirtieron en auténticos jueces del derecho de gentes, con aplicación de sus institutos y definiciones más relevantes. Se resolvieron cuestiones muy sensibles para los juristas especializados, porque suman aspectos de política internacional.

Cuando aludo a política internacional quiero significar que la consolidación de determinados estándares en materia de protección de derechos fundamentales a nivel internacional ha significado establecer, a partir del acuerdo entre los Estados, normas de convivencia, esenciales a la condición humana, que van más de allá incluso de la justicia de los vencedores o de las potencias dominantes.

Carácter público de los juicios

Los jueces debieron ejercer sus funciones en el servicio de justicia, a puertas abiertas, sometidos sus actos y decisiones a la consideración de todos los miembros de la sociedad. La comunidad observó y participó, sea en forma presencial o a través de los medios de comunicación, en un día a día en forma pública. Familiares de los imputados o de las víctimas y muchos sobrevivientes, como allegados y público en general, escucharon duros relatos de circunstancias muy dolorosas que afectaron a la comunidad argentina y, por sus características, a la humanidad, en todos los casos de masacres producidas por el hombre cualquiera sea la causa que se haya invocado.

La afectación a la humanidad existe no como un concepto colectivo abstracto, sino como la protección al conjunto concreto de hombres⁸. Inclusive la etapa de investigación preparatoria o instrucción según la nomenclatura aún vigente debió desarrollarse con gran impacto en los medios de comunicación.

⁸ Como bien señala Alain Supiot (2007) en *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*: «Utilizado el concepto de dignidad en un principio para la función real (unidad ficticia de los predecesores y los potenciales sucesores), el concepto empezó a “democratizarse” entre los primeros humanistas del Renacimiento, y en primer lugar en Dante para quien cada hombre, como ser mortal, encarna la dignidad inmortal de la *humanitas*» (p. 60).

Competencia Federal

La propia competencia de la Justicia Federal se fundó conforme lo dispusiera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con rechazo así a la pretensión de algunos imputados, quienes sostenían que debían ser juzgados por los consejos de guerra del código de la Justicia Militar. Unos pocos procesos se desarrollaron bajo las normas del anterior código de procedimiento en materia penal, puesto que el mismo juez y la misma Cámara que participaban en la instrucción dictaban la sentencia de fondo. Sin perjuicio de que al respecto, conforme al desarrollo de la jurisprudencia en materia de temor razonable de parcialidad, se integraba con otros jueces de Primera Instancia y de Cámara que debían dictar el fallo en esos procesos escritos. Todo ello sin audiencias públicas y sin control público inmediato y presencial.

Al resolver un planteo en ese sentido, por parte de la defensa pública en la causa «Vargas Aignasse», el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán rechazó una pretensión de proceso escrito y consideró que, más allá de la validez de los procesos ya realizados, la oralidad y publicidad forman parte implícita del juicio por jurados como fue previsto por el constituyente. Sumado a ello se considera que, en función de los actuales estándares internacionales, resulta inadmisibles el juicio penal por escrito sin control público. Además, dado el encuadre de «delitos de lesa humanidad», al considerarse que estaban presentes las exigencias del derecho internacional a ese respecto, solo podía ser competente la Justicia Federal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con cita de Juan Bautista Alberdi, ha dicho:

La justicia debe ser administrada públicamente, con expresión de sus motivos, pues el propósito de su publicidad —garantía de garantías— consiste en controlar a los gobernantes para que no abusen de su ejercicio en daño del pueblo, que es el verdadero titular de la soberanía (Kook Wescott, cit. por Thea, 2013).

Autoría y delitos de infracción de deber

Durante el proceso se analizaron nuevas categorías dogmáticas en materia de autoría, principalmente aquella concepción del maestro alemán Claus Roxin (2000), quien reconoció un supuesto distinto de autoría mediata por dominio a través de un aparato organizado de poder, con situación de fungibilidad respecto a los ejecutores materiales. Ya el Tribunal que tuvo a su cargo el juicio de las juntas de comandantes aplicó tal concepción dogmática en materia de autoría, sin perjuicio de que la Corte se inclinara por la categoría de participación por complicidad primaria. Tal concepción de autoría mediata sin eximir de responsabilidad al ejecutar material, fue adoptada por la mayoría de los tribunales de juicio, por entender que respeta más la justicia material en función de los diversos roles que se hacían presentes en el desarrollo de los hechos. La diferencia del hombre de atrás en un aparato organizado de poder con el inductor es que aquel no depende de un autor concreto, por su intercambiabilidad (p. 158).

Esto quiere decir que en tales organizaciones el hombre de atrás, que normalmente es un comandante, sabe que su orden será cumplida por un subordinado, sin que tenga relevancia quién sea concretamente, porque da lo mismo que sea uno u otro. A esto se alude cuando se señala la intercambiabilidad o fungibilidad del autor material.

Puede decirse que en los juicios de los tribunales de Núremberg y Tokyo, así como en las actuaciones de los tribunales de los casos de Yugoslavia y Ruanda o en los primeros juicios de la Corte Penal Internacional, se aplica la teoría de la empresa criminal conjunta (*Joint Criminal Enterprise*), que consiste en considerar a todos los inter-

vinientes como coautores. En el caso Eichmann (Tribunal de Jerusalén), de los tiradores del muro en Alemania, Fujimori en Perú y en las órdenes de arresto libradas por la Corte Penal Internacional contra Kaddafi, se aplicó la concepción dogmática de Roxin⁹.

Se estima que tal concepción dogmática resulta especialmente aplicable para situaciones en que un régimen dictatorial estatal instala un aparato o sistema burocrático destinado a la eliminación de un determinado grupo de personas (opositores o *enemigos*) y se cita una frase del propio Roxin respecto a su teoría: «una construcción de conceptos jurídicos diferenciadora que hace justicia a las estructuras reales» (Pereira Garmendia, 2016, pp. 302 y 314).

Además, fueron objeto de especial consideración los delitos de infracción de deber, en contraposición o como categoría distinta a los delitos de organización. Estos últimos en tanto acciones u omisiones en el ámbito de organización por injerencia directa, mientras que aquellos como producto de responsabilidad emergente de factores nominados como institucionales. Es decir, roles especiales en una comunidad organizada (padres respecto a los hijos, médicos con los pacientes, funcionarios policiales con los ciudadanos, guardavidas con los nadadores, etc.)¹⁰. En este ámbito, tuvimos presentes también las exposiciones realizadas en los encuentros de tribunales orales por el ju-

⁹ Hemos sostenido que, en un sistema que normativamente diferencia la autoría de la participación, no es aplicable la teoría de la empresa criminal conjunta.

¹⁰ En relación a este tema, cabe consignar un claro concepto de Fernando S. Córdoba (2015) cuando señala que «en los delitos de infracción de deber, en cambio, el deber de evitar el riesgo de producción del resultado típico tiene fundamento en una institución positiva» (p. 102) y previo a ello en la misma publicación define que «Creación de un riesgo equivale a “infracción de un deber”. Aquí está el momento de la “infracción de deber” que conduce y ayuda a comprender los delitos de “infracción de deber” y explica por qué dije que se trataba de una concreción de la teoría de la imputación objetiva» (p. 100).

rista y magistrado marplatense Roberto Falcone (2002), a quien ya conocíamos por su prolijo libro sobre el tráfico de estupefacientes.

Con el propósito de penar conforme a la legislación vigente, sin extensiones analógicas que no resultan admisibles en nuestra materia, se dictó sentencia condenatoria contra un ex juez federal de La Rioja, en tanto autor del delito de encubrimiento, por entender que su conducta no fue antecedente ni concurrente respecto a los hechos investigados, sino que lo fue en forma subsecuente. Ello, al no promover o al haber archivado investigaciones que hubieran dado curso a las pretensiones punitivas sancionadoras de las conductas constitutivas de delitos (de tortura y de homicidio).

Asimismo, en ese fallo —como en todos mis votos emitidos en estos juicios— no he propuesto en ningún caso condena basada únicamente en el supuesto típico de la asociación ilícita. He considerado a esta hipótesis referida al hecho colectivo siempre presente, mediando la acusación fiscal respectiva, pero sin aplicación por la mera membresía sin otro anclaje fáctico. Comparto parte del criterio de Mario Pereira Garmendia (2016), cuando sostiene que:

Podrá fundamentarse, *prima facie*, un desvalor de la acción por la interacción. Sin embargo, y justamente, dicha interacción ha de consistir en el ejercicio efectivo (activo o pasivo) de un rol, y no de una mera adhesión o membresía [...] resulta necesario un aporte sabiendo, *ex ante*, que será utilizado por otros y que a su vez, se hallaría teleológicamente direccionado hacia el cumplimiento de la finalidad criminal (inicia) de la institución (pp. 392 y 409).

Cuando hemos debido resolver en torno a la conducta de participación en el delito de otro, se ha dejado

en claro que en ningún supuesto puede hablarse de mandante y mandatario, en los términos a los que aludían a ese instituto los comentaristas y prácticos italianos de los siglos XIII y XIV, por considerar que se trata de una inadecuada proyección al ámbito del derecho penal de un modelo teórico elaborado en la esfera del negocio jurídico (Peñaranda Ramos, 2015, p. 46). Ello en la causa «c/ Almirón, Víctor Hugo; Bocos, Víctor Hugo; Cardozo, Enrique Víctor y Levin, Marcos Jacobo», ante el Tribunal Oral Federal de Salta. En esa causa, sostuvimos también que en nuestro país, conforme al sistema jurídico vigente, por lo legislado sobre participación accesorio, no es aplicable la figura de la empresa criminal conjunta (JCE), que implica una ampliación de la autoría, y hemos citado aquello de que no es casualidad que la abreviatura JCE a veces se entienda en broma como *just criminalise everyone*, es decir, «castigar a todos» (Satzger, 2012, p. 34).

Institutos específicos: obediencia debida y error de prohibición

La obediencia debida fue otro eje central de los debates. Si bien es un instituto existente en la normativa actual y en la dogmática, tampoco es de aplicación cotidiana si no se trata del accionar cumplido en el ámbito de las fuerzas armadas o de seguridad. Y todo ello con análisis de los estándares internacionales, en la normativa y jurisprudencia. Su admisibilidad como causal de justificación o como atenuación o eximición de culpabilidad, para altas autoridades y/o mandos intermedios o subalternos. Conectado con tales temas, la posibilidad de situaciones de error de prohibición (equivocación sobre lo prohibido y lo permitido), con los finos análisis que todo esto requiere para una resolución adecuada y justa.

El concepto de la exigibilidad de una conducta alternativa o la evitabilidad de la acción realizada, fueron considerados expresa o tácitamente en los diversos fallos. Se tuvo presente la evolución de este concepto desde aquel famoso caso en Alemania a fines del siglo XIX, el del cochero que, no obstante saber que el caballo era brioso, díscolo, indómito y se solía desbocar, salió con un pasajero y este sufrió lesiones. Si el cochero había salido en tales condiciones fue por miedo a perder su trabajo y no poder alimentar a su familia¹¹.

Entonces, cuando se alude a la exigibilidad de la conducta conforme a la norma, lo que debemos comprobar en el caso concreto es que exista plena libertad de autodeterminación —en los términos convencionales en que aceptamos tal capacidad de decisión—, sin impedimentos que la determinen o la condicionen, en el marco

¹¹ 23/3/1897, sentencia de absolución del Tribunal del Reich, conocido como el caso «Leinenfanger».

de aquellos supuestos en que el mundo jurídico justifica conductas lesivas (legítima defensa, por ejemplo) o las exculpa (ataque de pánico) o atenúa la culpabilidad (miedo). Cuando decimos que una conducta está justificada no hay delito porque está permitida; cuando señalamos que corresponde su exculpación es porque hay circunstancias que eximen de responsabilidad a su autor; en el supuesto de atenuación de la culpabilidad, se considera que hay motivo para estimar una reprochabilidad disminuida.

En el análisis de la situación psicológica que se genera como parte de la labor de ingeniería social que planifican los líderes, se alude a una situación nominada como *estado de agencia*, en virtud de la cual el sujeto se distancia asimismo de toda responsabilidad derivable del cumplimiento de las órdenes o instrucciones que ejecutará. Así el individuo actúa como parte de un todo, que se ve dirigido y organizado por quien tiene la capacidad y la legitimación para ello: la autoridad o superior jerarca (Pereira Garmendia, 2016, p. 52).

Error sobre una causa de justificación

En el juicio caratulado como «Álvarez, Daniel y otros s/ Privación Ilegal de la Libertad Personal, damnificado: Fernández Juárez, Lilia y Herrera, Gustavo Enrique y otros», Expte. 400133/2005, mediante sentencia del 27 de febrero de 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán resolvió no condenar a los guardiacárceles que se encontraban imputados por el delito de privación de libertad en la unidad penitenciaria de Villa Urquiza, en relación con todos aquellos prisioneros que figuraban registrados en los libros de la cárcel y que, inclusive en algunas etapas de su cautiverio, recibían comida y la visita de sus familiares. Se dijo que «tal hecho no puede serles atribuido en la condena como delito a los guardiacárceles». Y, en ese sentido, se enfatizaba:

Racionalmente —que no otra cosa busca la sistematización dogmática del derecho penal—, puede decirse que los guardiacárceles incurren en error sobre la existencia de una causa de justificación, cual era la orden válida de autoridad competente para la detención, equivalente en sus consecuencias al error de prohibición invencible. Sobre todo si se considera en el caso, que no es función de los guardiacárceles un control de la detención que vaya más allá de que procede de autoridad competente, por lo menos para los que no están en niveles superiores de decisión al respecto. En este sentido, el guardiacárcel desarrolló un comportamiento estereotipado, cual es el de ejercer lisa y llanamente la función que usualmente presta, sin contar con poderes de inspección sobre la naturaleza y alcance de la orden de privación de libertad. No se trata de la orden de comisión de un hecho evidentemente delictivo, que en ningún caso puede ser justificado, cual sería por ejemplo torturar o matar a los prisioneros.

Es decir, cuando un guardiacárcel recibe en la prisión a un detenido realiza una conducta habitual dentro de su rol; no ocurre así cuando tortura o mata a un detenido y en tal caso no puede alegar que creyó que estaba cumpliendo un deber. Y se agregaba en la sentencia referida:

en relación con la privación de la libertad de los prisioneros, los guardiacárceles incurrieron en el error de considerar que a ese respecto estaban actuando en cumplimiento de sus deberes. Naturalmente no estaban en error respecto a su conducta los comandantes jefes de las fuerzas armadas que eran conscientes de la ilegalidad e ilegitimidad de las detenciones.

Debe aclararse que estas consideraciones caben en relación a unidades penitenciarias convencionales, no así con respecto a centros clandestinos de detención.

En respaldo dogmático se consignaba, según afirma Edgardo Donna (2003) en el prólogo al libro de Francisco Muñoz Conde: «Quien no sabe o supone que su conducta es prohibida no puede ser punible o por lo menos no debe serlo de la misma manera que quien así lo entiende» (p. 8). Para agregar a continuación: «y sintética y precisamente define el profesor Muñoz Conde en la introducción a la obra referenciada de esta forma: el error: es la falta de representación o la suposición equivocada de la realidad, o simplemente la ignorancia» (p. 13).

En el caso concreto, el guardiacárcel en cuestión estaba equivocado o en un error cuando consideraba que los presos políticos soportaban una privación legítima de la libertad.

Funciones y fines de la pena

Otras cuestiones que aún hoy no encuentran pacífica respuesta en la doctrina y la jurisprudencia, como la justificación o fundamento de la pena y los fines que mantienen vigencia en un Estado democrático de derecho, también estuvieron presentes en forma explícita o implícita. Asimismo, nunca se dejó de lado la exigencia de una conducta dañina o lesiva cuyos efectos o consecuencias fueron considerados en relación con el transcurso del tiempo¹². Se tuvo en cuenta también la necesaria reprochabilidad de esas conductas para que exista delito y los alcances de la censura social que se expresa en la sanción penal, con adecuado deslinde de objetivos resocializadores, retributivos y preventivos generales: para que el autor no vuelva a delinquir; para aplicar un mal proporcionado a quien ha causado un daño, para que se ratifique la vigencia de la norma o la confianza de la comunidad en su vigencia y para que los otros se sientan disuadidos respecto a la comisión de tales delitos, respectivamente.

Así también, se analizaron conceptos ineludibles como imprescriptibilidad e inamnistiabilidad (imposibilidad de dictar amnistía o indulto), característicos de los crímenes internacionales. Además, se aplicó la ley penal vigente al momento de los hechos investigados, con preservación a rajatablas del principio de irretroactividad¹³. Estos conceptos fueron el fundamento de las decisiones ante cuestionamientos tales como la pre-

¹² Cabe aclarar que los juicios se realizaban, por lo menos, treinta años después de ocurridos los hechos.

¹³ En sentido coincidente, al comentar el «caso Scilingo», aunque con reservas en otros aspectos sobre ese juicio, la catedrática española Alicia Gil Gil (2009) afirma: «Que el Tribunal castigue los hechos conforme a tipos comunes con las agravantes que resulten aplicables para abarcar su mayor gravedad a falta de un tipo de crimen contra la humanidad en el momento de cometerse el delito es correcto» (p. 405).

tendida prescriptibilidad de todas las acciones penales, que reconoce como principal mentor en nuestro país al destacado jurista Daniel Pastor, quien impugna el hecho de transferir problemas de una generación a otra. En la concepción opuesta, Eugenio Raúl Zaffaroni apunta que, justamente por la gravedad que revisten estas masacres, perduran como heridas en el tiempo. En una obra sobre la extinción de la acción penal por el paso del tiempo, el autor español Ragués i Vallés afirma:

la extrema gravedad de ciertos delitos, que cuestionan las bases más esenciales de determinados modelos de sociedad, tiene como consecuencia que sea imprescindible el transcurso de un lapso temporal muy prolongado para su superación, hasta el punto de que su persecución y castigo sigan siendo necesarios mientras vivan los (presuntos) responsables, por su gravedad, por la gravísima vulneración de los Derechos Humanos que supone y porque el tiempo no borra el significado del delito cometido (cit. por Sanz-Diez de Vizurum Lluch, 2009, p. 331).

Esta decisión de resolver los conflictos en el marco del derecho penal se pensó con la plena conciencia de que no faltan observadores que traen a discusión aún hoy, como hipótesis alternativa, el camino de las comisiones de la verdad con referencia a Sudáfrica, puesto que consideran que, al eliminar la posibilidad de sanción penal, es factible la obtención de más información. Además, se sostienen otras hipótesis, como aquella que reflejaba la denominada ley de obediencia debida en cuanto que, a partir de determinados niveles de jerarquía, se producía un corte y consecuente eximición de responsabilidad penal. En sentido similar, se invoca la concepción anglosajona que apunta solo a niveles de comandantes, salvo casos concretos de ensañamiento. Esto último en concordancia

con aquel principio imperativo: quien actúa por placer o con crueldad no puede ser beneficiario de una atenuación por limitación de su ámbito de determinación.

Justicia material

Argentina eligió una vía que priorizó el intento de aplicar un concepto sustancial de justicia. No es que se pretendía el absolutismo de la concepción kantiana — retribucionismo extremo—, sino que se valoró que si hubo una herida relevante a una víctima y a las convenciones vigentes, se debía producir la necesaria reparación social. Sin perjuicio de los distintos grados de culpabilidad en función de cada hecho y cada caso concreto.

Pretender que sean sancionados todos, absolutamente todos los autores de delitos, resulta tan imposible como ponerle puertas al campo. No obstante, se parte de la premisa general que sostenía Sigmund Freud cuando afirmaba que la sanción contenida en la norma es un factor estabilizador y así ninguna sociedad puede permitir que el delincuente goce del fruto de su comportamiento (Jerouschek, 2009, p. 124).

La pretensión de juzgar a todos los autores de eventuales violaciones de derechos humanos en aquel periodo nos recuerda el ejemplo que propone un calificado procesalista de un Estado muy descentralizado que pretende aplicar una concentrada política pública activa: «un Estado con muchos centros de poder independientes y un fuerte deseo de transformar la sociedad puede compararse con un hombre con apetitos ardientes y un instrumento pobre para satisfacerlos», afirma Mirjan Damaska (2000, p. 30).

Damaska, al referir los ordenamientos estrictamente jerárquicos, puntualiza que «cementando los componentes del poder hay un fuerte sentido de orden y un deseo de uniformidad: idealmente todos marchan siguiendo el ritmo de un solo tambor» (2000, p. 39). En ese camino tratamos de ser reiterativos en que la «la posición im-

parcial de la autoridad procesal se mantiene mejor si los funcionarios no emprenden una investigación activa de las pruebas y se limiten a arbitrar la empresa competitiva de búsqueda de prueba por parte de los litigantes» (p. 211). En nuestra actuación, hemos intentado permitir que las partes luchen porque ello es la mejor forma de absorber el conflicto (p. 370). Por ello también, como sostiene Damaska sobre los juicios adversariales, resultó más difícil un mínimo compromiso emocional. Una especie de reserva calvinista (p. 377). Es importante recordar también lo dicho por Klaüs Luderssen que centra su análisis en la situación de las víctimas: «Una discusión sobre la reconciliación que evite las dificultades de constatar la verdad y la imputación, por lo menos en la medida de lo posible, finalmente exige demasiado de la persona» (cit. por Damaska, 2000, nota al pie, p. 13).

Resultan también muy acertadas las reflexiones de un parlamentario alemán en relación con la apertura al público, en 1990, de la documentación de STASI, servicio secreto que fuera creado por la KGB en Alemania del Este:

Una reconciliación basada en la ignorancia es superficial, solo de cara a la galería. Es útil dar a entender a los antiguos dictadores y déspotas de este mundo que solo la verdad nos hace libres, que si calláramos sobre el tiempo de su tiranía, volveríamos a oprimir a los oprimidos, que entonces sí que no fomentaríamos la paz interna. Aceptemos, pues, las polémicas y los debates sobre el pasado: sin ellos, la ansiada reconciliación verdadera en las sociedades en fase de transformación se aplazaría todavía más o se vería incluso frustrada. (Joachim Gauck, 2007, p. 3).

En *El Derecho Penal Internacional* Enzo Finocchiaro (2016) recuerda la Conferencia de Teherán, a la que asis-

tieron Stalin, Roosevelt y Churchill (popularmente conocidos como *The Big Three*), oportunidad en la que el jefe de Estado ruso propuso la ejecución de entre cincuenta mil a cien mil oficiales del Estado mayor alemán. A lo que Roosevelt contestó, en tono de broma, que tal vez con cuarenta y nueve mil estaría bien. Churchill, considerando que son delitos muy graves, se opuso a la idea de una

ejecución a sangre fría de los soldados que luchaban por su país, diciendo que prefería pegarse un tiro en el tribunal que participar en dicha acción. Sin embargo, estaba de acuerdo en que los criminales de guerra debían pagar sus crímenes y debían ser juzgados en los lugares donde se cometieron los crímenes (p. 38).

Cuestiones constitucionales

Por considerar que afecta los derechos adquiridos, se puso en tela de juicio la constitucionalidad de la privación de las retribuciones jubilatorias como consecuencia accesoria de la pena de prisión. En nuestro caso consideramos que la jubilación es un producto de los aportes y las contribuciones, no un beneficio graciable. Hemos sostenido, siguiendo el criterio de Zaffaroni, que resulta una pena notoriamente confiscatoria. Si se piensa además que implica en la actualidad la pérdida de la obra social para personas que en su mayoría están en su vejez, ello resulta injusto.

Asimismo, se debatió la constitucionalidad de la prisión perpetua, al haberse alegado que no podía ser una pena eterna y, por otro lado, por falta de un mínimo que permita la determinación en función de una atenuación de la culpabilidad. Al respecto, afirmamos que no era eterna porque se prevé la libertad condicional en un determinado momento, con lo que no es una sanción que se traduzca en una muerte en vida. En casos especiales, dictamos penas por tiempo determinado en supuestos que prevenían pena perpetua, considerando que la falta de mínimo impedía reflejar el grado de culpabilidad, aunque se trataba de hechos graves, pero con menor nivel de merecimiento en el reproche.

Atenuación de pena por menor culpabilidad por obediencia debida

En el juicio caratulado como «Mirta Clerici y otros s/ solicita medidas procesales.- N° 418/04» -Expte 16/12, y que en los medios de difusión se conoce como la «Masacre de Capilla del Rosario», cuya sentencia fuera dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca, el día 8 de octubre de 2013, tuve oportunidad de votar en minoría por la disminución de la pena por atenuación de culpabilidad en relación con obediencia debida por parte de tres oficiales subalternos del Ejército argentino. Se trataba del homicidio de un grupo de personas que había fracasado en su plan de copar un regimiento y que se encontraba en las adyacencias de un lugar conocido como Capilla del Rosario.

En la parte conclusiva de mi pronunciamiento, correspondía declarar la inconstitucionalidad del artículo 80 del Código Penal, en relación con el caso concreto, ya que al establecer una pena fija de prisión perpetua y carecer en consecuencia de una escala mínima, ello significa irracionalidad punitiva. Por lo tanto, propuse que se aplicara una pena de prisión por el término de dieciséis años. En los considerandos señalé que, del análisis del caso, puede sostenerse que se ha reducido la capacidad de conducta conforme a la norma. Es decir, ha existido un menoscabo de la libre determinación de la voluntad causado por especiales circunstancias externas (fracaso de una acción armada por parte de las víctimas, orden de oficiales jefes de actuar de determinada forma, en el marco de una organizada acción represiva). Puede hablarse de una *presión anímica extraordinaria* o una *sobrepresión que influye en la motivación*. De cualquier forma, esa restricción de la libertad de decisión reduce la pena,

pero no la excluye. Se trata de una situación de reducción de las penas que obedece a la reducción de la culpabilidad, que responde, a su vez, a situaciones de este tipo *nombradas* por el legislador internacional y no a meras intuiciones subjetivas del juez.

En aras de la objetividad en la información, me siento obligado a dejar constancia de que una sala de la Cámara Federal de Casación Penal dictó fallo anulatorio de la sentencia del Tribunal de Catamarca y absolvió a los imputados, tal pronunciamiento ha sido impugnado mediante recurso extraordinario —toda ella información a fin de julio de 2016—.

En el juicio nominado como «Arsenal Miguel de Azcuénaga – Jefatura de Policía 2» un criterio como el aludido respecto a aquel voto en disidencia formó parte de la decisión mayoritaria, con lo que se aplicaron diversas graduaciones de pena en caso de intervención en homicidios agravados, no obstante que el tipo prevé la pena de prisión perpetua.

Citamos para fundar lo dicho en relación con la normativa internacional: el apartado 4 del artículo 7 del Estatuto del Tribunal Internacional de Yugoslavia, que establece:

el hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no lo eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad.

En sentido similar, los estatutos de Núremberg, Ruanda y Corte Penal Internacional; en esta última norma se admite incluso el supuesto de exclusión de culpabilidad. Puede decirse además que los autores enfrentaban un *peligro permanente* y de tal manera es razonable

pensar que enfrentaban, en caso de negarse, un peligro concreto para la integridad física o la vida.

Además, entre otros conceptos del profesor argentino y ex juez de la Corte Nacional Eugenio Raúl Zaffaroni (2000)¹⁴, se citaba en aquellos votos: «prescindir de la culpabilidad en aras de atender solo la gravedad del delito, llevaría a imaginar una sociedad de seres humanos idénticos pero también inmutables. Tal sería una sociedad no humana compuesta de seres no humanos».

¹⁴ En el desarrollo de la categoría dogmática de la culpabilidad colaboraron Alejandro Alagia y Alejandro Slokar.

Otras situaciones reiteradas

Durante el proceso fueron objeto de permanente consideración las situaciones de salud que provocaban la no participación en juicio, o formas morigeradas de privación de libertad. Asimismo, se debieron analizar las cuestiones etarias con relación a tales situaciones. Esto generó largas discusiones, sobre todo porque la normativa vigente apela a la expresión *puede el juez* para referirse al otorgamiento de la prisión domiciliaria. Aunque en ese sentido debe tenerse presente que la mejor dogmática sostiene que en principio, en materia penal, cuando la norma utiliza la expresión *puede* para el otorgamiento de un beneficio, habrá que leer *debe*. Lo que sostenemos con este criterio es que el juez no tiene facultades discrecionales frente a la norma penal: si está cumplido el requisito previsto como supuesto hipotético, el *puede* se transforma necesariamente en *debe*. En decisiones más recientes, se puso en práctica la prisión domiciliaria, con control por medio de dispositivos electrónicos.

Otro aspecto importante que se presentó fue el de las personas citadas como testigos, que de manera eventual pudieran resultar acusadas respecto a los mismos hechos en actuaciones futuras o por otros hechos en otros procesos. Cuando menos se les advirtió que tenían derecho a abstenerse en cuestiones que pudieren resultarles incriminatorias o no se admitió su comparencia como testigos. Al igual que en el Derecho Alemán se dejó en claro que el testigo puede negarse a contestar una pregunta si la respuesta lo pone en peligro de ser perseguido por la justicia debido a un determinado hecho delictivo (párrafo 55 del Código Procesal Penal). En este sentido, se tuvo en cuenta lo resuelto por el Tribunal Supremo Federal cuando trató, por primera vez, el problema en

mayo de 1992 (BGHSt. 38, 302)¹⁵ y declaró que, de la anterior negativa a dar información, no puede deducirse ninguna consecuencia perjudicial para el procesado. Quedó así como regla operativa que nadie está obligado a contribuir con la confesión de su culpabilidad a probar su responsabilidad (Roxin, 2000).

Como gustaban decir los estudiosos del derecho romano canónico, una parte en una contienda no debiera verse obligada a convertirse en *telum adversui sui* esto es, en arma ofensiva de su adversario, un procesado penal tiene derecho a poner a prueba al Estado (Damaska, 2000, pp. 218-219).

En un estilo puramente reactivo de resolución de conflictos no está permitido que una parte se convierta en testigo en contra de su voluntad: «el maestro soberano de un litigio no puede ser transformado en una fuente de pruebas para ser examinado, a menos que elija libremente esta conversión de Saulo en Pablo» (Damaska, 2000, p. 373).

Además, en una organización judicial muy jerarquizada y activista de políticas de Estado, «recordemos la facilidad con que las declaraciones del acusado anteriores al juicio, pueden ser integradas al Tribunal si él opta por ser taciturno» (Damaska, 2000, nota 37, p. 288).

En tal sentido, el 19 de mayo de 2016 en la causa conocida como «Operativo Independencia», en el curso del debate y ante un planteo de la defensa, el Tribunal hizo lugar a la oposición a la lectura de declaraciones prestadas por el imputado en la instrucción, con estos argumentos:

¹⁵ *Bundesgerichtshof* es, en el sistema germano, equivalente a nuestra Corte Nacional.

Al planteo de la defensa pública respecto de no realizar lectura de las declaraciones de imputados que se abstienen de declarar se considera que la incidentista no cuestiona la validez del acto en sí mismo y las garantías cumplidas a ese respecto. De tal manera a título hipotético no cuestiona, por ejemplo, una vía de investigación que pudiere haber surgido o pudiere haberse visto relacionada con tal declaración. Aclarado esto, es decir, que el desarrollo del acto en sí mismo y las garantías a su respecto establecidas en el sistema normativo vigente no son objeto de ningún tipo de cuestionamiento a ningún efecto, el planteo a lo que apunta es a que no puede ser introducido como un elemento de prueba en el desarrollo del debate. Pues bien no se nos escapa que refiere el tema a un punto altamente sensible para la mejor realización de una adecuada resolución del conflicto que quiere atender el proceso penal. El imputado no puede ser considerado un sujeto de prueba, dejando de lado, porque no vienen al caso, otro tipo de situaciones como son extracciones de sangre, grabaciones de voz, supuestos que aluden a hipótesis del tratamiento como objeto de prueba. Aparece como lógico el planteo defensorista si se tiene en cuenta que si el imputado habla no se lee su declaración anterior, mas no debe olvidarse que cuando habla lo hace en un acto netamente de defensa que no constituye un acto de producción de prueba, sino que, en todo caso, deberá aludir a medios probatorios que acrediten sus dichos. En una interpretación dinámica de nuestras normas procesales y con la perspectiva puesta en la progresión hacia un auténtico sistema adversarial, que estuvo siempre presente en nuestra Constitución, el acto de declaración es una oportunidad de ser oído por el juez frente a una pretensión incriminatoria. Con lo que no constituye en sí mismo un elemento de prueba por sí solo, sino que en algunos supuestos la versión defensorista debe ser corroborada cuando sea de admisión de responsabilidad por medios producidos en el debate. Aparece racionalmente como distorsivo del sistema acusatorio-adversarial la lectura de la declaración prestada en la etapa prepara-

toria de la investigación judicial. No resulta casual que desde siempre los sistemas que mayor énfasis han puesto en las formas adversariales se centran en la producción de pruebas separadas de la declaración indagatoria. Por el contrario, los sistemas inquisitivos enfocan su centro en la indagatoria (con justificación en algunos casos de la tortura para lograr la declaración), lo cual responde asimismo a la intervención de un órgano judicial que reúne el doble rol de acusador y árbitro, en un desdoblamiento psicológico difícilmente admisible. Teniendo en cuenta así la expresa oposición de la defensa a la introducción por lectura de aquella declaración prestada en la instrucción, obviamente no se podrá invocar el derecho de defensa para pretender la introducción por lectura. Para acoger lo peticionado no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad ya que basta con la no aplicación, de la norma en cuestión, con sustento justamente en las garantías ya estandarizadas respecto del derecho de defensa y la no utilización del verbo del imputado como factor probatorio.

Otro de los temas que motivaron diversos pronunciamientos es la aplicación del principio de congruencia, es decir que tiene que existir absoluta coherencia y consecuente identidad entre el hecho delictivo que constituye la acusación a lo largo de todas las etapas del proceso, aquello de lo que pudo defenderse el imputado y lo que se describe en la sentencia. En otras palabras, tiene que existir perfecta correlación en ese aspecto entre el requerimiento de instrucción, lo que se atribuye en la declaración indagatoria, el auto de procesamiento, el requerimiento de elevación de la causa a juicio, el auto respectivo en su caso, el alegato final del debate y la sentencia. Excepción muy limitada es la ampliación de la acusación en el debate, que solo es admitida por el legislador cuando se presente respecto a alguna circunstancia agravante o con motivo de un delito continuado.

Fuimos rigurosos con la aplicación de esa exigencia porque entendemos que hace al debido proceso. Somos conscientes de que en códigos procesales más nuevos se ha eliminado el procesamiento, pero consideramos que mientras esté vigente forma parte de la secuencia lógica que constituye la esencia del principio de congruencia, con lo que se evitan las condenas súbitas y sorpresivas sobre hechos que no han estado presentes en todas las fases calificadas como importantes o esenciales en el avance del proceso. En este tema, una jurista clave para el estudio de la cuestión es la doctora Ángela Ledesma, jueza de la Cámara Federal de Casación Penal y profesora de Derecho Procesal, quien en sus publicaciones y sus clases siempre ha defendido la necesaria vigencia de este principio como una cuestión insoslayable para la plena validez de todo el juicio. La citada docente lo considera estrechamente vinculado con la garantía del *non bis in idem*, es decir que nadie puede ser condenado ni juzgado dos veces por el mismo hecho delictivo.

Se deja aclarado que la exigencia de que el hecho esté presente en el auto de procesamiento como parte del principio de congruencia está en discusión en la dogmática y la jurisprudencia.

El Tribunal en las calles

Los jueces recorrieron largas distancias para realizar inspecciones oculares en unidades militares y de gendarmería, locales policiales, edificios públicos o privados utilizados en relación a los hechos que se juzgaban; también estuvieron en las cárceles, escuelas, fábricas abandonadas, diversos espacios que pudieran guardar conexión con las cuestiones en debate. En todos los casos, se contó con la presencia de supuestos testigos víctimas o testigos directos, al solo efecto de indicaciones sobre lugares concretos que hubieran sido señalados en sus declaraciones testimoniales durante la audiencia. Siempre con control de los acusadores y defensores, y con la posibilidad de los propios imputados de participar. Hubo que diferenciar entre los que fueron centros clandestinos de detención de aquellos lugares de detención que, independientemente de su licitud o ilicitud, contaban con registros oficiales de los presos y en los que se permitían las visitas.

Todo ello en presencia de periodistas, fotógrafos y camarógrafos, quienes recabaron de forma directa y permanente todo lo que fue aconteciendo en cada caso y lugar en sitios donde hubo personas privadas de su libertad, tortura, enterramiento de restos, explosiones de cuerpos humanos. En fin, hitos en caminos recorridos para exteriorizar lo más posible la realidad de los hechos.

Declaraciones testimoniales sensibles

Es importante señalar que se dictaron protocolos especiales para la recepción de la prueba vinculada con delitos sexuales que se habrían producido en los lugares donde se mantenía privados de libertad a los detenidos, oficializada su situación o en condiciones de clandestinidad. Se debieron extremar los análisis dogmáticos, porque resultaba necesario dar adecuada respuesta basada en la proporcionalidad, porque la justicia importa y debe tener primacía al momento de distribuir los castigos. Cuando referimos a tal concepción de la justicia, lo es en el sentido que, cuando además de torturas se habrían producido delitos sexuales, hay una conducta típica diferenciada y gravedad adicional.

El principal esfuerzo estuvo centrado, entonces, en dirigir las declaraciones testimoniales hacia los puntos penalmente relevantes, porque ese es el objetivo de la tarea jurisdiccional; la reconstrucción histórica solo significa un efecto indirecto, como así la necesidad emocional de las víctimas de expresarse ante un órgano representativo de la comunidad y del Estado al relatar hechos que conmovieron sus vidas y la convivencia entre los argentinos. En este sentido, el tribunal debió promover un adecuado equilibrio para no provocar una sensación de frustración en los testigos que protagonizaban un momento muy significativo de sus propias historias de vida.

Por ello se permitió la asistencia psicológica y de contención emocional de los testigos víctimas, tarea que fue cumplida por personal especializado que aportó el gobierno nacional y el provincial. Esto se desarrolló con el control por parte del Tribunal para evitar que ese contacto refiriera al contenido de las declaraciones de acuerdo a las características de la Corte Penal Internacional,

que con un criterio acorde a las pautas del proceso en el derecho continental europeo impidió incluso a las partes ese diálogo previo que proponían los representantes del sistema anglosajón.

Además, se estableció que, como afirma Primo Levi (2012) «es natural y obvio que la fuente esencial para la reconstrucción de la verdad en los campos está constituida por la memoria de los sobrevivientes» (p. 480). Levi transcribe una cita de Jean Amery, un filósofo austríaco que fue también deportado a Auschwitz:

Quien ha sido torturado lo sigue estando [...] Quien ha sufrido el tormento no podrá encontrar ya el lugar en el mundo, la maldición de la impotencia no se extingue jamás. La fe en la humanidad, tambaleante ya con la primera bofetada, demolida por la tortura luego, no se recupera jamás (p. 487).

En los debates se buscó garantizar lo que se conoce como *igualdad de armas* entre las partes. Aunque no fuera una tarea fácil, tal cual lo dijera un procesalista de jerarquía universal: «es muy difícil mantener la simetría, determinar el grado de desviación de la simetría puede ser una empresa tan difícil como entretener a una monja» (Damaska, 2000, p. 181) y al defender ese ideal paritario en la organización de la administración de justicia, el referido docente norteamericano sostiene que «cierta cantidad de desorden ha de aceptarse como precio del compromiso fundamental en una distribución más amplia del poder» (p. 50).

Penar solo en caso de lesividad

Como es normal en el ejercicio de la magistratura penal, pero con especial énfasis en esta materia, para no incurrir en el juzgamiento de delitos de opinión, se tuvo presente que hubiera conducta lesiva de un bien estrictamente jurídico. Cabe recordar aquí uno de los más conocidos escritos polémicos de Voltaire, que refiere el caso del Chevalier de la Barre, condenado por blasfemias y cruelmente torturado y ejecutado por el delito de no descubrirse y arrodillarse en presencia de una procesión religiosa (Cancio Melliá, 2012, p. 610). Es decir, en cada delito se debió considerar el específico índice de desvalor que estriba en el contenido de la voluntad lesiva del bien jurídico (Polaino Navarrete, 2000, pp. 499-500).

Resultaron absolutamente aplicables las exigencias en el sentido que «para caracterizar la necesidad de una afectación de cierta intensidad, se habla de la doble fragmentariedad del Derecho Penal: este debe reaccionar solo frente a las agresiones más graves producidas contra los bienes jurídicos más importantes» (Cancio Melliá, 2012, p. 628).

Coincidimos con lo que sostiene el profesor Andrew Von Hirsch (1998) cuando señala con exactitud que es difícil dar respuesta a la cuestión de la pena, y agrega: «el castigo es un tema fascinante pero incómodo. Que el Estado imponga en forma deliberada un sufrimiento a los infractores solo puede considerarse una amarga necesidad» (esta última es una expresión de los autores del proyecto alternativo de Código Penal de Alemania, 1962). «No es fácil concebir un sistema humano y justo —o al menos no demasiado inhumano e injusto—. Nadie debe engañarse, no hay soluciones fáciles». Para añadir, conforme a las bases de la concepción jurídica dominante,

que «una sanción condenatoria trata a la gente como una persona que es capaz de comprender. Tratar al individuo como alguien capaz de elección y no como a un tigre, significa reconocer su dignidad como persona humana» (pp. 38 y 55).

Asimismo, se trató de racionalizar el concepto de verdad procesal —reconstrucción de la realidad en el juicio con los límites probatorios materiales y legales—, compatible con que ello debe ser la verificación de la verdad histórica. Permítaseme transcribir estas adecuadas reflexiones:

Al igual que el juez no puede desentenderse del punto de vista externo del derecho (en relación con las condiciones de justificación moral de sus acciones), según Ferrajoli, un juez no puede desentenderse tampoco de las condiciones de verdad de su veredicto. Liberar a la facultad de juzgar de su subordinación a la pena debe ser un modo de volver a vincularla con su relación con la verdad, que en un modo coherente y realista, no puede tener versiones «sustanciales» y versiones «procesales». A riesgo de que de otro modo los juristas (y, con ellos, la sociedad, que debe aceptar e implementar sus veredictos) terminaran arrastrados a un mundo psicótico en el que sus verdades solo valieran en sus propios universos mentales del palacio judicial (Feierstein, 2015, pp. 87 y 82).

Con estas reflexiones, solo cabe añadir que lo que es descripción objetiva lo prueba el hecho de que se realizaron numerosos juicios a lo largo y ancho del país, con plena vigencia de las garantías procesales —en especial el derecho de defensa— y sustanciales o de fondo, con plena operatividad del control por parte de un tribunal revisor en caso de condenas. Y considero que ha sido valioso que los juicios se hayan realizado en los lugares donde se produjeron los hechos que se juzgaban, porque ese es uno

de los requisitos para que se cumplan los efectos comunicacionales de la justicia penal.

Además, tengamos presente este pensamiento del iusfilósofo alemán Gustavo Radbruch:

El conflicto entre justicia y seguridad jurídica puede resolverse de forma que se dé prioridad al derecho positivo, asegurado por la ley y el poder, incluso si este no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en que la contradicción entre el derecho y la justicia se vuelva tan intolerable que su condición de derecho injusto tenga que hacer lugar a la justicia (cit. por Thea, 2015, p. 163, nota 529).

Coincidente con ese criterio, se ha sostenido que Roxin —siguiendo en ello a Radbruch— entiende que la conducta incriminable jamás puede hallar legitimación en el Derecho Positivo. Ello puesto que este último resultaría (a su respecto) completamente nulo en la medida en que se halla en contra de la regulación hecha por normas de rango superior: Constitución, convenciones internacionales de los Estados implicados, normas de derecho consuetudinario internacional o de derechos humanos fundados en el derecho natural (Pereira Garmendia, 2016, p. 330).

Palabras finales

Quiero cerrar este pequeño ensayo rindiendo un homenaje a Hans Welzel, un jurista que concibió una teoría del delito que superó a la concepción naturalista-causalista al desarrollar una comprensión de la acción humana en el sentido de un acontecer guiado por una finalidad, es decir, esencialmente humanista. Cambió el derecho penal y su sistema fue conocido como *finalismo*. Quien en su momento divulgó en Argentina su aplicación como una doctrina más humanista y racional fue el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni. Al rendir este homenaje quiero destacar que fue su pensamiento sobre la importancia de la dogmática penal el que me guió para tratar, en mi función de juez, de conocer cada día más todos los desarrollos científicos sobre el delito. Ya que, como decía Welzel (1993), resulta fundamental el estudio del derecho penal, porque «como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que solo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad» (p. 41).

San Miguel de Tucumán, junio de 2017

Referencias

- Anitua, Gabriel Ignacio *et al.* (comps.). *Los juicios por crímenes de lesa humanidad*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Cancio Melliá, Manuel. (2012). «Lesividad social del delito y estado actual de la política criminal». *Revista de Derecho Penal I*.
- Córdoba, Fernando S. (2015). «Delitos de infracción de deber». *Revista de la Asociación Pensamiento Penal* (on line), 235.
- Damaska, Mirjan. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Donna, Edgardo. (2003). «Prólogo». En Francisco Muñoz Conde, *El error en Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Falcone, Roberto & Capparelli, Facundo L. (2002). *Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Feierstein, Daniel. (2015). *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Finocchiaro, Enzo. (2016). *El Derecho Penal Internacional*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Gauck, Joachim. (2007). «Callar no cura. Un alegato contra la memoria selectiva y a favor de la autodeterminación informativa» disponible en <http://www.goethe.de/mmo/priv/2519314-STANDARD.pdf>.
- Gil Gil, Alicia. (2009). «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el Caso Scilingo». *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnos.

- Guardans Cambó, Ignasi. (2009). «Entregas extraordinarias, torturas y vuelos de la CIA». *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnos.
- Jerouschek, Gunter. (2009). «Delito y dramatización». *Revista de Derecho Penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Levi, Primo. (2012). *Trilogía de Auschwitz*. Barcelona: El Aleph Editores.
- Peñaranda Ramos, Enrique. (2015). *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*. Buenos Aires: B de F.
- Pereira Garmendia, Mario M. (2016). *Responsabilidad por los delitos atroces*. Buenos Aires: B de F.
- Polaino Navarrete, Miguel. (2000). *El Injusto Típico en la Teoría del Delito*. Corrientes: Mave.
- Roxin, Alem Claus. (2000). *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Sanz – Diez de Vizurum Lluch, Marina. (2009). *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnos.
- Satzger, Helmut. (2012). «Modelos de participación en el Derecho Penal Internacional». *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Internacional*. Santa Fe: Rubinzal.
- Supiot, Alain. (2007). *Homo jurídicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Thea, Federico. (2013). «Artículo 8. Garantías judiciales». En *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: La Ley; Facultad de Derecho de la UBA, Departamento de Publicaciones.
- . (2015). «Garantías Judiciales». *Revista Pensamiento Penal*, resumen 206.

- Von Hirsch, Andrew. (1998). *Enseñar y castigar*. Valladolid: Trotta.
- Welzel, Hanz. (1993). *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2000). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

INTERVENCIONES EN JUICIOS DE LESA HUMANIDAD
DEL DOCTOR GABRIEL EDUARDO CASAS EN
CALIDAD DE JUEZ DE CÁMARA EN TRIBUNALES
ORALES DE LA JUSTICIA FEDERAL

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán

«Vargas Aignasse Guillermo s/secuestro y desaparición», Expte. V - 03/08 (Sentencia dictada el 28/08/08).

«Jefatura de Policía de Tucumán s/secuestros y desapariciones», Expte. J - 29/09 (Sentencia dictada el 08/07/10).

«Romero Niklison, María Alejandra S/ Su denuncia por privación ilegítima de la libertad y otros delitos en perjuicio de María Alejandra Niklison - Acumulados: “Romano, Miguel Armando y otros S/ Infracción Arts. 213 bis C.P.”»; Expte. N° 358/78 y «Meneses, Adolfo Francisco s/ su Pedido”, Expte. N° 1119/00», Expte. R - 30/09 (Sentencia dictada el 23/03/11).

«Aguirre, Emma del Valle s/ su denuncia por privación ilegítima de la libertad y otros delitos», Expte. N° A - 190/11(Sentencia dictada el 23/03/11).

«Aguirre, Liana Cecilia s/su denuncia», Expte. N° A-81/11 (Sentencia dictada el 02/12/11).

«Toledo de Ygel, María Elena s/ su denuncia», Expte. T-99/12 (Sentencia dictada el 12/12/13).

«Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán s/ secuestros y desapariciones (Acumulación Exptes. A - 36/12 y J - 18/12)», Expte.: A-81/12 (Sentencia dictada el 13/12/13).

«De Benedetti, Osvaldo s/ Investigación de su muerte», Expte. D-26/10 (Sentencia dictada el 29/05/14).

«Álvarez Daniel y otros s/ privación ilegal de la libertad personal, damnificado: Fernández Juárez, María Lilia y Herrera Gustavo Enrique y otros (Villa Urquiza)», Expte. 400.133/2005 (Sentencia dictada el 23/12/14).

«Operativo Independencia», Exptes. 401015/04 y 401016/04 y conexas (Sentencia dictada el 15/09/17).

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta

«Causa Fronda», Exptes. 3135/09, 3366/10, 3383/10, 3395/10, 3417/10, 3430/10, 3436/10, 3488/11, 3491/11, 3500/11, 3562/11, 3591/11, 3605/11, 3670/11, 3677/11, 3700/11, 3725/12, 3744/12, 3747/12 (Sentencia dictada el 20/12/13).

«Megacausa Metán», Exptes. 3799/12, 3802/12, 3852/12 y 3921/13 (Sentencia dictada el 11/10/14).

«C/Almirón, Víctor Hugo, Bocos, Víctor Hugo, Cardozo, Enrique Víctor y Levin, Marcos Jacobo s/ privación ilegal de la libertad con abuso de sus funciones y por falta de las formalidades prescriptas por la ley y agravada por haberse cometido con violencia y amenazas y por su permanencia mayor a un mes (art. 144 bis, inc. 1º, en función del art. 142, inc. 1º y 5º del C.P.) y Tormentos agravados por tratarse la víctima de perseguido político (art. 144 ter. primer y segundo párrafo incorporado al Código Penal, texto según ley 14.616) en el grado de autor mediato el primero y co-autores materiales los restantes; privación ilegal de la libertad agravada y tormentos agravados por ser la víctima un perseguido político; todos en perjuicio de Víctor Manuel Cobos», Expediente nro. 4076/14 (FSA 14000695/11) (Sentencia dictada el 28/03/16).

«Causas nros. 3781/12 —73000740/04—, 3873/13 —24000526/11—, 3899/13 —73000113/10—, 4237/14 —24000744/2004—, 4362/15 —24000875/09—, 4373/15 —24000529/11—, 4376/15 —24000810/10—, 4443/16 —14000668/09—» (Sentencia dictada el 27/03/17).

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy

«Marengo, Domingo Horacio s/ Privación Ilegal de la Libertad (art. 144 bis inc. 1), inf. art. 144 ter. 1º párrafo - según ley 14.616 e inf. art. 144 ter. 2º párrafo - según ley 14.616, Querellante: Cordero de Garnica, Eublogia y Otros» (Sentencia dictada el 02/07/15).

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca

«Expte N° 13/11 (N° de origen 809/00) Actuaciones instruidas por supuestas desapariciones y muertes de Francisco Gregorio Ponce; Julio Genaro Burgos; Griselda Del Huerto Ponce y Nelly Yolanda Borda (Expte 261/06)» (Sentencia dictada el 15/06/12).

«Expte. N° 16/12 “Mirtha Clerici y otros s/ solicita medidas procesales (N° 4148/04)”» (Sentencia dictada el 08/10/13).

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Rioja

«Principal en Tribunal Oral T001 - Imputado: “Menéndez Luciano Benjamín y otros s/ Homicidio Agravado p/ el conc. de dos o mas personas, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), allanamiento ilegal, imposición de tortura agravada (art. 144 ter. Inc. 2), abuso deshonesto - mod. Ley 25.087 (sustituido conf. Art. 23 Ley 26.842), violación agravada - Ley 25.087, aborto sin consentimiento de la mujer y asociación ilícita. Querellante: Bofelli de Pascheta, Graciela María y otros» - Mega Causa- Lesa Humanidad- Expte. N° FCB 710018028/2000. (Sentencia dictada el 29/04/16).

ÍNDICE

PRÓLOGO

Los desafíos de juzgar y castigar violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos	9
--	---

TUCUMÁN: SERÁ JUSTICIA

ENSAYO SOBRE LOS JUICIOS POR LESA HUMANIDAD

Humanidad y conciencia pública	21
<i>Genocidaires</i> . Lesa Humanidad, no genocidio	25
Carácter público de los juicios	28
Competencia Federal	29
Autoría y delitos de infracción de deber	31
Institutos específicos: obediencia debida y error de prohibición	35
Error sobre una causa de justificación	37
Funciones y fines de la pena	39
Justicia material	42

Cuestiones constitucionales	45
Atenuación de pena por menor culpabilidad por obediencia debida	46
Otras situaciones reiteradas	49
El Tribunal en las calles	54
Declaraciones testimoniales sensibles	55
Penar solo en caso de lesividad	57
Palabras finales	60
Referencias	61

INTERVENCIONES EN JUICIOS DE LESA HUMANIDAD DEL
DOCTOR GABRIEL EDUARDO CASAS EN CALIDAD DE
JUEZ DE CÁMARA EN TRIBUNALES ORALES DE LA
JUSTICIA FEDERAL

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán	67
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta	68
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy	69
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca	70
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Rioja	70



Se terminó de imprimir en
los talleres de la Imprenta Central
de la Universidad Nacional de Tucumán
marzo de 2018

Director General Imprenta Central UNT
Luis Alfredo Esteban
Av. Presidente Néstor Kirchner 2200
(T4000ACV) San Miguel de Tucumán
Tucumán - República Argentina
Tel.: (+54) 381 4107595
e-mail: luisalfredo.esteban@gmail.com

La presente edición consta de 300 ejemplares

Tucumán será justicia del juez Gabriel Casas expone diversos dilemas referidos a la toma de decisiones críticas en los procesos penales en los que le tocó participar. Son pocos los actores que, con una intervención de relevancia en este campo, han afrontado la difícil tarea de dar cuenta de aspectos cruciales, que deciden la orientación doctrinaria, epistémica y filosófica de sus acciones en la arena de la justicia penal abocada a las causas de lesa humanidad. Este escenario es especialmente sensible por la materia a la que se abocan estos juicios y por su intensa presencia en la agenda política y la discusión pública del país.

A lo largo de este ensayo, el lector tomará conciencia de que el proceso penal involucra un ejercicio reflexivo que supone la revisión exhaustiva de antecedentes jurídicos a escala local y global, la contrastación entre diversas doctrinas y argumentos así como la incorporación crítica de contribuciones provenientes de diversos campos disciplinarios. Ello se manifiesta desde la decisión que involucra establecer el encuadre de los delitos objeto del debate judicial.

Este ensayo constituye un aporte al conocimiento de la elaboración de justicia de un pasado que no pasa porque, por su dimensión y gravedad, nos sigue interpelando como sociedad. Por ello, sus reflexiones alimentarán nuevos debates.

Emilio Crenzel



ISBN 978-987-1881-79-6



9 789871 881796