

## **El rol del Derecho en los juicios por crímenes de Estado**

**Paula Cesnovar<sup>1</sup>**  
**Josefina Bergues<sup>2</sup>**

### **Resumen**

En la presente ponencia se buscará conocer los diversos modos de calificación jurídica del último genocidio Argentino, y con la idea de aportar a su estudio, se profundizará en las fundamentaciones para no aplicar la Convención del 48', en los argumentos para sí aplicarla, como en aquellos casos en los cuales no se aplica el tipo legal, pero se realiza un reconocimiento histórico del mismo.

El eje de dicha indagación estará estructurado a los efectos de poder comprender que los modos de nombramiento de los hechos, lejos de ser ajenos a los sucesos más contemporáneos, constituyen el piso simbólico sobre el cual se construye la memoria colectiva, y por lo tanto las representaciones sobre las cuales luego se desprenden las acciones colectivas como las personales.

La idea es aportar una mirada crítica a la postura que entiende al derecho como una ciencia objetiva y neutra, haciendo hincapié en el alto poder transformador que este tiene sobre la realidad. En consecuencia, el poder judicial debe realizar su tarea conforme a la importancia histórico social que sus pronunciamientos tienen, en tanto y en cuanto, afectan colectivos simbólicos y modos de hacer tanto grupales como personales.

---

<sup>1</sup> Equipo de Asistencia a las Querellas, Facultad de Ciencias Sociales, UBA Centro de Estudios sobre Genocidio, UNTREF.

<sup>2</sup> Equipo de Asistencia a las Querellas, Facultad de Ciencias Sociales, UBA Centro de Estudios sobre Genocidio, UNTREF.

*“Por cada uno que tocamos, mil paralizados de miedo.  
Nosotros actuamos por irradiación.”  
Eduardo Pavlovsky*

**Paula Cesnovar  
Josefina Bergues**

## **El rol del Derecho en los juicios por crímenes de Estado**

Nuestra participación en este seminario, tan importante por cierto para comprender las distintas complejidades de la búsqueda de justicia, es en clave de continuar profundizando la crítica y producir nuevos anclajes y perspectivas en los juicios que se vienen llevando a cabo en la Argentina contra los perpetradores del último genocidio. Es necesario continuar con los debates en torno a las diferentes cuestiones que un proceso tan aberrante como el sucedido merece, y de hecho, este espacio lo confirma.

Abordaremos en primer lugar el tema de cómo han sido calificados jurídicamente los hechos en tanto es de suma relevancia para el devenir ético del grupo nacional, en la medida en que favorecerá que cada sujeto pueda tomar consciencia de lo ocurrido, produciendo efectos en las representaciones que la persona se forme, y a partir de allí de las acciones que en el presente desplegara en relación a ellas. En segundo lugar, se analizarán las ventajas que traería la implementación del juicio por jurados para aquellos procesos que juzgan los delitos cometidos en la última dictadura argentina, sobre todo en relación con el rol de la víctima en este tipo de procesos.

*Los modos de calificar los crímenes cometidos por el estado Argentino y su repercusión en la construcción de la memoria colectiva.*

En la presente exposición la ética y el derecho serán centrales en el análisis. El derecho es una de las herramientas principales que tienen los humanos para regular y dar curso a sus acciones, por tanto, no es posible su concepción como una ciencia neutra ni objetiva. Es la manifestación jurídica de los valores sociales, y que como tal, se encuentra imbuida de determinada concepción ética [o su ausencia], lo que conlleva su mutación en el tiempo y en el espacio que se manifiesta conforme al curso que los humanos le den.

Así, cuando el derecho es objetivado, esto es, cuando se lo concibe como una ciencia desprendida de la ética y los valores humanos, tal y como lo hace el positivismo genera, nos diría Levinas, violencia. Esto porque desde dicho punto de partida el derecho pasa a ser el fin y lo humano el medio, y produce la cosificación del Otro, transforma a éste en objeto de conocimiento. El derecho como sustento de la producción jurídica debe buscar el bienestar y el resguardo de lo humano, y así concebido es la manifestación normativa de la responsabilidad ética de uno para con el Otro.

La ética, que atraviesa todo nuestro devenir, nos permite actuar conforme a la responsabilidad que implica existir para otros. Esto acarrea la necesidad como obligación de tomar consciencia de lo que generan nuestros pronunciamientos y acciones. En este caso, los pronunciamientos y acciones estatales tienen un efecto mucho mayor sobre la población, ya que el derecho produce consecuencias inmediatas en todo aquel que se encuentre bajo su alcance.

Es por ello, que los poderes del Estado deben reconsiderar la forma y mecanismos por los cuales se imparten decisiones jurídicas, ya que conllevan formas de construcción colectiva que superan al derecho, y que van moldeando las particularidades históricas de cada momento social. El derecho como herramienta de los pueblos por medio del cual se debe buscar una mejor y digna existencia [convivencia] no puede plantearse en términos neutrales.

En lo que hace a los juzgamientos de los crímenes de estado, aunque es extensible a todos los procesos judiciales, se hace necesario visibilizar, siguiendo a Feierstein, que como todo ser humano los jueces también se encuentran imbuidos en niveles de comprensión de la capacidad de juzgar. Ésta capacidad remite a tres significados: valoración, relaciones entre conjunto de ideas y deliberación acerca de la culpabilidad (Feierstein 2015:24). Así, la facultad de juzgar conlleva a tomar posicionamiento personal ético, aunque se niegue.

Es la propuesta de Feierstein muy prometedora en estos términos, y que se pone en escena a partir de lo que denomina *iusconstructivismo*. Este concepto postula que sólo tendrá validez sustancial la norma cuando ésta "responda a un proceso de creciente autonomización del juicio, basado en el dialogo entre pares, la reciprocidad entre ellos y la búsqueda de una creciente igualdad y equidad en las relaciones sociales [...] (así) toda norma que vulnere o busque hacer retroceder los niveles de autonomía, igualdad o equidad alcanzados por la humanidad carecería de validez sustancial [...] restituyendo una valoración ético-moral en tanto principio último de justificación de la norma y estableciendo condiciones que permitan objetivar dicha valoración, para no dejarla sometida ni al subjetivismo iusnaturalista ni al escepticismo relativista" (2015:43 y ss.).

El efecto que genera separar tajantemente el derecho de la moral, o la verdad de la verdad judicial, es una confiscación de la facultad de juzgar, en tanto que no permite que esta se despliegue en su totalidad, reduciéndola a uno de sus niveles, la subsunción formal. En relación a esto, no está de más recordar que fue el presupuesto básico del genocidio moderno, junto a la neutralidad valorativa (Feierstein 2015:73). Así, uno de los grandes aportes del *iusconstructivismo* es que permite hacer explícitos los fundamentos éticos, y por lo tanto la responsabilidad ante las propias acciones.

De esta manera "la propuesta implica asumir que los jueces aplican su criterio moral y que su acción se ve atravesada por infinidad de variables que en modo alguno ilegitiman sus resultados ni afectan su vocación de objetividad" (Feierstein 2015:227), y será el reconocimiento de la existencia del genocidio lo que no permita -consciente o inconscientemente- a los operadores jurídicos que su capacidad de juzgar se escinda de su humanidad, de su responsabilidad, generando efectos en los modos de comprensión del pasado analizado [representaciones] e influyendo de manera determinante esta situación en su capacidad de juzgar.

Los diversos modos de calificar los crímenes de Estado aquí analizados implican subjetivamente posicionamientos distantes, pero socialmente también tienen efectos discordantes. No implica lo mismo en cuanto a sus efectos sociales de construcción de memoria colectiva nombrar los hechos como delitos de lesa humanidad o como genocidio. Éste último permite visibilizar el crimen estatal en su totalidad y sus efectos degradantes al grupo nacional, en tanto que el primero pone de manifiesto un crimen del estado contra muchos ciudadanos, y difumina lo verdaderamente ocurrido, al no permitir concebir los tremendos efectos que tiene hasta el presente.

No solo en el derecho, mediante la calificación jurídica, se denomina a los hechos ocurridos de determinada manera, pero a pesar de ello, éste es el único discurso que posee performatividad, esto es, que tiene capacidad de modificar la realidad a partir de su pronunciamiento. Rita Segato resalta la capacidad del derecho de dar estatus de realidad, esto es que, por su sola nominación instituye existencia (Thus 2012:74). De esta manera, los discursos sociales en torno a la denominación de lo ocurrido estará prefigurado por lo que el derecho entiende que sucedió, y de ahí la importancia que destaca Feierstein de los procesos penales en cuanto son los encargados de transmitir mediante la sentencia el mensaje a la sociedad toda.

Las diferentes representaciones que acarrear los diversos modos de calificación jurídica y los distintos efectos en la construcción de la memoria colectiva se basan sobre todo en que "la diferencia con los crímenes de lesa humanidad a secas es que en el genocidio se propone la destrucción de un grupo, y no sólo los individuos que conforman a un 'grupo' [...] (y) la principal diferencia [...] es la condición de las víctimas: indiscriminadas (en los delitos de lesa humanidad), discriminadas (en el genocidio)" (Ferreira 2012:86), y "siendo el derecho un aporte elemental a la elaboración intersubjetiva de la experiencia traumática del terror genocida" (Juicios:253) resulta imperioso que los operadores jurídicos tomen consciencia de la tarea que tienen en sus manos, ya que es en la escena jurídica donde se producen las diversas verdades y representaciones que luego marcarán la configuración de los marcos sociales de la memoria, sobre los que luego operará la facultad del juicio.

En primer lugar se analizarán dos causas, una que no reconoce el genocidio, la otra que lo reconoce sólo en términos históricos sociales.

La causa 1964 "Lopez" del TOF 5 de la Capital Federal, en la que se dictó sentencia el 1 de febrero del año 2016, resulta ilustrativa del retroceso en materia de comprensión de los crímenes sucedidos, ya que vuelven a centrarse solamente en el delito de lesa humanidad, que entre otras cosas implica entender que sólo hubo violaciones a los derechos de los ciudadanos (Feierstein 2015:145). Los jueces entienden que "aun cuando el hecho objeto de esta causa se haya juzgado en forma aislada, por una cuestión temporal y sustancial, igualmente corresponde ubicarlo dentro del contexto del plan sistemático de represión ilegal al cual venimos haciendo alusión en este apartado y existen sobradas pautas en la doctrina de la materia y en la jurisprudencia actual para sustentar su naturaleza de delito de lesa humanidad"(pp.88).

Los jueces no realizan ningún tipo de análisis para dilucidar si lo que ocurrió fue un genocidio, por lo que es semejante a las primeras sentencias pronunciadas. En esas primeras sentencias aún no se había introducido la postura que entiende que lo que sucedió fue un genocidio, discusión que se inició recién en el año 2006 por parte de la querrela Justicia ya! (Tela de Juicio 2015:31). Hasta ese momento solo se tenía como precedente jurídico pronunciamientos que entendían que lo que ocurrió fueron delitos de lesa humanidad, tal y como lo habían establecido los fallos de la Corte Suprema, siendo estos los que permitieron la apertura de los juicios con "Simon" (2005) y "Arancibia Clavel" (2004), precedentes que se toman en cuenta en la causa Lopez para entender los hechos en el marco del delito de lesa humanidad.

Resulta paradójico sobre todo que los jueces digan que a pesar de ser un juzgamiento aislado igual se catalogan como delitos de lesa humanidad. Es lamentable y muy preocupante que además de todo por lo que la sociedad argentina atraviesa producto del terror genocida, deba pagar las consecuencias de la impunidad porque el sistema de juzgamiento no fue pensado para tales crímenes, lo que implica necesariamente que no fue puesto en práctica. Parecería que los jueces quieren dejar entrever que hay que agradecerle por cumplir su función, como si la misma fuere una cuestión de facultad y no de obligación.

Dicha operatoria nos confirma la importancia en la elaboración de las representaciones y en el modo de juzgar que tiene el derecho, y lo difícil que resulta a los jueces la empatía con lo sucedido, lo que confirma las palabras de Feierstein, al decir que "la aceptación de la existencia o inexistencia de un genocidio podría afectar el juicio moral de los jueces actuantes, produciendo efectos en las formas en que tales jueces comprenden los hechos bajo análisis y, en consecuencia, en la elaboración de sus sentencias"(Juicios:228).

En la causa conocida como "Dupuy", tramitada ante el TOF 1 de La Plata, y cuya sentencia es del 13/10/2010, la carátula ya marca una perspectiva del modo en que se va a llevar adelante el juzgamiento ya que lo que se imputa en principio son delitos comunes, "homicidios y otros".

Uno de los grandes inconvenientes que se manifiesta en esta causa, como en otras, es que si lo que sucedió en Argentina tuvo como objetivo la reconfiguración de los lazos sociales, el análisis de la adecuación típica no puede limitarse a estudiar las acciones producidas sólo en los hechos bajo análisis de la causas. Esto porque lo producido por las acciones llevadas a cabo por el Estado [y aliados] no engendran solamente el daño a la persona torturada o perseguida, sino el que el mismo de diversas maneras se extiende a todas las personas del grupo nacional que fueron también víctimas del delito de genocidio.

Dicha afirmación nace de las dimensiones que tales crímenes tienen y de la particularidad del victimario, ya que si bien un delito común puede llegar a tener repercusión y afectar a otras personas por fuera de la materialidad concreta del daño que se analiza en la causa, este nunca podrá afectar imaginarios colectivos en tanto delito en sí, y tampoco son perpetrados por el estado, por lo cual, no son comparables para su análisis.

Marcar la dimensión del daño es una cuestión que debe realizarse no solo en razón de la adecuación de los tipos penales llevados a cabo en el marco del genocidio, sino también en los que estos significan en el marco global de los mismos. Un homicidio con alevosía, como dicen los jueces en la sentencia referenciada, puede ser un delito común y tendrá determinadas particularidades y efectos, en cambio la misma acción en el

marco de un plan sistemático de eliminación de grupos por parte del Estado tiene otros muy diferente, y que por tanto no puede dejarse de lado en la magnitud y generalización en el que es perpetrado.

Y no se trata sólo de darle relevancia a esos hechos concretos, sino de entender que los mismos generan una afectación que no se va a vislumbrar con simple análisis de los actos llevados a las causas en proceso de juzgamiento. De allí la imperiosa necesidad de superar la comprensión individual de la diversidad de causas en curso en Argentina, de avanzar en el estudio de doctrina, pero fundamentalmente en la implementación de esa mirada en la jurisprudencia, ya que será a partir de la importancia que lo otorgue el derecho, como decíamos antes, la que posibilitará una comprensión más acabada y profunda de los crímenes cometidos, y por tanto la que permitirá generar nuevas representaciones sociales de lo ocurrido.

Los jueces de la causa Dupuy entienden que lo sucedido se enmarca dentro del concepto de "grupo nacional" tal como es definido en la Convención, y que "todo lo señalado surge irrefutable que no estamos como se anticipara ante una mera sucesión de delitos sino ante algo significativamente mayor que corresponde denominar "genocidio"" (pp.541).

De esta manera se condena por la comisión de delitos de lesa humanidad en el marco de un genocidio, pero ninguna apreciación se realiza respecto a lo que verdaderamente significa la comisión de estos crímenes [de hecho de las 600 páginas de los fundamentos sólo 15 se le dedica a analizar crimen de genocidio y el delito de lesa humanidad] y es casi nula la conexión que realiza con los delitos que se juzgan, siendo lo palmario de esto que en la parte de determinación de la pena, se nombra los delitos particulares llevados a cabo. Falta aquí la correspondencia ética y lo que surge es una reproducción de manera inacabada y alejada de algunos de los fundamentos que se vienen esgrimiendo en muchas sentencias.

A diciembre de 2014 de las 32 sentencias que receptaron la figura de genocidio, 22 lo reconocen de manera histórica social, y 10 condenan por ese crimen (Tela de juicio 2015:26). Del total de las 134 sentencias a esa misma fecha, 102 califican como delitos de lesa humanidad (Silveyra 2016:31). En 2012 y 2013 fueron los años en los cuales hubo mayor aumento de reconocimiento del crimen de genocidio, y puede pensarse junto a Feierstein que "las razones para impedir la calificación como genocidio ha comenzado a resquebrajarse" (2015:232).

Ha ocurrido que a pesar de los pedidos de las querellas a condenar por genocidio muchos tribunales simplemente no responden (Silveyra 2016:32) como por ejemplo la causa "Simón" del TOF 5 de la CABA sentencia del 04/08/2006, del mismo tribunal de la causa "López" antes analizada. Por otro lado, se han esgrimido diferentes argumentos para no hacerlo, como el principio de legalidad, la falta de tipificación en el derecho interno o la falta de tipificación de los grupos políticos en la Convención.

En relación a la tipicidad podemos ver como en la Causa Reinhold 2008 del TOF de Neuquén, los jueces entienden que el alcance que las normas de la Convención dan a la enumeración de los grupos protegidos hace que extenderla más allá, por más necesario que parezca para castigar actos de barbarie, sea utilizar la analogía "In malam parte"(pp. 659). Para los jueces el grupo identificado como víctima no lo es en tanto grupo nacional, sino como sub-grupo de éste, y cuyo criterio de cohesión es el dato de oponerse a las directivas del criminal. El grupo victimizado ya no queda definido por su nacionalidad sino por su oposición al régimen.

Esta interpretación introduce y legitima el discurso genocida al eliminar al grupo perseguido de la nacionalidad a la que pertenece, y declara abiertamente que no pueden ser juzgados los hechos como genocidio, avalando su negación como grupo a la existencia, en tanto fueron perseguidos por su oposición a los criminales. Este fallo muestra palmariamente como las posturas personales éticas de los juzgadores repercuten en su análisis y fundamentos esgrimidos en los fallos.

En la mega causa ESMA II del 2011, el TOF 5 entendió que no se puede aplicar la figura de genocidio por no estar comprendidos los grupos políticos. Los jueces le recomiendan al Estado Argentino intervenir para producir la corrección en la Convención a los efectos de que se incluyan los grupos políticos, para lo cual ordena enviar oficio a la CSJN (pp.1897). Aquí se observa como la valoración ética de lo pronunciado influye no en la calificación jurídica sino en la necesidad de que al menos más adelante ocurra.

En relación al principio de Congruencia la Causa Guillamondegui del 2011, el TOF 1 de CABA dice que se viola el principio de congruencia, y por tanto el derecho a la defensa en juicio si se modifica la calificación

jurídica. Ello a pesar de que el Dr. Yazón solicitó la elevación a juicio en iguales términos que en el debate acusó a los imputados. Los jueces entienden que no se trata solo de un cambio en la calificación legal, sino que modifica la plataforma fáctica. En sentido opuesto, la Causa Vargas del 2014 TOF Jujuy, entiende que los cambios en la calificación jurídica en los requerimientos no infringen el principio de congruencia porque la plataforma fáctica por la que fueron indagados y procesados los imputados coincide con lo explicitado en el requerimiento de elevación a juicio. El requisito de indagar por el delito de genocidio no es necesario ya que la imputación se hizo sobre la sumatoria de delitos particulares, que en su conjunto pueden calificar como delito de genocidio o de lesa humanidad.

Los jueces desde su función, como bien nos dice Ferrajoli, en relación a la verdad jurídica y a la verdad opinable de las premisas normativas, pueden realizar múltiples interpretaciones. Esto quiere decir que es el juez quien tiene el poder de elegir la que considera más apropiada mediante una decisión discrecional (Feierstein 2015:130). Las decisiones que realizan los magistrados al momento de fallar -en todas, pero en este caso respecto de- si hubo o no genocidio en la argentina, más allá del fundamento jurídico que se brinde, resulta una decisión por sobre todo política, y en consecuencia opinable.

Por otro lado, no ha sido debatido el hecho de que aún en las sentencias que se califica como genocidio, y más allá de que se haga alusión al grupo nacional como el afectado, al momento de fallar sólo tienen en cuenta las víctimas de los hechos concretos materia de debate. Como lo plantea Feierstein, es el concepto de grupo nacional de la Convención la que "permite abordar una dimensión oculta pero fundamental de la violencia masiva estatal como es la de producir transformaciones identitarias a través del terror infundido *en el conjunto de la población nacional*" (2015:154). De esta manera, continua el autor "se logra involucrar en la afectación a la población argentina *como tal*, ya no en tanto individuos sino en tanto miembros de una colectividad, la cual se encuentra afectada por el aniquilamiento y el terror implementados [...] la idea de que lo que se buscó destruir fue al "propio" grupo permite sentir la ausencia del otro como ausencia de una parte de sí (de mí, de nosotros) y desalinearse la separación entre víctimas directas y sociedad" (2015:154).

En la Casua Vañek del 2015 del TOF de La Plata se condena por del delito internacional de genocidio. Algunos fundamentos muy interesantes de la sentencia alegan que mediante la dictadura se impuso la muerte y destrucción y se buscó implementar su programa ideológico, político, económico y cultural (pp. 576), esto es, "instalar un clima de terror y de disciplinamiento social (que tuvo como objetivo) la aplicación contemporánea y posterior de políticas socio económicas de desigualdad, transferencia de recursos y modificación sustancial del reparto de ingresos entre los diversos sectores sociales" (pp.299). Aquí ya podemos apreciar que el crimen no puede reducirse a los daños de los cuerpos concretos hostigados, torturados, desaparecidos.

Muy acertadamente continúan los jueces diciendo que el genocidio desarticuló "las instituciones de pertenencia de los sectores del trabajo (...) y tuvo como objetivo el diseño de una nueva sociedad en las que sectores enteros quedaron indefensos y disgregados frente a la concentración del poder económico" (pp. 299).

Declaran que aún hoy se observan las consecuencias en el entorno social, lo cual lo denominan, siguiendo a Sousa Santos, fascismo social, que tiene su raíz en el "surgimiento de relaciones sociales que generan desigualdades tan acentuadas entre los ciudadanos o los grupos sociales, que poco valen las salvaguardias de la democracia para defender a los ciudadanos o grupos oprimidos en el seno de esas relaciones. Estos ciudadanos o grupos viven bajo microdictaduras en su cotidianeidad y en las relaciones sociales, pese a que en el plano político sean ciudadanos libres e iguales en el ejercicio formal (pero no real) de los derechos democráticos" (pp. 299).

Para estos jueces lo que se buscó mediante la represión fue disciplinar a la sociedad, y sobre todo a aquellos grupos más dinámicos y contestatarios, por lo que "no fue el resultado de un plan irracional y sin sentido" (sino que) tuvo un objeto claro, que fue la reformulación de la estructura social argentina y hubo sectores económicos y sociales, que no sólo se vieron beneficiados, sino que incentivaron, sostuvieron y aprovecharon del accionar genocida" (pp. 300).

En esta causa, que tiene un análisis por demás trascendente de lo que significa en la totalidad del grupo nacional la perpetración de un crimen como el genocidio, no termina de incorporar todas las dimensiones desarrolladas cuando condena. Como lo sostuvo el creador del vocablo "genocidio", Raphael Lemkin, este

crimen implica por un lado la destrucción del patrón nacional del grupo oprimido, y por otro la imposición del patrón del grupo opresor (Ferreira 2012:96).

Este crimen es un delito complejo que por un lado implica la comisión de actos previstos en el art. 2 de la Convención, pero por el otro, engendra otros cursos de acción que tienen efectos sobre la totalidad del grupo víctima. Dichos daños materiales y simbólicos que se producen en el momento de la perpetración y posteriormente, si bien no son directamente manipulables por los victimarios, si forman parte de la intencionalidad, y son a su vez un requisito formal del tipo.

Será en la calificación jurídica del fallo (pp.430) donde los jueces incorporan el análisis del genocidio para decir que hay coautoría de los imputados. Sin embargo entienden que "en el marco del genocidio perpetrado se ha privado ilegítimamente de la libertad, aplicado tormentos, cometido homicidios y se ha desaparecido forzosamente a personas".

Es en el análisis de la intervención delictiva en donde surge un claro límite para poder adjudicar los daños concretos del genocidio, sus tremendos efectos sociales disgregantes. Esto ya que al tener que seguir una teoría del delito que fue pensada para los delitos tradicionales y no para delitos cometidos por el propio aparato estatal, surgen las profundas restricciones en cuanto a las conductas que son atribuidas, ya que sólo es posible mediante esta teoría un análisis de los hechos llevados a juicio, y que sólo se configuran en realidad los medios para perpetrar el genocidio, dejando por fuera el resto de hechos que configuraron la intención.

De esta manera se condena por el "delito internacional de genocidio, como parte del plan criminal cometido por todos ellos, (pero en definitiva, se termina condenando sólo) por su participación en diferentes grados, en la comisión de delitos tipificados en el derecho interno" (pp.479), y que surge más claramente del desarrollo de la atribución de responsabilidad penal que los jueces hacen de cada imputado (pp.400 y ss.).

En el apartado correspondiente a la mensuración de la pena (pp. 486 y ss.), los jueces en su análisis van más allá de los daños concretos de las víctimas de los hechos llevados a la causa, e incorporan los daños que esas materialidades generaron. De todas formas, los análisis jurídicos que se realizan de los hechos, aún cuando se lo encuadre en el concepto de genocidio, no llegan a abarcar la profundidad y actualidad de los graves efectos que a nivel de lazos sociales tuvo y tienen en el grupo nacional.

### *Juicios por jurados y el crimen de genocidio*

En primer lugar, la Constitución Nacional establece en su art. 118 que "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados...", en su art. 24: "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados" y en el art.75 inc.12: "Dictar [...] leyes generales para toda la Nación (y toda la normativa) [...] que requiera el establecimiento del juicio por jurados" .

"(...) la ley fundamental ha adherido a un modelo concreto de enjuiciamiento penal, que permite a los jurados, representantes populares, conocer, controlar y valorar la prueba que decide el caso, y, por la otra, como consecuencia necesaria, que estos representantes del pueblo de la República estén presentes durante el juicio (procedimiento definitivo)" (Maier 2002:775).

A fin que se entienda con más precisión las palabras de Maier, actualmente existen dos formas de participación popular por medio de jurados en el cual participan los ciudadanos.

En primer lugar, encontramos el conocido como jurado clásico o anglosajón. El tribunal se conforma en su totalidad por personas ajenas al derecho, elegidas para el caso en particular. Ellos serán quienes decidan sobre las cuestiones de hecho referentes al caso; mientras que el juez será quien dé la clasificación jurídica del hecho, es decir, reglará sobre la cuestión de derecho y cuantificará la pena.

Por otro lado, existe el jurado escabinado. En este modelo, los ciudadanos no profesionales, denominados "legos", deciden junto a cierto número de jueces profesionales sobre las cuestiones de hecho y derecho. La principal diferencia con el otro modelo de jurados radica en que los jueces profesionales y los ciudadanos

elaboran conjuntamente la sentencia del proceso, por lo que emiten decisión sobre la culpabilidad y la pena a aplicarse.

En la actualidad, solo en cuatro provincias se aplica el juicio por jurados: Córdoba, Río Negro, Buenos Aires y Neuquén.

Hendler define a las garantías como las “prerrogativas que se ejercen frente al Estado para asegurar el goce de los derechos subjetivos los que, a su vez, se diferencian de las garantías en que son oponibles no sólo frente al Estado sino también *Erga Omnes*” (2006:53-55).

Tomando en cuenta entonces que las nuevas implementaciones de modelos que se están llevando a cabo son todos del tipo clásico, podemos considerar que la legislación actual toma este modelo como el exigido por nuestra Carta Magna.

Los principales fundamentos por los cuales nuestra Constitución solicita la existencia de juicios por jurados son dos: el derecho del acusado de ser juzgado por sus propios conciudadanos y la descentralización del poder coactivo del Estado (Maier 1996:777 y ss.).

Esto resulta por demás relevante tomando en cuenta que el poder judicial en nuestro país es el menos democrático, lo cual produce una socavación de la soberanía popular, fuente de legitimación de las repúblicas democráticas (CAVALLERO y HENDLER 1988:85). Con la participación de la ciudadanía en los procesos penales, se garantiza el buen funcionamiento de la justicia.

De esta manera, “(...) la participación popular disipa el riesgo burocratizador en un doble sentido. En primer lugar, porque la función de jurados es una esporádica actividad en la vida del ciudadano, que no ofrece oportunidad de convertirse en hábito, lo que garantiza la actuación del genuino sentimiento penal de la sociedad. En segundo término, porque el juez técnico recibirá de continuo el aporte de ese sentimiento, tendrá a través de los jurados un permanente canal de comunicación con las valoraciones del pueblo, con el aire renovador de la calle, en suma, con la realidad social” (CAVALLERO y HENDLER 1988:91).

El jurista alemán Mittermaier realizó un análisis sobre las garantías políticas que ofrece el juicio por jurados por “sobre el sistema de jueces profesionales:

- I- Los jurados salen del seno del Pueblo. Los jueces, en cambio, son asalariados del Gobierno (garantía de independencia judicial).
- II- Los jurados deciden sin compromisos, ya que son jueces accidentales. Los jueces profesionales, por ser permanentes, fallan a menudo pensando en su ascenso, en lo que dirán sus superiores u otros intereses (garantía de la organización judicial y de independencia frente al caso).
- III- Las partes pueden recusar ampliamente y sin causa a los jurados, más nunca a los jueces (garantía de imparcialidad).
- IV- Los jurados son doce; los jueces son tres o uno solo (garantía de máxima desconcentración del poder punitivo).
- V- Los doce jurados deben alcanzar un veredicto unánime. Bastan en cambio dos votos de los jueces para encerrar de por vida a una persona (garantía de la deliberación).
- VI- Los jurados juzgan sólo el hecho y la culpabilidad. Los jueces concentran toda la decisión (hechos, culpabilidad, derecho y pena).
- VII- El veredicto absolutorio del jurado es irrecurrible. La absolución del juez profesional, en cambio, es impugnabile sin límite por el acusador (recurso como garantía y *ne bis in idem*).”( MITTERMAIER 1877: 90 y ss).

Este modelo de jurados permite la desmitificación del derecho, es decir, lo acerca a la totalidad de la ciudadanía y deja de lado ese pensamiento de orden elitista que en muchos casos encierra el poder judicial y la aplicación de las propias leyes. Se logra de este modo, que el proceso y las normas sean comprendidos por el pueblo (BILINSKI, Mariana ).

“En efecto, para la provincia de Córdoba, que adoptó el sistema escabinado (ley 9182), el juzgamiento por jurados resulta obligatorio para los delitos correspondientes al fuero penal económico y para los delitos aberrantes (señalados como graves atentados a la vida); en Neuquén, que sigue el sistema de jurado clásico resulta obligatorio para los delitos contra las personas, la integridad sexual o cualquier otro delito cuyo resultado haya sido muerte o lesiones gravísimas, siempre que el Ministerio Público Fiscal solicite una

pena privativa de libertad superior a los quince años (art. 35 Cód. Proc.Penal); en la provincia de Buenos Aires el tribunal por jurados entiende en el juzgamiento de los delitos cuya pena máxima en abstracto excede de 15 años de prisión y es renunciable por el imputado (art. 22 bis, ley 14.543) y en Río Negro si la pena requerida por el fiscal es mayor a doce años y menor a veinticinco años de prisión el tribunal se integra con siete jurados populares, mientras que si la pena es mayor a veinticinco años, el jurado se integra con doce miembros.” (Curi Antún 2016:29).

“En el caso de los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio se produce una diferencia muy particular al momento de analizar la facultad de juzgar, en tanto se trata de delitos gravísimos cometidos por el propio poder punitivo estatal, con lo que este cobra un doble rol: es el poder que juzga a la vez al poder juzgado. Ello requiere introducir modificaciones fundamentales a las lógicas doctrinarias del derecho penal” (Feierstein 2015:93).

En las diferentes provincias se utiliza esta modalidad de juzgamiento en los delitos más graves del tipo penal, la pregunta que nos surge al respecto es ¿por qué no se utiliza en los juicios de la última dictadura si fueron delitos aberrantes los que se cometieron? Los juicios relacionados a la práctica genocida hoy no poseen un proceso diferente al establecido para el resto de los delitos, los jueces que llevan a cabo el juzgamiento son los mismos que tienen una sobrecarga de causas o que incluso pudieron estar relacionados con aquella época oscura de la Argentina.

Tal como establece Feierstein, no deja ser el propio Estado juzgándose a sí mismo, el Poder Judicial juzgando al Ejecutivo a través de los individuos que fueron parte del golpe de Estado. Si bien fue una victoria de los últimos años el llevar a juicio a los integrantes de la ruptura democrática de los años setenta, estos actuaron en representación de una institución con el monopolio de la fuerza coercitiva.

### *Las garantías en los juicios por crímenes de Estado*

La peculiaridad de estos juzgamientos es que no son los imputados aquellos que poseen la mayor vulnerabilidad y desarraigo sino más bien por el contrario, son las víctimas las que llevan la peor parte. Ellos son los que deben una y otra vez testificar en los múltiples juicios que se están llevando a cabo, los que deben repetidamente someterse al tormento de revivir las torturas y los padecimientos que sufrieron con el fin de lograr una retribución por parte del mismo aparato estatal que los encerró en busca que de una vez hagan justicia por los padecimientos que pasaron. Todo esto, como consecuencia de un proceso poco útil para estos delitos, ya que una misma persona en un relato puede identificar a muchos partícipes de los hechos y por lo tanto, tener que repetir una y otra vez lo que le pasó, yendo incluso si se quiere, contra el principio jurídico de economía procesal.

Uno de los mayores problemas que traen aparejados los crímenes de Estado al momento de ser juzgados es el modo de entender las garantías penales ya que en principio fueron diseñadas para proteger a los individuos del ejercicio del poder del Estado, mientras que en estos casos, el imputado fue parte de esa misma institución (Feierstein 2015:95). Entonces, dado que el acusado es de quien debe protegerse a la víctima-testigo ¿no deberían aplicarse en este caso estas garantías constitucionales con el fin de cuidar también al resto de las partes?

Aquí debe recordarse la desprotección que los individuos sufren, la falta de seguridad y garantías, a tal punto que incluso accediendo a pasar por ello, nadie les asegura el cuidado debido como testigo y víctima. El caso de Jorge Julio López es algo que no puede pasarse por alto, ya que fue desaparecido nuevamente hace diez años cuando salió de su domicilio para ir a escuchar la lectura de los alegatos contra Miguel Etcheolatz, quien lo había detenido en 1976, y aún se desconoce que ocurrió con él, mientras que el imputado está en camino a lograr prisión domiciliaria.

Es en este punto en el que consideramos que la implementación de un jurado dota de neutralidad a los juicios. Es imposible que un juez esté cargado completamente de imparcialidad, dado que este ha de tomar las leyes aplicables y utilizarlas en pos de un pensamiento ya preformado (Feierstein 2015:131). Sin embargo, el usar a ciudadanos ajenos al ámbito jurídico no solamente permite que haya una mayor amplitud de debate en el juicio mismo sino en la sociedad como conjunto.

“Es que dado el carácter eminentemente político que reviste el pedido de condena para estos crímenes se debe establecer claramente un distingo entre su persecución criminal y la publicidad política que el poder ejecutivo haga de estos procesos, sino que, en su mayor parte, estos casos ya fueron tratados por otros jueces con anterioridad y con vigencia de otras leyes. Con más razón, al tratarse de delitos que conmueven a la sociedad entera, se genera la obligación de involucrar al pueblo, no ya como mero espectador sino como juzgador, a través del sistema de jurados.” (Rohde pp. 4)

El incluir a la población en un proceso de derechos humanos implica un acercamiento de estos como afectados. Por otro lado, evitaría una revictimización constante por parte de quienes se presentan a contribuir como oradores probatorios. Si bien los jueces son parte del grupo nacional afectado, el mismo rol estatal produce una lejanía para con aquellos que también conforman el proceso. El sentirse escuchado por un par, por alguien que ha sido tan afectado como aquel otorga un halo de confianza y seguridad para el que se presenta, reviste al proceso de un sentimiento de imparcialidad.

### *Conclusión*

A partir de lo analizado anteriormente, entendemos que existen hoy en día graves consecuencias en los lazos sociales del grupo nacional producidos por el genocidio perpetrado por la última dictadura.

Creemos que será a partir de incorporar en los juicios todos los daños efectivamente emanados por el genocidio que se logrará una verdadera recuperación identitaria del grupo nacional.

En este sentido, serán los juicios por jurados un factor clave para lograr este fin, ya que favorece la empatía y responsabilidad del grupo afectado en el juzgamiento de sus victimarios.

## Bibliografía

BILINSKI, Mariana, Cada vez más cerca de la implementación del sistema de enjuiciamiento penal con jurados, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina34745.pdf>

BUTLER, Judith, Dar cuenta de sí mismo, violencia ética y responsabilidad, Amorrortu, Buenos Aires, 2012.

CAVALLERO, Ricardo- HENDLER, Edmundo S., “Justicia y participación: El juicio por jurados en materia penal”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988.

CURI ANTÚN, Camilo, Juicio por jurados al genocidio argentino, Revista “Derecho Penal y Criminología”, Argentina, 2016. Se puede obtener en: <https://es.scribd.com/doc/315806567/Camilo-Curi-Antun-Juicio-Par-Jurados-Al-Genocidio-Argentino>

EQUIPO DE ASISTENCIA SOCIOLÓGICA A LAS QUERELLAS, Revista Tela de Juicio, debates en torno a las prácticas sociales genocidas, La Minga, octubre de 2015.

FEIERSTEIN, Daniel, El genocidio como práctica social, entre el nazismo y la experiencia argentina, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

\_\_\_\_\_ Memorias y representaciones, sobre la elaboración del genocidio, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2012.

\_\_\_\_\_ Juicios, sobre la elaboración del genocidio II, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015.

FERRERIRA, Marcelo, El genocidio y su caracterización como "eliminación parcial de grupo nacional", Revista de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, septiembre de 2012.

HENDLER, Edmundo S., El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

LEVINAS, Emmanuel, Totalidad e infinito, ensayo sobre la exterioridad, Sígueme, Salamanca, 2006.

MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal, TI Fundamentos, Del Puerto, Buenos Aires, 2002.

MITTERMAIER, Carl, Tratado de la prueba en materia criminal o Exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia e Inglaterra, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, en HARFUCH, Andrés, Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico, en línea: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/05/doctrina36151.pdf>

NINO, Carlos, Ocho lecciones sobre ética y derecho, para pensar la democracia, Siglo veintiuno, 2013.

\_\_\_\_\_ Derecho, moral y política, una revisión de la teoría general del Derecho, Siglo veintiuno, 2014.

LOZADA, Martín, El crimen de genocidio, un análisis en ocasión de su 50º aniversario, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, Año 5, editorial Ad-Hoc srl, 1999, Buenos Aires.

REZSES, Eduardo (comp), Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en la Argentina, Secretaría de Derechos Humanos, La plata, 2007.

ROHDE, Jorge Juan Alejandro, El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad por jurados populares, Revista Proceso Penal, disponible en: <http://www.revistaprocesopenal.com.ar/El%20Juzgamiento%20de%20los%20delitos%20de%20lesa%20humanidad%20por%20jurados%20populares.pdf>

THUS, Valeria, Resistencias en torno a la calificación jurídica de genocidio en el caso argentino, Revista de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, septiembre de 2012.

SILVEYRA, Malena, El genocidio argentino y sus representaciones, aportes de los procesos judiciales en la construcción de la memoria colectiva, Revista Crítica Penal y Poder, Buenos Aires, marzo de 2016.