

Genocidio o crímenes de lesa humanidad en el caso argentino. A propósito del fallo de la Cámara Federal de Casación sobre el Juicio “Fuerza de Tareas 5” del TOF 1 de La Plata

Valeria Thus y Daniel Gonzalez Stier***

Resumen

El debate social, político y jurídico sobre la calificación legal de los crímenes cometidos por la dictadura cívico-militar llegó a la Cámara Federal de Casación Penal. El tribunal, por mayoría, decidió que los hechos deben ser calificados como crímenes de lesa humanidad y descartó la calificación de genocidio. En este artículo proponemos un recorrido por los fundamentos de la mayoría y de la disidencia e indagamos sobre los alcances sociales y políticos de la sentencia.

* Doctora en Derecho Penal, Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Especialista en Derecho Penal (UBA). Cursa el posdoctorado en derecho penal en la Facultad de Derecho (UBA); Docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología; integra el Grupo de Estudios Críticos en Política, Derecho y Sociedad (PoDeS)–IIGG-GIOJA; es codirectora del Proyecto DECyT “Negacionismo y Derecho Penal” (2020/2022); coordina el Programa Justicia y Memoria y el seminario “Los/las estudiantes vamos a los Juicios” de la Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil, FDer-UBA; vthus@derecho.uba.ar.

** Abogado y Magíster en Derechos Humanos y Sistemas Penales Internacionales (UBA). Profesor adjunto (i) en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Defensor General adjunto del departamento judicial Quilmes, provincia de Buenos Aires; dgonzalezstier@derecho.uba.ar.

Palabras clave: genocidio, crímenes de Lesa Humanidad, dictadura, justicia transicional, imprescriptibilidad, realización simbólica del genocidio, negacionismo.

Genocide or Crimes Against Humanity in the Argentinian Case. Regarding the Ruling of the Federal Chamber of Criminal Cassation in the Case “Task Force 5”

Abstract

The social, political and legal debate on the legal classification of the crimes committed by the Argentinian dictatorship reached the Federal Chamber of Criminal Cassation. The court ruled, by majority, that the conducted should be classified as crimes against humanity rather than as genocide. In this paper we review the reasoning of the majority and of the minority and analyze the social and political impact of the sentence.

Keywords: Genocide, Crimes Against Humanity, Dictatorship, Transitional Justice, Non-Statutori Limitations, Genocide’s Symbolic Enactment, Denial.

I. Introducción

El 21 de diciembre de 2015, el Tribunal Oral Federal N° 1 de La Plata juzgó el caso conocido como “Fuerza de Tareas 5” y resolvió condenar a Antonio Vañek, a Juan Carlos Herzberg, a Jorge Alberto Errecaborde, a José Casimiro Fernández Carró, a Roberto Eduardo Fernando Guitián, a Carlos José Ramón Schaller, a Luis Rocca y a Eduardo Antonio Meza como coautores del “delito internacional de genocidio”.

Las defensas de los condenados cuestionaron, entre otros planteos, la calificación de los hechos como constitutivos del “delito internacional de genocidio”.

El caso llegó a la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal y, el 11 de julio de 2022, ese tribunal decidió, por mayoría, modificar la calificación legal y establecer que se trató de crímenes de lesa humanidad.

El juez Alejandro Slokar votó por mantener la calificación de genocidio, mientras que los jueces Yacobucci y Mahiques fueron quienes propusieron la calificación de crímenes de lesa humanidad.

En este artículo nos proponemos describir los fundamentos que cada juez integrante del tribunal ha dado para sostener su postura y analizarlos en el contexto del camino de memoria, verdad y justicia que ha recorrido la sociedad argentina desde la restauración democrática de 1983.

Para llegar hasta ese punto formularemos una breve descripción de los momentos históricos vinculados a la construcción de la memoria histórica, social y política de los hechos, y de la evolución jurídica de los tipos penales en juego: genocidio y crímenes de lesa humanidad.

Finalmente propondremos un abordaje de la sentencia por fuera del ámbito estrictamente normativo para ingresar en la dimensión sociológica, es decir, analizaremos cómo aquella repercute sobre el contexto y los debates actuales en torno a la realización simbólica del genocidio.

Para llegar hasta ese punto se ponen en juego dos cuestiones:

¿Puede el derecho ser analizado y escrito como un ámbito ajeno y externo a las ciencias sociales y a la política? ¿Cuáles son las consecuencias de las decisiones jurídicas sobre el entorno social y político?

A. El proceso de juzgamiento de los crímenes de Estado en nuestro país

Durante el régimen militar dictatorial que rigió al Estado argentino entre marzo de 1976 y diciembre de 1983 “... existió una metodología represiva concebida para producir actos y situaciones (... secuenciados en...) *secuestro–desaparición–tortura...*”¹

Desde el final de la última dictadura en la República Argentina, la sociedad ha demostrado en forma constante un deseo mayoritario respecto de las consecuencias de los crímenes que se cometieron en aquel contexto y que se traduce en la fórmula de “memoria, verdad y justicia”. Sin embargo, ese deseo no siempre fue acompañado por los gobiernos que se sucedieron desde entonces.

1. *Nunca más*. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). 8ª edición, 3ª reimpresión. Buenos Aires, Eudeba. 2011, p. 19.

La primera decisión trascendente en el camino de memoria, verdad y justicia fue el resultado de las elecciones presidenciales de 1983. Allí resultó electo Raúl Alfonsín, quien, durante la campaña, había prometido que anularía las pretensiones de amnistía expresadas por el gobierno militar a través del Decreto/Ley 22.924 que el gobierno militar llamó “Ley de Pacificación Nacional”.

Desde ese entonces, el retorno a la democracia implicó la adopción de una serie de medidas destinadas a investigar la verdad de los hechos y a someter a los responsables ante el sistema judicial.

Ejemplo de esas medidas fueron la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas,² la derogación y nulidad absoluta del “decreto de autoamnistía” que el gobierno militar había llamado “Ley de Pacificación Nacional”,³ la sanción y promulgación de la Ley de Defensa de la Democracia⁴ y la promoción de los juicios penales contra los responsables por los crímenes cometidos desde el aparato estatal⁵ y por parte de grupos armados no vinculados al Estado.⁶

Sin embargo, ese impulso inicial por verdad y justicia se resintió entre 1986 y 1987 a partir de la presión ejercida por las fuerzas armadas, con la sanción de las llamadas “leyes de impunidad”.⁷

Esa impunidad terminó de configurarse entre 1989 y 1990 cuando el entonces presidente Carlos Menem indultó a los miembros de las Fuerzas Armadas, de los grupos armados opositores y a quienes se levantaron en armas contra el gobierno democrático del anterior presidente, Raúl Alfonsín.⁸

La impunidad obligó a la intensificación de la militancia de las asociaciones y organizaciones de promoción y defensa de los Derechos Humanos.

2. Decreto Presidencial 187/83.

3. Ley 23.040.

4. Ley 23.077.

5. Decreto Presidencial 158/83.

6. Decreto Presidencial 157/83.

7. Ley 23.492 (Punto Final), promulgada el 24 de diciembre de 1986, y Ley 23.521 (Obediencia Debida), promulgada el 8 de junio de 1987.

8. Decretos 1002/89, 1003/89, 1004/89 y 1005/89, todos del 6 de octubre de 1989; y decretos 2741/90, 2742/90, 2743/90, 2744/90, 2745/90 y 2746/90, todos del 29 de diciembre de 1990.

Así como durante la propia dictadura formularon denuncias de lo que estaba sucediendo en nuestro país –lo que motivó la visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1979–, durante la década de los años 90 acudieron a las instancias internacionales debido a la negación de justicia en el plano nacional.

En efecto, durante esa década cobraron mayor relevancia las movilizaciones populares y los reclamos ante instancias internacionales de promoción y protección de los Derechos Humanos. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre el caso argentino y, con base en lo dispuesto por la Corte I.D.H. en su primer caso contencioso,⁹ concluyó que las leyes y decretos de impunidad son incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese marco, recomendó al gobierno argentino la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar.¹⁰

La recomendación de la Comisión sirvió de base para el impulso de denuncias a nivel nacional. La primera de esas denuncias fue presentada en julio de 1995 por Emilio Mignone, quien “... solicitó a la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y lo Correccional de la Capital Federal (aun ante la imposibilidad de sostener una acusación o de obtener castigo) que investigara los hechos vinculados con la desaparición de su hija. La Cámara accedió a la petición y dispuso una serie de medidas por las cuales solicitaba información a dependencias militares y ordenaba la presentación de militares a brindar testimonio, reconociendo en los hechos el derecho de los familiares a conocer la verdad”.¹¹

9. CtIDH. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.

10. CIDH. Informe 28/92, del 12 de marzo de 1993.

11. E. Andriotti Romanin, “Decir la verdad, hacer justicia: Los Juicios por la Verdad en Argentina”, en *European Review of Latin American and Caribbean Studies*. No. 94 (2013) April, pp. 5-23. Disponible en <https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/3304/8389-14060-1-PB.pdf?sequence=4&isAllowed=y> y consultado el 17 de septiembre de 2022.

Si bien esa denuncia no arrojó resultados favorables, motivó la realización de nuevas denuncias, entre ellas la de Carmen Aguiar de Lapacó, quien solicitaba conocer las condiciones de desaparición de su hija en el marco la investigación de hechos ocurridos en la jurisdicción del I Cuerpo del Ejército (específicamente en el centro de detención conocido como “Club Atlético”).¹² La falta de respuestas llevó el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el rechazo del recurso presentado ante esa instancia habilitó la presentación de una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que finalizó en un acuerdo de solución amistosa en el que el Estado argentino aceptó y garantizó “el derecho a la verdad que consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido con las personas desaparecidas. Es una obligación de medios, no de resultados, que se mantiene en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible”.¹³

El caso dio origen a una nueva forma de “justicia” que, impedida de juzgar a los responsables, buscaba, al menos, investigar la verdad sobre lo ocurrido: los Juicios por la Verdad. El primero de ellos se llevó a cabo a partir del mes de abril de 1998 en la ciudad de La Plata, con el objetivo de conocer “el qué, cómo, cuándo, dónde, [y] por quién de cada violación a los derechos humanos”.¹⁴

La realización de los Juicios por la Verdad fue un avance importante en la lucha por la memoria y la verdad, pero la realización del valor justicia quedaba supeditada a la posibilidad de que los responsables sean efectivamente juzgados.

El siglo XXI trajo nuevos aires y, a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”¹⁵ y la relevancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sistema

12. *Idem*.

13. CIDH. Informe N° 21/00 del 29 de febrero de 2000. *Caso 12.059 Carmen Aguiar de Lapacó v. Argentina*, punto 17.

14. H. Verbitsky, “El camino de la verdad”, en *Revista Puentes*, La Plata, Comisión Provincial por la Memoria, N° 1, agosto de 2000, p. 34. Citado por E. Andriotti Romanin en “Decir la verdad, hacer justicia: Los Juicios por la Verdad en Argentina”, en *European Review of Latin American and Caribbean Studies*. No. 94 (2013), April, pp. 5-23.

15. CtIDH. Sentencia de fondo del 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75. *Barrios Altos Vs. Perú*.

jurídico argentino desde la reforma constitucional de 1994,¹⁶ se hicieron planteos de inconstitucionalidad de las leyes de “obediencia debida” y de “punto final” que comenzaron a tener recepción favorable en el sistema judicial. Además, en el año 2003 el Congreso Nacional declaró la nulidad insanable de esas leyes¹⁷ y le otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.¹⁸

La cuestión de la prescripción de los crímenes cometidos por el gobierno durante la dictadura llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que recurrió a los principios y las fuentes del Derecho Internacional para calificar los hechos como constitutivos de crímenes internacionales y descartar la posibilidad de la prescripción.¹⁹

Más tarde, en el año 2005, también la Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló judicialmente la nulidad de las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”, en el caso “Simón”.²⁰

Por último, en 2007, la Corte Suprema de Justicia se expidió sobre la inconstitucionalidad de los indultos.²¹

La decisión de calificar los hechos como constitutivos de crímenes internacionales (más precisamente como crímenes de lesa humanidad) originó un debate social y político que llegó a los tribunales: ¿es correcta la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad? ¿O se trató de un genocidio?

16. Constitución Nacional, artículo 75.22.

17. Ley 25.779.

18. Ley 25.778.

19. CSJN. Sentencia del 24 de agosto de 2004. *Recurso de hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros.*

20. CSJN. Sentencia del 14 de junio de 2005. S. 1767. XXXVIII. *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768C.*

21. CSJN. Sentencia del 13 de julio de 2007. *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad.*

Esta distinción se reflejó en manifestaciones y discusiones públicas, consignas sociales y políticas y, también, en el ámbito judicial, donde los tribunales se distinguen entre quienes se alinearon con una u otra postura.²²

La parte jurídica del debate llegó recientemente al tribunal penal de mayor jerarquía del país: la Cámara Federal de Casación Penal.

El 21 de diciembre de 2015, el Tribunal Oral Federal N° 1 de La Plata juzgó el caso conocido como “Fuerza de Tareas 5” y resolvió condenar a Antonio Vañek, Juan Carlos Herzberg, Jorge Alberto Errecaborde, José Casimiro Fernández Carró, Roberto Eduardo Fernando Guitián, Carlos José Ramón Schaller, Luis Rocca y Eduardo Antonio Meza como coautores del “delito internacional de genocidio”.

Las defensas de los condenados cuestionaron, entre otros planteos, la calificación de los hechos como constitutivos del “delito internacional de genocidio” y la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal decidió, por mayoría, modificar la calificación legal y establecer que se trató de crímenes de lesa humanidad.

El juez Alejandro Slokar votó por mantener la calificación de genocidio, mientras que los jueces Yacobucci y Mahiques fueron quienes propusieron la calificación de crímenes de lesa humanidad.

II. Genocidio o Crímenes de lesa humanidad

A. Aportes conceptuales

Antes de exponer las cuestiones más relevantes de la resolución sobre la distinción entre el crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad, corresponde efectuar un repaso rápido sobre sus definiciones.

El concepto de “genocidio” fue concebido por Raphaël Lemkin en 1944 a partir de la conjunción de la palabra de origen griego *genos* –raza o tribu– y la del latín *cide* (o su conjugación *caedere*) –muerte–, que podría traducirse como la muerte de una raza o una tribu.

22. D. Feierstein y M. Silveyra, “Genocidio o crímenes de lesa humanidad: el debate jurídico argentino como disputa por el sentido asignado al pasado”, en *Estudios de Derecho*, vol. 77, N° 170, 2020, Universidad de Antioquía. Disponible en <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a01>, consultado el 17 de septiembre de 2022.

Lemkin llegó a su primera definición de genocidio como “... un plan coordinado de diferentes acciones cuyo objetivo es la destrucción de las bases esenciales de la vida de grupos de ciudadanos, con el propósito de aniquilar a los grupos mismos. Los objetivos de un plan semejante serían la desintegración de las instituciones políticas y sociales, de la cultura, del lenguaje, de los sentimientos de patriotismo, de la religión y de la existencia económica de grupos nacionales y la destrucción de la seguridad, la libertad, salud y dignidad personales e incluso de las vidas de los individuos que pertenecen a dichos grupos. El genocidio se dirige contra el grupo nacional como una entidad, y las acciones involucradas se dirigen contra los individuos, no en su capacidad de individuos, sino como miembros del grupo nacional”.²³

Las definiciones de Lemkin, a partir de sus gestiones ante los incipientes sistemas de derecho internacional creados con la fundación de la Organización de las Naciones Unidas, lograron, primero, que la palabra genocidio fuera utilizada en el acta de acusación del juicio de Nuremberg a los jerarcas nazis (aunque no fue utilizada en la sentencia) y, finalmente, un reflejo normativo en la resolución 96 (i) de la Asamblea General que determinó que el genocidio “... es la negación del derecho a la existencia a grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida a seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad a partir de las contribuciones culturales y de otros tipos que representan esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y a los objetivos de las Naciones Unidas. Muchos de estos delitos de genocidio han ocurrido ante la aniquilación, total o parcial, de grupos raciales, religiosos, políticos y otros. La represión del delito de genocidio es un tema de índole internacional. Por ello, la Asamblea General afirma que el genocidio es un delito según el derecho internacional, reprochable para el mundo civilizado y por el cual sus autores y cómplices –ya sean individuos particulares, funcionarios públicos o gobernantes, y ya sea que el delito tenga una fundamentación religiosa, racial, política y otra– son pasibles de sanción”.²⁴

23. R. Lemkin, *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. Caseros, Prometeo Libros, 2009, p. 153.

24. F. Chalk y K. Jonassohn, *Historia y sociología del genocidio. Análisis y estudio de casos*. Traducido por Carla Scotta, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010, p. 31.

Esa definición sirvió de base para lograr la dada en el artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de genocidio, adoptada por la Asamblea General (ONU) el 9 de diciembre de 1948, en la que se decidió que

“Se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Esta última definición del crimen de genocidio permanece inalterable desde entonces y fue replicada en los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, además de reflejarse en el artículo 6 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

De allí se desprende que el genocidio no se configura solamente a través de las conductas criminales detalladas del punto “a” al “e” sino que se define a partir de la intención del autor: cualquiera de esas acciones debe tener por finalidad la destrucción total o parcial de uno de los grupos establecidos.

En síntesis, el elemento relevante es la intención.

Respecto de los crímenes de lesa humanidad, por su parte, nacieron en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, donde se denominaron “crímenes contra la humanidad” y se definieron como “el asesinato, exterminio, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”.

Luego, la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas formuló los “Principios de Derecho Internacional

reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg²⁵ en los que se determinó que los crímenes contra la humanidad son punibles como delitos de derecho internacional y que consisten en “El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él”.²⁶

Posteriormente, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia²⁷ estableció que los crímenes de lesa humanidad consisten en “... (los) crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”.

Al año siguiente, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda²⁸ también modificó los alcances de la definición y excluyó el elemento contextual del conflicto armado al definir a los crímenes de lesa humanidad como “... los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”.

Finalmente, la definición actual de los crímenes de lesa humanidad es la que se desprende del artículo 7 del Estatuto de Roma que previó la creación de la Corte Penal Internacional:²⁹

25. Del 31 de diciembre de 1950.

26. Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. Principio VI.c.

27. Adoptado por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas a través de la Resolución 827, del 25 de mayo de 1993.

28. Adoptado por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas a través de la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994.

29. Firmado el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1º de julio de 2002.

“Se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

En este caso las conductas que pueden configurar un crimen de lesa humanidad son mucho más amplias que las de la definición de genocidio, pero solo podrán ser calificadas como crímenes de lesa humanidad si se ejecutan en el marco del contexto señalado en la primera parte de la definición: un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento de ese ataque. En síntesis, el elemento relevante es el contexto en el que se desarrollan las conductas.

B. La sentencia de la Cámara de Casación

Fijados, entonces, los alcances de las definiciones de cada uno de los crímenes, en los párrafos siguientes se expondrán las cuestiones relevantes del caso sobre la postura de cada uno de los jueces respecto de la distinción entre genocidio y crímenes de lesa humanidad, para facilitar su análisis posterior.

El argumento de las defensas para cuestionar la calificación de los hechos de la acusación como parte del “delito internacional de genocidio” radica en que no se habría probado el dolo específico del tipo penal.

Cabe recordar, a esta altura, que el genocidio se configura por la combinación de alguna de las acciones tipificadas y el dolo especial que consiste en la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

El primero en votar la cuestión fue el juez Alejandro Slokar, quien comenzó afirmando que “los delitos juzgados fueron cometidos en el marco del plan generalizado y sistemático de represión desplegado por el último gobierno de facto y, de esta manera, la comisión múltiple de los hechos punibles en cuestión (torturas, homicidios, privaciones ilegales de la libertad, desapariciones forzadas de personas) aparejan las imprescriptibles e imperativas obligaciones de investigación y sanción” y citó al tribunal de juicio al sostener que “Tales delitos, desplegados con propósitos ideológicos, políticos y económicos, constituyen graves violaciones a los derechos humanos, que tuvieron lugar, esencialmente, en contra de los trabajadores de las empresas situadas en las localidades de Berisso, Ensenada y en la zona de Río Santiago”.

La esencia del debate sobre la calificación legal (independientemente de los planteos de las defensas) radica en la interpretación de la extensión de los grupos identificados como posibles víctimas del delito de genocidio: nacional, étnico, racial o religioso.

La calificación de los hechos criminales cometidos por la dictadura como un genocidio encuentra fundamento en la intención de destruir (al menos parcialmente) a un grupo nacional argentino, mientras que quienes rechazan esa postura afirman que el grupo atacado debe identificarse como un grupo político que había sido expresamente excluido de la definición que prevé la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de genocidio, de 1948.

Slokar efectuó un repaso sobre el origen y la interpretación histórica de la palabra “genocidio” y señaló que los crímenes de la dictadura ya habían sido calificados de ese modo desde la primera denuncia de la Comisión Argentina de Derechos Humanos titulada “Argentina, proceso al genocidio”. También citó el Sumario 19/1997 del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de Madrid, por entonces a cargo del juez Baltasar Garzón, quien sostuvo que: “Los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas Argentinas, con sus

inspiradores civiles, planean el genocidio antes del golpe militar de marzo de 1976. La severa legislación y las amplias facultades represivas que les concede el gobierno constitucional no les alcanza para lograr lo que estimaban una solución drástica: la eliminación física del grupo nacional opositor a su ideología y a su proyecto” (Auto del 2 de noviembre de 1999). De esa misma resolución se desprende que “... si no puede eliminarse la motivación política cuando esa acción genocida es por razones étnicas o religiosas con mayor razón no puede prescindirse de la calificación como genocidio cuando la base de la acción delictiva está formada por la motivación política y el objeto de la agresión es exactamente el mismo grupo de personas (grupo nacional, al que pertenece también el agresor, como sector predominante por el uso de la fuerza), a través de los mismos medios comisivos –muertes, secuestro seguido de desaparición, torturas, agresiones sexuales, o desplazamientos forzosos– y con la misma finalidad de eliminar la discrepancia ideológica y de oposición política, que en todo caso se manifiesta en uno y otro supuestos...”.

Del texto extraído de la resolución de Garzón se desprende una separación entre la intencionalidad política del ataque (que se encuentra presente en todos los casos) y el objetivo de ese ataque: un grupo nacional, ya que “Para los perpetradores argentinos la nacionalidad como ciudadanía amplia sólo era compatible con valores ‘occidentales y cristianos’ que las órdenes secretas de aniquilamiento establecieron. Por ello la vida del grupo nacional aniquilado o afectado gravemente fue para los perpetradores indigna de ser tratada en calidad de libre e igual ante ley. Las órdenes de aniquilamiento dividieron a la población nacional entre ciudadanos dignos de serlo y otros declarados sin valor de vida, identificándoselos con el cáncer, la infiltración venenosa o con un tumor social que se hacía necesario extirpar. Los miembros de este grupo nacional quedan reducidos, por órdenes secretas de aniquilamiento en abstracto y por la experiencia concentracionaria en concreto, a grupo sacrificable al que se puede asesinar sin cometer homicidio, en beneficio de toda la sociedad y para que ésta pueda vivir”.³⁰

30. A. Alagia, “Día ‘D’ hora ‘H’: Crímenes masivos cometidos en Argentina (1976-1983) y genocidio. El caso del campo concentracionario ‘A.B.O.’”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, febrero de 2012, Ed. La Ley, pp. 81 y ss.

En este punto, Slokar no solo toma los aspectos señalados desde una visión jurídica del asunto sino que agrega fundamentos sociológicos citando a Daniel Feierstein respecto a que las prácticas genocidas resultan ser una “tecnología de poder cuyo objetivo radica en la destrucción de las relaciones sociales de autonomía y cooperación y de la identidad de una sociedad, por medio del aniquilamiento de una fracción relevante [de la misma] [...] y del uso del terror”, enfoque que, además de visibilizar la magnitud de los horrores cometidos, permite explicar el cómo, el porqué y el para qué del genocidio nacional.³¹

Ello habilita a colocar a los crímenes cometidos por la dictadura como parte de un genocidio reorganizador que define a los procesos de exterminio que, como el caso argentino, buscan transformar “las relaciones sociales hegemónicas al interior de un Estado nación preexistente”, con el objetivo de “clausurar aquellas relaciones que generan fricción o mediaciones al ejercicio del poder –contestatarias, críticas, solidarias– y reemplazarlas por una relación unidireccional con el poder”.³²

Esas circunstancias fueron probadas por el tribunal de juicio que en la sentencia dejó establecido que “el ataque a [grupos de trabajadores sindicalizados] no ha sido azaroso, sino claramente dirigido a desmembrar una estructura que se presentaba como ‘un férreo enemigo’ de cara a las finalidades económicas de los grandes grupos empresarios y al plan económico de la dictadura. Se trató de desarticular un sector obrero, organizado, con arraigada identidad como trabajadores, y alto compromiso en la defensa de la dignidad del trabajo, la industria nacional y representativos del trabajo calificado [...]. El plan represivo implementado por la dictadura cívico militar persiguió instalar un clima de terror y de disciplinamiento social que no sólo resultó imprescindible para la aplicación contemporánea y posterior de políticas socioeconómicas de desigualdad, transferencia de recursos y modificación sustancial del reparto de ingresos entre los diversos sectores sociales, sino que lo tuvo como objeto y sin ello no se entiende su propia existencia. El genocidio y su profunda tarea de desarticulación de las instituciones de pertenencia de los sectores del trabajo, a punto de desarmar el

31. D. Feierstein, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 83.

32. *Idem*, pp. 100 y 104.

entramado de relaciones de equilibrio de fuerzas y de negociación posible, tuvo como objetivo el diseño de una nueva sociedad en la que sectores enteros quedaron indefensos y disgregados frente a la concentración del poder económico traducido en único poder social efectivo, y con el respaldo abrumador del poder armado formal e informal...”.

Por todo eso, Slokar tomó la conclusión del voto mayoritario del tribunal de juicio y ratificó que se ha identificado a la represión dictatorial como “una política de exterminio focalizada sobre un grupo nacional particular con el objeto de, a través de la violencia física y la difusión del terror, lograr la reorganización del conjunto de la sociedad. El accionar represivo aparece, así, como un medio para la obtención de un fin: el martirio de los individuos en tanto parte de un colectivo determinado, socialmente significativo para los victimarios, y el exterminio de ese colectivo como instrumento para la modificación de los lazos sociales”, y destacó que el criterio en orden a que el móvil político de un ataque dirigido contra una de los grupos especialmente protegidos (*Vgr.* grupo nacional) no resulta óbice para la protección legal: “Una vez afirmado que el grupo al que se ha dirigido el ataque con fines de destrucción del mismo es uno de los protegidos en el tipo de injusto, nada impide, para mantener esa calificación, que el sujeto activo del injusto añada a su voluntad criminal un móvil político porque, en toda destrucción de cualquiera de los grupos, también los motivos políticos pueden ser componentes del propósito de exterminio”.³³

Luego Slokar señaló que el hecho de que los perpetradores y las víctimas pertenezcan al mismo grupo nacional no resulta un obstáculo para determinar que existió un genocidio. Para ello se basó en las conclusiones del Informe Whitaker sobre la prevención y la sanción del crimen de genocidio.³⁴

Para concluir, criticó a quienes excluyen la calificación como genocidio sobre la base de la identidad política de las víctimas y afirmó que “la interpretación que se limita a señalar la exclusión del ‘grupo político’ en la versión final de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de

33. M. Ollé Sesé, “El concepto de grupo nacional y grupo religioso en el crimen de genocidio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 7, 2016, Dialnet, pp. 161-178.

34. Preparado por el Sr. B. Whitaker en el marco de la Organización de las Naciones Unidas. GE.85-12358. Parte II, B. 3.

genocidio para así descartar su aplicación a supuestos como el del presente proceso, no sólo desconoce los planteamientos *ut supra* referidos que dan cuenta de su subsunción en el ‘grupo nacional’, sino que además redundante en una discriminación negativa que niega el carácter de víctimas de genocidio a quienes son perseguidos por razones políticas (como también podrían serlo de género, identidad sexual, discapacidad u otros), lo que resulta hermenéuticamente inaceptable”.

Guillermo Yacobucci, por su parte, propuso un análisis diferente de la cuestión y lo argumenta en su visión sobre el principio de legalidad penal.

Sostuvo que, para él, los jueces que integraron la mayoría del tribunal incurrieron en una decisión confusa y arbitraria y propuso diferenciar “entre las adjetivaciones o calificaciones que puedan expresarse mediante ciertos términos dentro de la comunicación coloquial, el debate político, el etiquetamiento sociológico, el señalamiento periodístico, o la disputa agonal y el significado normativo del *nomen iuris* que la legalidad impone para calificar hechos criminales”. Y agregó que “valerse del término ‘genocidio’, o aun apuntar como ‘genocidas’ a sujetos que han llevado a cabo comportamientos de intensa crueldad y capacidad lesiva contra la vida y la integridad de las personas permite expresar el disvalor de esos actos en la dialéctica comunicativa. De esa manera, se señala una profunda contradicción con principios y valores humanos en virtud de la extensión cuantitativa y cualitativa de la afectación de los derechos fundamentales. En perspectiva semántica, ese uso resulta habilitado por su eficacia ilocucionaria en la consideración comunicativa, que no necesariamente expresa el contenido de antijuridicidad reglado por la legalidad penal y convencional del término usado”.

Concluyó, sobre ese punto, que la calificación de los hechos como “delito internacional de genocidio” constituye un uso retórico de la figura que “no solo crea inseguridad, al banalizar aspectos propios de esa elaboración conceptual, sino que, además, pone en crisis –como lógica consecuencia jurídica– el principio de legalidad, las nociones del derecho internacional y convencional y, más precisamente aún, uno de sus derivados, como es el principio de tipicidad”.

Descartó también la posibilidad de invocar referencias a la evolución de la definición del delito de genocidio (que identificó como “propuestas previas a la determinación legal alcanzada, que ampliaban la caracterización o identidad de los grupos hechas en el fallo”) ya que resultarían relevantes para el debate histórico, pero no para calificar judicialmente los hechos.

Se aferró a la sentencia del precedente “Jelisić” del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que examinó los componentes legales del crimen de genocidio tomando en cuenta solo aquellos que lo caracterizan “sin lugar a dudas” y toma del fallo del tribunal de juicio que “los grupos políticos y las motivaciones políticas ‘quedaron excluidas’ de la definición legal”.

También sostuvo que la decisión del tribunal de juicio pone en crisis el significado y la expresividad normativa del término genocidio, “solidificada a nivel internacional”.

Esencialmente cuestionó la categorización de las víctimas como identificadas bajo un “grupo nacional”. Para ello señaló que se pretendió identificar bajo el rótulo de grupo nacional a “un tramado de relaciones sociales que intenta describir como trabajadores. Primero, de una determinada zona –Ensenada, Berisso–, luego, que se extendería a todo el territorio para, finalmente, limitarlo a cierta opción política [...] cuando en verdad se señala como cómplices de los crímenes a otros integrantes de ese mismo colectivo, para lo cual distingue entre delegados gremiales de un sector –‘opositores’– y delegados de comisiones ‘oficialistas’”. Para Yacobucci esas premisas “indican la carencia de significado normativo para alcanzar la consideración de grupo nacional de esas víctimas que se vinculan entre sí por ciertas opciones políticas o sindicales de difícil generalización a la luz del objetivo que se quiere demostrar”.

Citó jurisprudencia para justificar que los grupos con identidad política resultan expresamente excluidos de la definición. Sin embargo, también reconoció la mutabilidad de la noción de los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, aunque descartó que esa circunstancia haya sido probada en el caso concreto.

A partir de ese razonamiento, remarcó que “la noción de genocidio ha quedado circunscripta a un elenco determinado y estricto de situaciones que lo caracteriza, sobre todo, respecto de otros crímenes y atrocidades contra la humanidad. Especificidad, cabe acotar, particularmente surgida de las exigencias de *mens rea* respecto de ciertos grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, ya que no todo grupo o colectivo de personas aparecen integrados al concepto de genocidio” (Cfr. por todos, *International Criminal Law and Procedure*, R. Cryer, H. Fridman, D. Robinson and E. Wilmschort, Cambridge, 2007, chapter genocide) y que “Como no se ha probado que esto suceda en los delitos aquí juzgados, la calificación de genocidio debe ser

revisada. Esto, claro está, no es óbice para entender que los injustos cuyo juzgamiento y condena están bajo análisis de esta Cámara son constitutivos de crímenes de lesa humanidad, tal como fue motivo de acusación por el Fiscal durante el juicio, y plasmado en su realización objetiva y subjetiva, como hechos probados en el fallo”.

En otro punto, resulta interesante que Yacobucci se hace cargo de la crítica respecto de que la categoría de “crímenes de lesa humanidad” no se encontraba positivizada como tal al momento de la comisión de los crímenes (al menos en los términos actuales), pero sostiene que “según actual y constante doctrina de la Corte Suprema, a la que cabe atenerse, sí se encontraba vigente en el derecho internacional (*ius cogens*) y, en virtud del art. 118 CN, ya tenía vigencia y resultaba vinculante para el ordenamiento argentino” y que, de acuerdo con el texto de la sentencia cuestionada, los hechos investigados y juzgados no resultan “sucesos aislados, sino que se inscriben y forman parte de un universo de criminalidad organizada estatal, respecto de la que se han expedido diversos tribunales del país, especialmente a partir de la Causa N° 13/84 –conocida como Juicio a las Juntas–, así como organismos locales e internacionales que bregan por la protección de los derechos humanos, coincidiendo en que la dictadura cívico-militar implementada entre los años 1976-1983, ha cometido infinidad de ilícitos que constituyen crímenes de lesa humanidad y por tanto imprescriptibles”.

Por último, Carlos Mahiques acompañó el voto de Yacobucci. Descartó que los hechos juzgados puedan ser catalogados como parte de un genocidio y los calificó como crímenes de lesa humanidad.

Para ello destacó que “la diferencia entre genocidio y el resto de los crímenes mayores del derecho penal internacional, también conocidos como ‘*Core Crimes*’, radica en la ultra-intencionalidad, o el *dolus specialis*, que preside la actuación de los autores con el fin de exterminar a uno o varios, de los grupos protegidos –enumerados de forma taxativa por la norma–, de manera total o parcial” y que “mientras la característica de ‘delito internacional’ de los crímenes de lesa humanidad, de guerra o de agresión está dada por el elemento político o internacional que se encuentra en el ‘*actus reus*’, es decir, en el tipo objetivo del delito, en el caso del genocidio, ese elemento internacional está dado por la referida ultra-intencionalidad (*Mens rea*). En otros términos, que el mencionado elemento, que connota en especial a esta infracción, se desplaza de la parte objetiva a la subjetiva, justamente a través de la mentada ‘ultra-intencionalidad’”.

Y aclaró que no descarta que las víctimas pertenezcan a un “grupo nacional” pero que “lo que motivó el plan sistemático de desaparición y tortura no fue la nacionalidad de las víctimas, sino su ‘oposición al plan implementado’. Así, el ataque perpetrado desde el aparato estatal contra la población civil que acarreó la ‘destrucción parcial’ de ese ‘grupo nacional’, no estuvo dirigido contra dicha población por su pertenencia a un grupo nacional, es decir, por ser argentinos, sino por su ideología a pertenencia política”.

Destacó que la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad –y no como genocidio– “no los convierte en menos graves o aberrantes. En el campo de los delitos internacionales, no existen delitos más graves que otros por su calificación legal. Todos ellos conllevan un menoscabo a bienes jurídicos fundamentales como la paz, la dignidad humana y la seguridad internacional. En todo caso la ‘mayor gravedad’ de los hechos en sucesos de esas proporciones dependerá de sus circunstancias y características, y no de su calificación legal”.

Y concluyó que “por no tratarse de hechos aislados, sino planificados y ejecutados en el marco, y ‘como parte de un ataque generalizado o sistemático’, es que dichos ataques deben recibir la denominación de crímenes de ‘lesa humanidad’, y ser, bajo esta calificación, juzgados y sancionados por los tribunales competentes”.

III. El rol de los juicios en la disputa por el sentido del pasado: el riesgo del negacionismo normativo

Como se ha desarrollado en el acápite introductorio, la necesidad de juzgar a los responsables de los crímenes perpetrados por la última dictadura cívico militar es compartida por múltiples sectores que provienen de distintas extracciones de la sociedad civil: sobrevivientes, militantes sindicales y de organizaciones políticas, familiares de víctimas, organismos de derechos humanos, profesionales de distintas disciplinas coinciden en la centralidad de la justicia (en tanto sistema judicial) como estrategia privilegiada del abanico de opciones posibles para *hacer algo* con la experiencia del aniquilamiento.

Esto no quiere decir que todos expliquen esa centralidad del mismo modo ni, mucho menos, que coincidan siempre en las estrategias que se despliegan en torno al juzgamiento.

Desde los debates alrededor de la conformación de la CONADEP en adelante, nuestra historia se encuentra plagada de tensiones que se han ido resolviendo, con sus modos particulares, en las calles, los tribunales y la producción académica. Sin ánimo de resolver estas tensiones (y aún menos, de pretender nuestra opinión como representativa de estos distintos sectores), podemos identificar algunos elementos que hacen del territorio judicial un espacio que habilita la disputa por los sentidos del pasado y que lo vuelven, desde nuestra perspectiva, una apuesta central para las disputas contra el negacionismo, como se verá, ya que habilitan la problematización del proceso social y sus consecuencias en la sociedad actual.

A la hora de juzgar crímenes de Estado se ponen en debate no solo los delitos particulares de la causa, sino el contexto general que le da marco, intencionalidad, despliegue, etc., al proceso general y por lo tanto se abre la posibilidad de poner en discusión los sentidos sobre el proceso histórico.

Esto no quiere decir que los actores que intervienen en estos procesos, o nosotros, pretendamos que los tribunales resuelvan cuál es el mejor modo de explicar lo que nos pasó. Muy por el contrario, la gran potencialidad de este proceso es su capacidad para mantener abierta y en movimiento esa pregunta.

Con más de 15 años ininterrumpidos de juicios, cada causa, cada sentencia particular, ha aportado modos de contestar a las preguntas que se hacen los magistrados a la hora de dictar sentencia: 1) ¿Qué pasó? ¿Cuál es el daño?, 2) ¿Ese daño constituye un delito?, 3) ¿Quiénes son las víctimas? ¿Quiénes son los responsables?, 4) ¿Hay intencionalidad? ¿Cuál fue?

Pero esas respuestas, lejos de convertirse en piezas de museo, se ponen a jugar nuevamente en las disputas por los sentidos del pasado. Por un lado, en el propio territorio judicial, en la medida en que cada sentencia se rediscute (como en el fallo en cuestión) en los tribunales de alzada y que se constituye en antecedente relevante en las futuras causas. Pero, además, los sentidos construidos en los juicios circulan por otros territorios de lo social, produciendo y reproduciendo sentidos (por caso, en este mismo artículo). Desde esta perspectiva, entonces, cada causa y, aún más, cada instancia judicial de cada causa, se constituye como una instancia en la disputa por los sentidos que, lejos de agotarse en ella misma, se articulan en un proceso de mucho más largo alcance.

Por ello, la sentencia que aquí se analiza tiene efectos inmediatos “sobre los cuerpos” (en alusión a la dimensión coercitiva del derecho penal) pero

también mediatos “sobre los sentidos” del pasado en nuestro presente democrático (dimensión discursiva–eficacia nominativa y performativa del derecho). Esta segunda dimensión es la que se pretende abordar en este acápite.

En el fallo, en el voto de la mayoría, se hace referencia a *la diferenciación entre el valor normativo que el sistema jurídico le otorga al genocidio del que le otorgan las ciencias sociales, denunciando la indistinción como acto impropio de la magistratura.*

Interesa referirnos aquí a la relación (o la no relación) entre derecho y ciencias sociales, porque ello permite reflexionar sobre el dispositivo derecho, sobre el mito de autoconstitución racional que esconde su violencia originaria, pero también sobre su rol para aportar en el proceso de elaboración de las consecuencias reorganizadoras del genocidio.

Nos preguntamos entonces, si “mejora” o “degrada” a la ciencia jurídica escoger una figura legal que explica mejor el objetivo y la estrategia de los perpetradores, quiénes son las víctimas, cuál es el daño causado y los motivos del aniquilamiento.

La calificación como genocidio o como crimen de lesa humanidad no es inocua ni insustancial y genera consecuencias en la comprensión acabada del proceso histórico y en las disputas por los sentidos de memoria. Definir como crimen de lesa humanidad un proceso genocida implica una desjerarquización y olvido del elemento identitario y del objetivo de opresión en el proceso de destrucción, ya que solo se observa una mirada liberal, en términos de derechos individuales de ciudadanos, que vislumbra la acción específica cometida –secuestro, desaparición, tortura, asesinato, violación– pero no logra restablecer la finalidad de la práctica social, las lógicas de implementación del terror ni su sentido estratégico, quedando de algún modo inexplicado el delito específico cometido.

El proceso represivo persiguió, torturó, desapareció, asesinó, a un conjunto de personas que vivían, soñaban y hacían parte de una determinada comunidad en aquel tiempo y este lugar que habitamos nosotros. Los persiguieron no por ser Pedro, María, Juan o José, como dice la conocida canción, sino por ser parte y expresión de esa comunidad particular. Se los llevaron a ellos, para que, con su ausencia, nosotros y esta comunidad que conformamos, no volviéramos a ser los mismos. Nos destruyeron una parte, para transformarnos el todo.

Por ello el derecho, como ámbito *agonal* sobre *la apropiación política del pasado*, nos permite, con sus conceptualizaciones, formular las representaciones de lo acontecido y convertir al escenario judicial en *árbitro de la*

verdad (frente a los discursos negacionistas que han recrudecido en los últimos tiempos). A diferencia de lo que se sostiene en el voto de la mayoría, el derecho se configura como herramienta política y de reparación a las víctimas.

Más allá de los debates en torno a si la *relación entre derecho y política es deseable*³⁵ (claramente para los jueces de la mayoría esta alianza es inaceptable siguiendo la tradición de la filosofía analítica del derecho, en tanto que para Slokar, con una mirada más anclada en la teoría crítica del derecho, el dato de la realidad social es indispensable a la hora de pensar las normas), proponemos aquí hacer un ejercicio para “desandar” el modo de abordaje clásico de la relación entre derecho penal y fenómeno criminal.

La propuesta es partir de la mirada de Ferrajoli (o mejor dicho en el *último* Ferrajoli), quien logra incorporar a su teoría garantista el dato de la realidad social del último siglo, es decir las graves violaciones a los derechos humanos, y propone una drástica revisión epistemológica de la criminología al independizarla –en tanto ciencia *autónoma y externa*– del derecho penal. Eso nos permite indagar en categorías que provienen de disciplinas afines (criminología del genocidio) y (re)pensar estos problemas más allá de la estrecha legalidad. Esta aproximación epistemológica sirve para comprender qué es lo que verdaderamente está en disputa y cuáles son las herramientas que estamos dispuestos a utilizar y, en particular, el rol que le asignaremos al derecho para desmantelar las prácticas sociales genocidas.

En esta línea se destacan especialmente los aportes de Morrison, Álvarez y Woolford, entre otros, quienes consideran que el genocidio es un *proceso* y no un resultado o un conjunto de rasgos claramente definibles.³⁶

35. Algunos autores han formulado críticas severas del entrelazamiento derecho-política frente a los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura. En esa línea, se ha analizado en clave crítica, muy especialmente la sanción de la ley 27.362 como respuesta al fallo Muiña y la posterior modificación de la jurisprudencia de la CSJN en el caso Batalla. Ver: A. Rosler, “El Estado de Derecho caído en “Batalla”, en *En Letra: Derecho Penal*, Año IV, N° 7, pp. 20-34, y “Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora: Acerca del punitivismo de lesa humanidad”, en *En Letra: Derecho Penal*, Año III, N° 5, 2017, pp. 62-102.

36. Ver: A. Álvarez, *Genocidal crimes*, Londres, Routledge, 2010; W. Morrison, *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2012; A. Woolford, “La nueva generación: criminología estudios sobre el genocidio y colonialismo de los colonos”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, 2013, N° 5, número especial: setiembre, pp. 138-162; G. Yacoubian, “The Significants of Genocidal Behavior to the discipline of Criminology”, en *Crime, Law and Social change*, N° 34, pp. 7-19.

Sostienen que no existen explicaciones monocausales, sino que el genocidio debe ser entendido como un complejo proceso social y no como un fenómeno estático, y aconsejan reemplazar la perspectiva de análisis legalista (siempre acotada) por una mirada que permita abarcarlo como un proceso dinámico con una serie de momentos que lo integran y que no culminan con el aniquilamiento material, sino que continúan en los modos de representar y narrar esa experiencia de aniquilamiento.

En la misma línea, Feierstein introduce la categoría realización simbólica –como última etapa de un proceso genocida– para referirse a estos modos de representación. Así, el genocidio no culmina con el aniquilamiento, sino que se “realiza” con posterioridad, en los modos de contarnos qué es lo que nos pasó.

La realización simbólica del genocidio tiene siempre en miras la reorganización de las relaciones sociales después del aniquilamiento, pero de un modo particular: se pregunta ¿cómo lograr que el conjunto social construya una representación del genocidio en la que el lazo social aniquilado no pueda tener presencia? Como vemos, se trata de una exclusión, de un segundo proceso de destrucción, pero ahora en el ámbito de lo simbólico, en el plano de la memoria. Se busca, en lo simbólico, destruir las relaciones sociales que encarnaban esos cuerpos (sujetos) aniquilados, para que nadie más las vuelva a implementar. Eso es lo que ocurre con el negacionismo como última etapa del proceso genocida:³⁷ a través de la insensibilización y el pacto denegativo³⁸ se intenta construir una narratividad que constituya una legitimación y justificación del arrasamiento, clausurando su visibilización.

37. Para Stanton el genocidio puede ser explicado en 10 etapas: clasificación, simbolización, discriminación, deshumanización, organización, polarización, identificación, persecución, exterminio y negación. Fein, por su parte, categoriza 5 etapas: definición (proceso de identificación de las víctimas discriminadas), pérdida (de derechos, roles, reclamos, etc.), segregación, aislamiento y concentración. Feierstein, por su parte, entiende que el proceso genocida requiere de una serie de momentos que lo integran: 1) construcción de una otredad negativa, 2) hostigamiento, 3) aislamiento, 4) políticas de debilitamiento sistemático, 5) aniquilamiento material y 6) realización simbólica.

38. Existe un pacto denegativo cuando se establece un acuerdo inconsciente a nivel social en la exclusión de toda referencia al suceso traumático. De este modo se producen mecanismos colectivos de ajenización y distanciamiento a través de un proceso narrativo que excluye deliberadamente a la primera persona y se estructura como la narración de algo ocurrido a otros. Por su parte la “ideología del sinsentido” constituye un momento superior

Por eso, la batalla en las sociedades posgenocidas como la nuestra es verificar en qué modo se logra o no esa realización simbólica.

Si el objetivo del genocidio no son los muertos, sino nosotros los *vivos* y no es algo que les sucedió a *otros* en un pasado (que se pretenda clausurar y avanzar hacia un futuro en que no haya rastro del arrasamiento), sino que *nos sigue sucediendo*, se pone de manifiesto en nuestro modo de relacionarnos, de explicar y explicarnos la realidad en la que nos encontramos inmersos. Entonces, el modo de contar lo que nos pasó, de representarlo simbólicamente, *de describirlo en una sentencia*, no es para nada inocuo. Muy por el contrario, deviene un momento esencial en la disputa por la eficacia genocida. Por eso el derecho, por su eficacia nominativa, aparece como un espacio privilegiado para la comprensión de estos hechos y se presenta atractivo para la disputa conceptual sobre los sentidos de memoria de los hechos del pasado.

Ordenar una sociedad supone necesariamente establecer una gramática del sufrimiento. El campo jurídico es, por encima de todo, un campo discursivo y, por eso mismo, la lucha por el derecho es, por un lado, la lucha por la nominación, por la consagración jurídica de los nombres del sufrimiento humano, por entronizar los nombres que ya se encuentran en uso y, por el otro, la lucha por publicitar y colocar en uso, en boca de las personas, las palabras de la ley y también de las sentencias.

Por eso, nominar como crímenes de lesa humanidad o como genocidio los crímenes perpetrados por la dictadura militar no es indistinto. Se ponen en acto la capacidad de influencia en la esfera pública y las estrategias para “oficializar” o “institucionalizar” una narrativa del pasado. El derecho se presenta, entonces, no solo como la palabra autorizada de la nación, capaz de regular, sino también de crear, o de dar estatus de realidad a las entidades cuyo derecho garantiza, e instituye su existencia a partir del mero acto de nominación.

Por supuesto es absolutamente válido debatir la calificación legal con argumentos normativos robustos, pero también lo es evitar el negacionismo

del proceso de represión, que lejos de desafiar el pacto denegativo busca instalarlo en el plano de la conciencia, otorgarle una solidez narrativa y restablecer algún tipo de coherencia identitaria al anular la propia existencia del yo previamente arrasado (J. Puget y R. Kaës, *Violencia de Estado y psicoanálisis*, Buenos Aires, Ed. Lumen, 2006; D. Feierstein, *Memoria y representaciones*, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura, 2012, p. 79 y ss).

normativo³⁹ y de la causalidad, en un contexto en el que se intenta avanzar (aunque muy lentamente) en los procesos judiciales contra la responsabilidad empresarial en el despliegue genocida, pero a la vez se verifica la reedición de la teoría de los dos demonios por la sociedad civil, algunos funcionarios públicos, candidatos electivos y sentencias judiciales.⁴⁰

En los últimos años los negacionismos se han perfeccionado, han adquirido dimensiones más complejas que exceden la simple y burda negación de los hechos históricos, exploran otros modos de negación más sutiles y también más peligrosos.

A partir del momento en que la negación burda de los hechos se presenta como no convincente, los negacionistas tienen la esperanza de utilizar la racionalización, la relativización y la trivialización para presentar su caso como más persuasivo y aceptable. La tendencia no es la negación de la ocurrencia de los sucesos, sino que se intenta desdibujarlos o bien, en el contexto de otras violencias, equiparar procesos de violencia mutua o evitar su nominación como genocidio.

39. Adam Jones define como negacionismo normativo a las posiciones jurídicas que descartan la posibilidad de tipificación del genocidio y utilizan de modo extendido la fórmula de crímenes contra la humanidad (A. Jones, *Genocide. A Comprehensive Introduction*, New York, Ed. Routledge, 2010).

40. Con la reapertura de los juicios a los genocidas emergieron discursos que habían estado por fuera de la escena pública y que defendían abiertamente el accionar de las Fuerzas Armadas y de Seguridad durante lo que ellos denominaron como “la guerra contra la subversión”. Probablemente la referente más conocida haya sido Cecilia Pando, que alcanzó repercusión en 2005 con una carta de lectores en el diario *La Nación*. Su discurso, si bien no había tenido eco por mucho tiempo, no era original: las Fuerzas Armadas y de Seguridad habían librado una guerra contra la subversión y el Estado, en lugar de reconocerles su labor, los perseguía políticamente. Pero unos años más tarde, con el proceso de juzgamiento ya en marcha, surgiría un discurso mucho más complejo que incorporaría a la escena pública elementos originales en la disputa por el modo de entender el proceso represivo desplegado durante la última dictadura militar. El Centro de Estudios Legales sobre el Terrorismo y sus víctimas (CELTIV), creado en 2006, proponía un discurso y un tono al decir que se asemejaba al de los organismos de derechos humanos y que retomando la lógica estructural de la “guerra contra la subversión” del discurso final de la dictadura o de la “teoría de los dos demonios” de mediados de la década del 80, proponía la equiparación de dos actores en conflicto. Sin embargo, esta vez, el refinamiento del nuevo modo de equiparación ponía en pie de igualdad no a los “contendientes” del conflicto sino a sus “muertos”. Las víctimas, de un lado y del otro, merecían justicia y reparación.

Está claro que definir la experiencia argentina como crimen de lesa humanidad con argumentos técnicos que lo avalen no configura *per se* un negacionismo normativo. Sostener lo opuesto contraría de modo inadmisiblemente la libertad académica. El negacionismo normativo requiere de una estrategia narrativa en donde el derecho es el escenario que se elige, a partir de la renuencia a calificar los hechos como genocidio, para garantizar la impunidad de los perpetradores (negacionismo de la responsabilidad) o el borramiento de las víctimas (negacionismo de la identidad de las víctimas) y de las causas del aniquilamiento (negacionismo de la causalidad).

Por eso cuando analizamos una sentencia, un libro, un *paper* académico, una nota de opinión, etc., corresponde hacerlo en el contexto histórico y político en el que se anuda. ¿Por qué hoy tiene un peso central que la justicia “nomine” los crímenes cometidos por la dictadura? O, mejor dicho, ¿qué es lo que “esconde” o invisibiliza optar por una u otra fórmula legal? Nos parece interesante pensar el negacionismo como lo hace Theriault: diferenciar el negacionismo de la consolidación por sus efectos en el tiempo.

Para Theriault, la negación es una característica de, al menos, tres etapas del genocidio: el aniquilamiento, el momento inmediatamente posterior y el legado o secuela a largo plazo. En su opinión, la categorización de la negación como constitutiva de la última etapa del proceso genocida no solo obtura análisis más profundos de la secuela a largo plazo, sino que oscurece el importante rol que tiene la negación en las primeras etapas del genocidio. Considera que la negación ocurre no solo después del genocidio sino “durante” aquel. Es entonces una característica típica del momento inmediato posterior al aniquilamiento: y configura un modo de ayudar a los genocidas y cómplices para evadir la responsabilidad de sus actos. Cuando se habla de las consecuencias o secuelas del genocidio a largo plazo, el término que mejor captura este proceso es el de “consolidación”.⁴¹

Entonces el negacionismo de la responsabilidad se constata en el momento inmediato posterior a los hechos con el objetivo de borrar el rastro del crimen dentro del crimen. La negación de la identidad de las víctimas,

41. H. Theriault, “Denial of ongoing Atrocities as a Rationale for Not Attempting to Prevent or Intervene”, en *Impediments to the Prevention and Intervention of Genocide, Genocide: a critical Bibliographic Review*, Volume 9, Samuel Totten Editor, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2014, pp. 47-75.

bajo la invocación de la violencia mutua, por caso, opera como medio para garantizar el negacionismo de la causalidad.

No se trata solamente de hacer desaparecer los cuerpos, sino también los recuerdos de los seres vivientes que ellos fueron, sus trayectorias, deseos, expectativas, *militancias*, sus modos de ser y sentir social para negar las luchas que encarnaron y qué tipo de relaciones sociales resultaban hegemónicas previas al aniquilamiento, pero sobre todo cómo eran las condiciones económicas, culturales, políticas e ideológicas previas al genocidio y qué modelo se decidió instaurar y quiénes se beneficiaron a partir del genocidio.

El modelo prototípico del negacionismo de los hechos (“esto no ocurrió”) tiene como objetivo, en un momento inicial, evitar la responsabilidad. Pero la apelación a la violencia mutua y el negacionismo normativo evita discutir las causas del aniquilamiento y, sobre todo, quiénes fueron los beneficiarios de ese proceso y es un negacionismo que se da en el largo plazo del que habla Theriault. Se trata de la renuencia a utilizar la fórmula legal del genocidio con un objetivo particular, no la simple discusión teórico-conceptual sobre la calificación legal a adoptar.

Aun en la hipótesis de descartar la nominación como negacionismo normativo del debate de la calificación legal en el caso argentino, interesa, sin embargo, alertar sobre los “efectos negacionistas” de estas configuraciones normativas que fundándose en víctimas indiferenciadas y en el horror descontextualizado obturan comprender las causas del genocidio en un contexto concreto y particular: cuando justamente se ha empezado a discutir la responsabilidad civil de la dictadura (causalidad del proceso genocida) y cuando media un recrudecimiento de discursos negacionistas en el campo político, académico y normativo. Discutir de modo pretendidamente neutral la calificación legal de los crímenes cometidos por la dictadura cívico-militar es una ingenuidad que no podemos aceptar.

IV. Conclusiones

La última dictadura cívico-militar a la que se vio sometida la sociedad en su conjunto ha dejado una fuerte impronta en su imaginario colectivo, en sus prácticas sociales y culturales, en las formas de pensar su pasado y pensarse a sí misma. En este sentido, Argentina (con su proceso de juzgamiento a los responsables por los crímenes cometidos) se ha convertido en

una experiencia *única* en la región (no solo por la cantidad de procesos en curso, sino que ha sido posible profundizar en temas emblemáticos como la apropiación de menores, la coordinación represiva entre países o Plan Cóndor, los delitos sexuales, la responsabilidad empresarial y el robo de bienes de las víctimas secuestradas y desaparecidas).

A partir del fallo de la Sala 2 de la Cámara Federal de Casación Penal, que revocó por mayoría la calificación jurídica de genocidio establecida por el TOF1 de la Ciudad de la Plata en la causa conocida como “Fuerza de Tareas 5” (Sentencia del 19/10/2015), el debate sobre el rol de los juicios en la disputa por los sentidos del pasado vuelve a reinstalarse entre quienes tenemos un vínculo o un interés en el seguimiento de este proceso.

La justificación jurídica y académica de la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad no puede ser cuestionada desde la lógica argumentativa de una visión aséptica del derecho. Sin embargo, la intención que ponemos de manifiesto en este artículo es la de evidenciar cuáles son los efectos de despojar del sentido social y político a las sentencias judiciales, justamente a partir del despojo del sentido social y político de los crímenes de la dictadura y sus consecuencias.

Estamos viviendo un momento normativo interesante: este fallo se configura como un aporte valioso porque: a) se reafirma la conceptualización como crímenes internacionales de los delitos perpetrados por la dictadura y consecuentemente su carácter imprescriptible y merecedores de condena penal (por unanimidad); b) se consolida la calificación de desaparición forzada (por unanimidad); c) se reconoce el carácter mutable de la noción de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos (más allá que se descarta en el caso concreto por déficit probatorio) y d) se discute por primera vez en un tribunal de alzada la calificación legal de genocidio y los sentidos en disputa. Parafraseando el fallo, el genocidio como práctica social y como delito no es una “metáfora”.

“Soy todo lo que recuerdo y vos, todo lo que has olvidado” dicen los primeros versos de una bella canción de Gabo Ferro. A más de cuatro décadas del inicio de la dictadura, no hemos olvidado nada porque obstinadamente nos hemos negado a dejar de preguntarnos qué nos pasó en las calles, la academia o los tribunales. Bienvenidos los debates que nos desempolvan y nos ponen a pensar nuevamente.

Bibliografía

- Alagia, A., “Día ‘D’ hora ‘H’: Crímenes masivos cometidos en Argentina (1976-1983) y genocidio. El caso del campo concentracionario ‘A.B.O.’”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, febrero de 2012, Ed. La Ley, pp. 81 y ss.
- Andriotti Romanin, E., “Decir la verdad, hacer justicia: Los Juicios por la Verdad en Argentina”, en *European Review of Latin American and Caribbean Studies*. No. 94 (2013) April, pp. 5-23.
- Álvarez, A., *Genocidal crimes*, Londres, Routledge, 2010.
- Chalk, F. y Jonassohn, K., *Historia y sociología del genocidio. Análisis y estudio de casos*. Traducido por Carla Scotta, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010.
- Feierstein, D., *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Feierstein, D., *Memoria y representaciones*, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura, 2012.
- Feierstein, D. y Silveyra, M., “Genocidio o crímenes de lesa humanidad: el debate jurídico argentino como disputa por el sentido asignado al pasado”, en *Estudios de Derecho*, vol. 77, N° 170, 2020, Universidad de Antioquia.
- Jones, A., *Genocide. A Comprehensive Introduction*, New York, Ed. Routledge, 2010.
- Lemkin, R., *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. Caseros, Prometeo Libros, 2009.
- Morrison, W., *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2012.
- Ollé Sesé, M., “El concepto de grupo nacional y grupo religioso en el crimen de genocidio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 7, 2016, Dialnet, pp. 161-178.
- Puget, J. y Kaës, R., *Violencia de Estado y psicoanálisis*, Buenos Aires, Ed. Lumen, 2006.
- Rosler, A., “El Estado de Derecho caído en ‘Batalla’”, en *En Letra: Derecho Penal*, Año IV, N° 7, pp. 20-34.

- Rosler, A., “Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora: Acerca del punitivismo de lesa humanidad”, en *En Letra: Derecho Penal*, Año III, N° 5, 2017, pp. 62-102.
- Theriault, H., “Denial of ongoing Atrocities as a Rationale for Not Attempting to Prevent or Intervene”, en *Impediments to the Prevention and Intervention of Genocide, Genocide: a critical Bibliographic Review*, Volume 9, Samuel Totten Editor, New Brunswick and London, Transaction Publishers, 2014, pp. 47-75.
- Yacoubian, G., “The Significants of Genocidal Behavior to the discipline of Criminology”, en *Crime, Law and Social change*, N° 34, pp. 7-19.
- Woolford, A., “La nueva generación: criminología estudios sobre el genocidio y colonialismo de los colonos”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, 2013, N° 5, número especial: setiembre, pp. 138-162.