

Los juicios por crímenes
de lesa humanidad.
Enseñanzas jurídico penales

Los juicios por crímenes
de lesa humanidad.
Enseñanzas jurídico penales

Gabriel Ignacio Anitua
Alexis Álvarez Nakagawa
Mariano Gaitán
Compiladores


ediciones**Didot**

Anitua, Gabriel Ignacio

Los juicios por crímenes de lesa humanidad : enseñanzas jurídico-penales / Gabriel Ignacio Anitua. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Didot, 2019.

Libro digital, PDF/A

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-3620-53-9

1. Derechos Humanos. 2. Delitos contra la humanidad. 3. Derecho Penal. I. Título.
CDD 345.0235

“Los trabajos que forman este libro han sido realizados en el marco proyecto UBACyT de la Universidad de Buenos Aires, gracias al cual se ha podido llevar adelante su publicación”.

©ediciones **Didot**

1° ed. en español

Hecho el depósito en ley 11.726

Libros de edición argentina

ISBN: 978-987-3620-53-9

Diseño de tapa: Michelle Kenigstein

ediciones **Didot**

Arévalo 1830, CABA, Argentina

Te. (+5411) 6624-5381/4771-9821

www.edicionesdidot.com

didot@edicionesdidot.com

Índice

Presentación

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

Gabriel Ignacio Anitua, Alexis Álvarez Nakagawa
y Mariano Gaitán

Primera Parte. Cuestiones Procesales y de Garantías

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

Mariano Gaitán

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

Fernando Gauna Alsina y Nicolás Vargas

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

Mariano Sicardi

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

Fernando Braccaccini

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

Gabriel Anitua

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

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

Roberto Manuel Carlés

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

Alexis Álvarez Nakagawa

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

Daniel Rafecas

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

Sofía Chiambretto y Canela Di Pino

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

Paula Mallimaci Barral

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

Matías Freijedo

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

Elizabeth Gómez Alcorta

Presentación

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

Gabriel Ignacio Anitua
Mariano Gaitán
Alexis Álvarez Nakagawa

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

Desde la reapertura definitiva de las causas por crímenes de lesa humanidad, luego de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de “punto final” y “obediencia debida”, el proceso de Memoria, Verdad y Justicia ha tenido avances notables. Actualmente, más de 500 personas han sido condenadas; y más de mil se encuentran procesadas y serán juzgadas próximamente¹. Además de los miembros de las fuerzas armadas que planearon y ejecutaron los crímenes, recientemente las investigaciones se han extendido a los cómplices civiles –fundamentalmente miembros del poder judicial y empresarios– y han hecho visibles las vulneraciones específicas que han sufrido ciertos grupos especialmente vulnerables, como las mujeres víctimas de la represión ilegal. Otra muestra de este formidable progreso es la lo-

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

calización de 109 niños –hoy adultos– que fueron separados de sus familias y apropiados durante el terrorismo de Estado².

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

Toda esta experiencia está siendo analizada con creciente interés por investigadores sociales y por defensores de derechos humanos de otros países de la región y del mundo. No solamente existen abundantes publicaciones académicas, sino también reportes de organismos internacionales que describen el proceso argentino de los últimos años con atenta admiración³. El caso argentino ofrece sin dudas importantísimas enseñanzas sobre cómo avanzar en la investigación y juzgamiento de violaciones masivas a los derechos humanos. Pero además, los discursos y prácticas generados a raíz del proceso de Memoria, Verdad y Justicia han producido y producirán efectos más amplios y perdurables en las disciplinas jurídico-penales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Existe una visión tradicional de la enseñanza del derecho penal y procesal penal que considera que lo que se discute en los juicios por los crímenes de la dictadura son temas de derechos humanos o derecho constitucional, cuando no problemas de la historia, la sociología y la ciencia política. En cualquier caso, existe una concepción fuertemente arraigada de que lo que se produce en estos juicios, que desde hace años acaparan la atención de los tribunales federales de todo el país, poco tiene que ver con las disciplinas jurídico-penales. Esto quizás explique por qué existen Centros de Estudios sobre lo que hacen los tribunales criminales en estas causas en las Facultades de Ciencias Sociales, Filosofía y Periodismo, pero no en las Facultades de Derecho⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mariano Gaitán*

Son 109 los casos resueltos gracias a la perseverancia de la lucha, pero aún son cientos de familias las que esperan el encuentro con los nietos y nietas robados por el terrorismo de Estado.

Asociación Abuelas de Plaza de Mayo⁵

1. Introducción

La sustracción sistemática de niños hijos de personas desaparecidas forzosamente fue una de las prácticas más aberrantes del terrorismo de Estado en Argentina. Durante la dictadura militar (1976-1983),

* Abogado egresado con diploma de honor de la Universidad de Buenos Aires. Becario Fulbright-Siderman cursando un LLM en Southwestern Law School, Los Angeles, EE.UU. Desde abril de 2007 a julio de 2013 integró el Equipo Jurídico de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo.

En buena medida, las ideas que desarrollo aquí son fruto de reflexiones colectivas con mis compañeros de trabajo en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo. Sin perjuicio de reconocer expresamente su valioso aporte, aclaro que este artículo es de mi exclusiva autoría y no debe ser interpretado como la posición institucional de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo. Agradezco a Agustín Chit, Alan Iud, Alexis Álvarez Nakagawa, Damián Azrak, Florencia Sotelo, María Inés Bedía, María Laura Rodríguez, Pablo Parenti y Sabina Regueiro por sus lecturas y comentarios. Sin dudas este trabajo sería más incompleto e impreciso sin sus aportes. También deseo agradecer especialmente a Luciana Galbucera y Rocío Nervi por el empeño y la meticulosidad con que relevaron los expedientes.

⁵ Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, "Encontramos otro nieto, el 109", comunicado de prensa, Buenos Aires, 7 de agosto de 2013. Disponible en http://www.abuelas.org.ar/comunicados/restituciones/res130807_1420-1.htm, recuperado el 11/08/2013.

cientos de niños secuestrados a los pocos meses de vida o nacidos en cautiverio fueron arrebatados de los brazos de sus madres y entregados a personas vinculadas al régimen militar, quienes los criaron como si fueran sus hijos biológicos. Otros fueron dados en adopción como si fueran niños abandonados con identidad desconocida. Mediante estas acciones, los militares procuraron separar definitivamente a los niños de sus familias y que éstas jamás tuvieran noticia de su paradero. La sustracción y apropiación masiva de niños fue concebida como una práctica complementaria del plan sistemático de desaparición de personas desplegado por las Juntas Militares, pues era funcional a la negación de información sobre la detención ilegal de las víctimas – particularmente mujeres embarazadas – por parte de agentes estatales⁶.

Los artífices de este siniestro plan no contaron, sin embargo, con la valentía y tenacidad de las abuelas y los familiares de esos niños, quienes en plena dictadura se organizaron para buscar a los bebés desaparecidos. Esta búsqueda incansable iría desarmando, década tras década, la trama de secretos tendida sobre el destino de esos niños. Gracias al trabajo de las Abuelas de Plaza de Mayo⁷ más de un centenar de jóvenes desaparecidos fueron localizados⁸.

⁶ Estos hechos fueron probados judicialmente en la causa “Franco” (Expediente n° 1351, del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 de la Capital Federal), en la que se juzgó a Jorge Videla y otros altos mandos de la dictadura militar por la implementación de un plan sistemático para la sustracción de bebés hijos de desaparecidos. En el veredicto, pronunciado el 5 de julio de 2012, el Tribunal declaró que los hechos juzgados eran “delitos de lesa humanidad, implementados mediante una práctica sistemática y generalizada de sustracción, retención y ocultamiento de menores de edad, haciendo incierta, alterando o suprimiendo su identidad, en ocasión del secuestro, cautiverio, desaparición o muerte de sus madres en el marco de un plan general de aniquilación que se desplegó sobre parte de la población civil con el argumento de combatir la subversión, implementando métodos de terrorismo de estado durante los años 1976 a 1983 de la última dictadura militar”. Disponible en <http://www.cij.gov.ar/nota-9445-Robo-de-bebes-condenaron-a-50-anos-de-prision-a-Jorge-Rafael-Videla.html>, recuperado el 11/08/13.

⁷ Sobre la historia de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y su rol en la búsqueda y restitución de los niños desaparecidos durante el terrorismo de Estado ver Veiga, Clarisa y Guillermo Wulff, *La historia de las Abuelas. 30 años de búsqueda*, Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2007. Disponible en <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/abuelas30.pdf>, recuperado el 11/08/13; y Regueiro, Sabina A., *Apropiación de niños, familia y justicia. Argentina 1976-2012*, Prohistoria Ediciones, Rosario, 2013.

⁸ Mientras escribía este artículo las Abuelas de Plaza de Mayo anunciaron la resolución del caso 109. Se trata de Pablo Athanasius Laschan, secuestrado junto con sus padres en abril de 1976, cuando tenía poco más de cinco meses de vida, y apropiado por un oficial de la Policía Federal directamente involucrado en la represión ilegal.

La búsqueda de los nietos apropiados es una tarea extremadamente compleja por varias razones. En primer lugar, dado que el terrorismo de Estado operó en la clandestinidad, prácticamente no existen documentos o testimonios que permitan vincular directamente a una persona con sus padres desaparecidos. La escasa información disponible que puede resultar útil para esclarecer la identidad de los jóvenes apropiados normalmente se encuentra fragmentada y dispersa en innumerables registros burocráticos (actas de nacimiento, libros de parto, legajos de personal de las fuerzas armadas y de seguridad, etc.).

En segundo lugar, la apropiación de bebés hijos de personas desaparecidas durante la dictadura se superpone, en buena medida, con el tráfico de niños, una práctica ilegal ampliamente difundida mucho antes de 1976⁹. En Argentina existen miles de personas que han sido víctimas de sustracción, retención y ocultación, y de la alteración de su identidad, aunque sus padres no fueron desaparecidos por el terrorismo de Estado. Estos casos conforman un amplio universo de casos sospechosos imposibles de distinguir de antemano de los posibles casos de hijos de desaparecidos, por lo que deben ser investigados al menos sumariamente.

Por último, si bien el robo de bebés fue una práctica sistemática y planificada a gran escala, las apropiaciones se consumaron de distintas formas. En términos generales, los militares emplearon dos modalidades para separar a los niños de sus familias: (a) la inscripción de los niños en los registros públicos como si fueran hijos biológicos de las personas que los apropiaron, para lo cual se utilizaron certificados de nacimiento falsos; y (b) la introducción de los bebés en el circuito formal de adopciones, como si fueran niños con identidad desconocida, abandonados por sus padres o procedentes de procedimientos policiales. Sin embargo, el modo específico en que se concretó cada apropiación varió en función de diversos factores, como el período histórico, la edad del niño, la fuerza que intervino en el secuestro de los padres, etc. Estas circunstancias dificultan la identificación de patrones comunes que permitan orientar las investigaciones de otros posibles casos.

A lo largo de su historia, las Abuelas de Plaza de Mayo desarrollaron distintas estrategias para superar estas dificultades y localizar a sus

⁹ Carla Villalta explica que el plan sistemático de apropiación de niños hijos de desaparecidos se imbricó sobre estas prácticas preexistentes en relación a la infancia y la “circulación” de niños. Ver Villalta, Carla, *Entregas y secuestros. El rol del Estado en la apropiación de niños*, Buenos Aires, Del Puerto-CELS, 2012.

nietos. Una de las estrategias más fructíferas es la atención de los miles de jóvenes con dudas sobre su identidad que anualmente se presentan en la Asociación para averiguar si son hijos de desaparecidos. Estas personas son recibidas en la institución por un equipo profesional y derivadas a la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI), a fin de que se realicen los peritajes genéticos necesarios para esclarecer su identidad. Otra estrategia igualmente importante es la investigación de las miles de pistas y datos sobre el paradero de posibles hijos de desaparecidos que distintas personas han aportado y continúan aportando a la institución. Cuando estos datos resultan verosímiles son denunciados ante la Justicia para que se realicen las investigaciones correspondientes. La Asociación interviene como parte querellante en la mayoría de estas causas para impulsar las investigaciones.

El objetivo de este artículo es, precisamente, analizar cómo actúa la administración de justicia en la búsqueda de los bebés –hoy adultos– secuestrados y desaparecidos durante el terrorismo de Estado en Argentina. La hipótesis general que sostengo aquí es que la Justicia carece de iniciativa para investigar estos casos y que investiga las denuncias presentadas con métodos sumamente ineficientes y burocráticos, que no toman en cuenta la complejidad de estos delitos. Para decirlo gráficamente, considero que la Justicia busca a los nietos desaparecidos como si buscara una aguja en un pajar con los ojos vendados. Mi hipótesis específica es que esta ineficiencia es resultado de las deficiencias estructurales del sistema procesal inquisitivo reformado, aún vigente en Argentina a nivel federal. Consecuentemente, sostengo que la implementación de reformas inspiradas en un modelo acusatorio pueden servir para superar estas deficiencias estructurales y optimizar el rendimiento de la administración de justicia en la búsqueda de los nietos desaparecidos.

Este trabajo se divide en cinco partes. En el apartado 2 explico el método empleado para construir los datos que sirven de base a este trabajo. En el apartado 3 analizo qué hace la Justicia para encontrar a los nietos desaparecidos, cómo lo hace y por qué lo hace de ese modo. En el apartado 4, describo algunas medidas implementadas recientemente para mejorar el funcionamiento del sistema de justicia en los casos de apropiación de niños durante el terrorismo de Estado y analizo cuatro desafíos fundamentales del Ministerio Público Fiscal en esta tarea. Por último, en la conclusión sintetizo los principales pun-

tos desarrollados en el artículo y destaco la importancia académica y práctica de esta investigación.

2. Método para la construcción de datos

Para escribir este artículo me he basado, en primer lugar, en un estudio cuantitativo sobre el trámite de las causas por sustracción de niños presuntamente hijos de desaparecidos en la Justicia argentina, realizado por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo entre los meses de junio y agosto de 2012. El desarrollo general del proyecto estuvo bajo mi coordinación y fue supervisado por Alan Iud, Coordinador del Equipo Jurídico de la Asociación. El relevamiento de expedientes fue realizado fundamentalmente por Luciana Galbucera y Rocío Nervi.

El objetivo principal de ese estudio era medir el tiempo que demora la Justicia en esclarecer un caso de presunta apropiación de un hijo de desaparecidos, desde el momento en que se presenta la denuncia hasta que se realizan las pruebas periciales genéticas en el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG)¹⁰. Adicionalmente, se pretendía recabar datos objetivos sobre el desempeño de los jueces y los fiscales en estas causas.

El estudio comprendió expedientes judiciales iniciados entre el 1 de enero de 2006 y el 1 de julio de 2011, en los fueros federales de la Ciudad de Buenos Aires, San Isidro, Lomas de Zamora y Morón. En ese lapso de cinco años y medio se registraron 44 causas por apropiación de niños presuntamente hijos de desaparecidos, contando las causas iniciadas por la CONADI, las causas iniciadas y/o querelladas por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y otras causas en las que se solicitaron informes a esta última institución. Si bien este dato no corresponde a registros oficiales –por lo que es posible que existieran causas no contempladas en el estudio– se trata de una cifra suficien-

¹⁰ El BNDG fue creado en 1987 por la ley 23.511, y reformado en 2009 por la ley 26.548. En el BNDG se registra la información genética de las familias que buscan niños desaparecidos durante la dictadura, la cual es cotejada con la información genética de los jóvenes presuntamente hijos de desaparecidos que ingresa por orden judicial o de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad. Esta prueba pericial permite determinar fehacientemente si el joven en cuestión tiene vínculo biológico con alguna de esas familias. Sobre la creación del BNDG y en general las pruebas genéticas, ver Wulff, Guillermo, *Las Abuelas y la genética. El aporte de la ciencia en la búsqueda de los chicos desaparecidos*, Buenos Aires, Abuelas de Plaza de Mayo, 2008.

temente representativa¹¹. Sobre el total de 44 causas registradas se analizaron exhaustivamente 39, distribuidas del siguiente modo: 24 en Capital Federal (96% del total), 12 en San Isidro (75% del total), 2 en Lomas de Zamora (100%) y 1 en Morón (100%). En esos 39 expedientes judiciales se investigaban 41 casos de jóvenes presuntamente apropiados, ya que en dos causas el objeto procesal comprendía dos casos. Durante el relevamiento de los expedientes se registraron todas las medidas de pruebas producidas desde el inicio de la causa hasta la realización de las pruebas periciales genéticas en el BNDG, y se midió cuánto tiempo insumió cada medida y cuál fue su resultado. En algunos pocos casos en los que no se contaba con las fechas exactas en que se ordenó o recibió el resultado de una medida se consignó una fecha aproximada, con un margen de error máximo de cinco días¹².

En segundo lugar, para escribir este artículo me he basado en información cualitativa recabada en varias reuniones con actores directamente involucrados en las causas por violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar. Estas conversaciones tuvieron lugar en el marco del proyecto de investigación financiado por la Universidad de Buenos Aires del que este trabajo forma parte. Por otra parte, también me he nutrido de mi propia experiencia, durante seis años, como abogado de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo. Si bien desde un rol distinto al de investigador, mi actividad profesional me permitió observar de cerca el funcionamiento del sistema de Justicia, así como mantener conversaciones con abogados, fiscales, jueces y funcionarios directamente involucrados en el tema.

3. La actuación del sistema de justicia en la búsqueda de los nietos desaparecidos

El sistema de justicia argentino carece de iniciativa propia para la búsqueda de los niños desaparecidos durante el terrorismo de Estado. En lugar de producir e impulsar líneas de investigación específicas so-

¹¹ La única jurisdicción donde existe un número significativo de causas en trámite, que no fue incluida en el relevamiento, es la de La Plata.

¹² Los datos fueron procesados en una planilla de cálculo utilizando la fórmula “Días 360”, que calcula el número de días entre dos fechas basándose en un año de 360 días (doce meses de 30 días).

bre este complejo fenómeno criminal, se limita a recibir y tramitar las denuncias presentadas principalmente por organismos privados o administrativos. En efecto, del total de expedientes relevados, el 43,6% se inició a partir de denuncias¹³ de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, el 28,2% a partir de denuncias de la CONADI, el 15,4% a instancia del Poder Judicial, el 7,7% por denuncias de otro organismo privado o particulares¹⁴, el 2,5% a instancias de otro organismo público (Policía Federal) y el 2,5% restante por iniciativa del Ministerio Público Fiscal. Es decir que, en su conjunto, el sistema de justicia produjo menos del 20% de las investigaciones. Dentro de este porcentaje, la mayor parte de las causas fueron iniciadas por iniciativa del Poder Judicial, pues el Ministerio Público Fiscal tuvo una participación prácticamente nula en esta tarea. Este dato ilustra la organización inquisitorial del sistema de justicia argentino, aún fuertemente centrado en la figura del juez de instrucción.

La información disponible también muestra que el sistema de justicia es muy ineficiente para desarrollar y terminar las escasas investigaciones que se inician. De los 41 casos de presunta sustracción de hijos de desaparecidos investigados en los 39 expedientes analizados, 31 concluyeron con pruebas periciales genéticas en el BNDG, 7 aún estaban siendo investigados cuando se terminó el relevamiento y 3 se cerraron sin realizar pruebas genéticas porque se descartó definitivamente la hipótesis delictiva sobre la base de otras pruebas (normalmente la determinación de la existencia de la madre biológica en casos de adopción). Los plazos de duración de estas investigaciones son sumamente extensos. Los 31 casos en que se realizaron pruebas de ADN demandaron en promedio 22 meses, los 7 casos pendientes de resolución llevaban en promedio una duración de 44,8 meses y los 3 casos cerrados sin peritajes genéticos demoraron en promedio 13,1 meses.

¿En qué se insume ese tiempo? En el relevamiento no se observaron planteos de las partes que demoraran la investigación, pues en la gran mayoría de las causas los imputados aún no se encontraban le-

¹³ En este contexto, por “denuncia” entiendo una presentación formal señalando que una o más personas determinadas pueden ser hijos o hijas de desaparecidos. Existen otras presentaciones que relatan la desaparición de una pareja o una mujer embarazada y de su hijo recién nacido o presuntamente nacido en cautiverio. A los efectos de este análisis considero “denuncias” solo a las del primer grupo, pues estas presentaciones contienen “casos”, es decir, una hipótesis fáctica de que una determinada persona puede ser hija de desaparecidos.

¹⁴ Una de las denuncias fue presentada por la Agrupación HIJOS.

gitimados. En solo 6 causas se plantearon cuestiones de competencia que dilataron el trámite de la investigación, pero estas demoras no tuvieron una incidencia significativa en el conjunto de la muestra. En rigor, en los casos resueltos con pruebas de ADN, la Justicia necesitó casi dos años solo para realizar las medidas de prueba previas a la orden de tomar las muestras biológicas para identificar a la persona. Según los datos obtenidos, en promedio, se produjeron 25 medidas de pruebas antes de realizar las pruebas de ADN, sin contar las tareas de investigación policial¹⁵.

En los casos pendientes de resolución, en cambio, se produjeron en promedio 24 medidas de prueba, es decir, menos que en los casos resueltos. Esto quiere decir que la mayor demora en estos casos no se debió a la producción de más medidas de prueba. Mi hipótesis para explicar este fenómeno es que, a medida que avanzan en la investigación, los operadores judiciales experimentan una “pérdida de fe” sobre la posibilidad de que la persona involucrada en la causa sea hijo de desaparecidos. Esto los lleva a relegar la investigación, pero sin cerrarla y archivarla formalmente, lo cual incide notablemente en el plazo de duración de estas causas.

En general, los jueces exigen estándares de prueba muy altos sobre la posibilidad de que la persona sea hijo de desaparecidos antes de ordenar la realización de pruebas de ADN. Si bien es cierto que la ley establece que la medida debe ser dictada por auto fundado en el que se explique su razonabilidad¹⁶, en la práctica judicial este requisito se interpreta como la exigencia de probar casi con certeza que la persona es hija de desaparecidos antes de ordenar las pericias genéticas. Por eso algunos jueces dilatan las investigaciones procurando obte-

¹⁵ En la mayoría de las causas se requirió a la Policía Federal u otra fuerza constatar el paradero de la víctima o de los imputados, averiguar quiénes eran los ocupantes de un domicilio u otras medidas necesarias para realizar con eficacia un allanamiento. Resulta complejo cuantificar la incidencia de este tipo de tareas en la duración de la investigación porque normalmente se realizan en forma paralela al trámite de la causa en el juzgado. Por eso se decidió excluirlas del relevamiento.

¹⁶ CPPN, art. 218 bis (incorporado por ley 26.549, B.O. 27/11/2009). En otro artículo he analizado los requisitos para la producción legítima de pruebas genéticas respecto de la presunta víctima. Ver Gaitán, Mariano, “La legitimidad de las pruebas genéticas sin consentimiento de la víctima según los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, en Anitua, Gabriel y Mariano Gaitán (comp.), *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2013, ps. 299-327.

ner otros elementos secundarios que refuercen esa hipótesis. Esta tendencia se advierte al comparar la duración de las investigaciones en los distintos fueros. Mientras en la Capital Federal los casos resueltos con pruebas de ADN demandaron 18,7 meses y 22 medidas de prueba, en San Isidro demoraron 27,6 meses y se produjeron 30 medidas de prueba. En algunas causas también se produjeron medidas superabundantes o manifiestamente innecesarias para avanzar en la investigación. Por ejemplo, en una causa de Morón, un fiscal solicitó que se librara un oficio al colegio secundario al cual había asistido la presunta víctima para que informara quiénes habían sido sus docentes y que luego se los citara a prestar testimonio sobre su relación con el joven. Como era de esperar, esta medida demoró meses y no produjo ningún resultado relevante para la investigación.

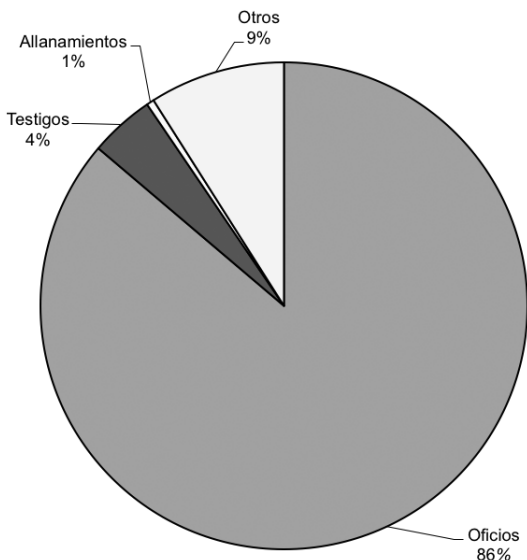
Es factible que los jueces exijan este elevando estándar antes de ordenar las pruebas genéticas para evitar tener que informarle a la presunta víctima la posibilidad de que sea hijo de desaparecidos. La práctica usual en estos casos (impulsada por las Abuelas de Plaza de Mayo) es que los jueces personalmente le comuniquen a la presunta víctima la existencia de la investigación y de las evidencias que indican la posibilidad de que él o ella sea hijo de personas desaparecidas. En ese momento, los jueces le solicitan también su consentimiento para la obtención de una muestra biológica para realizar los análisis genéticos necesarios para esclarecer su identidad. Esta audiencia es un momento clave en el trámite de la causa. Del modo en que el juez la conduzca puede depender que la presunta víctima consienta la medida y la investigación se resuelva rápidamente, o que se rehúse a cooperar y la causa se dilate hasta que se obtengan las muestras biológicas por otros medios. La experiencia me ha mostrado que los jueces muchas veces no saben cómo lidiar con esta situación. Acostumbrados a trabajar con expedientes que mediatizan y ocultan a las partes del conflicto, los jueces de instrucción no están preparados para enfrentarse cara a cara con la víctima y comunicarle hechos tan sensibles. Una cuestión que parece ser particularmente problemática para los jueces es tener que decirle a la presunta víctima que las personas que la criaron posiblemente no sean sus padres biológicos¹⁷.

¹⁷ Para superar este problema, la CONADI creó el Equipo Interdisciplinario Auxiliar, integrado por psicólogos, abogados y mediadores, cuyo objetivo específico es colaborar con la administración de justicia en la comunicación con las presuntas víctimas de apropiación.

Esto explicaría por qué existe una considerable diferencia de plazos entre las investigaciones de los casos de jóvenes inscriptos como hijos biológicos (23,4 meses) y los casos de adopciones (13 meses), cuando no existe una diferencia tan significativa entre la cantidad de pruebas producidas en cada grupo (25,6 en las casos de jóvenes inscriptos como hijos biológicos y 20,8 en los casos de adopciones).

Sin embargo, el factor que más incide en la duración de las investigaciones es el tipo de medidas de prueba ordenadas y, particularmente, el modo en que éstas se producen. Uno de los datos más impactantes que arrojó el relevamiento es que, del total de medidas producidas en los casos resueltos, el 86,2% corresponde a solicitud de informes mediante oficios a distintos organismos públicos y en menor medida privados. Solo el 4,3% corresponde a declaraciones de testigos, el 0,5% a allanamientos y el restante 9% a otras medidas de prueba, que incluyen consultas informáticas a la Cámara Nacional Electoral, consultas en Internet, órdenes de presentación y pericias caligráficas. A la luz de estas cifras no es exagerado afirmar que para el sistema de justicia argentino “investigar” es sinónimo de “librar oficios”. Esto puede apreciarse claramente en el siguiente gráfico.

Medidas de prueba producidas en los casos resueltos

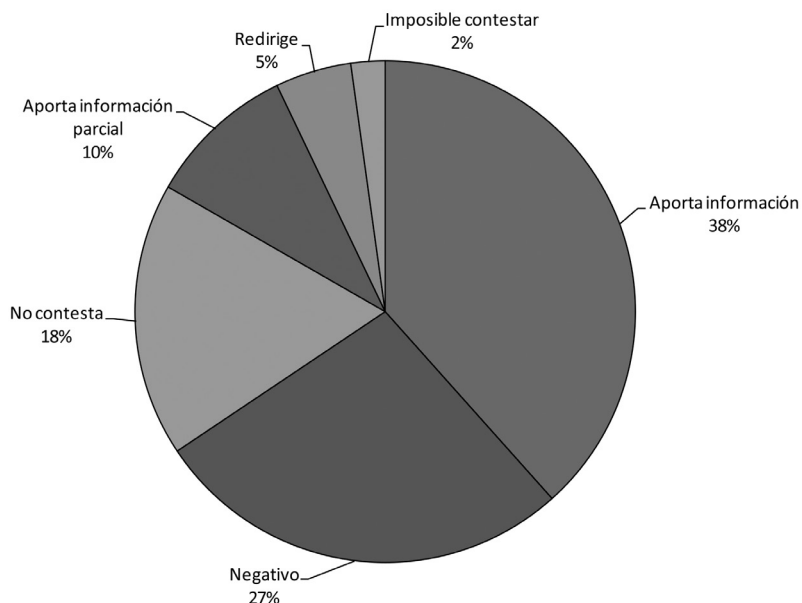


El problema radica, precisamente, en la altísima ineficiencia de la prueba de oficios en términos del tiempo que insume y los resultados que produce. Las respuestas a los oficios demandan en promedio 48,4 días. Este plazo incluye el tiempo que le lleva al oficial notificador o al agente de la fuerza de seguridad retirar el oficio del juzgado y llevarlo al lugar correspondiente, el tiempo que le lleva al organismo requerido ingresarlo a su sistema, asignarlo a la repartición o persona que debe responderlo y elaborar la respuesta, y el tiempo que se tarda en remitir la respuesta al juzgado. La demora de las respuestas varía considerablemente según el organismo requerido, lo que se debe, entre otras variables, a la distancia, las dimensiones del organismo y su organización interna. Con bastante frecuencia, los oficios se pierden o quedan paralizados en alguna parte de este recorrido burocrático, y la respuesta jamás llega al juzgado. La siguiente tabla muestra la cantidad de oficios enviados, el porcentaje de oficios no contestados y el plazo promedio de respuesta de los trece organismos públicos más requeridos:

Organismo	Cantidad de Oficios	Oficios no contestados (porcentaje)	Plazo promedio en días
ANSES	30	13,30%	18,5
AFIP	17	0%	18,9
RENAPER	46	10,80%	40,9
Ministerio Defensa Nación	19	10,50%	43,1
Reg. Propiedad Inmueble	8	0%	45
Ministerio Salud Nación	34	11,70%	46,6
Registro Civil CABA	35	17,10%	47,3
Policía Federal	66	21,20%	51
Sec. DD.HH. Nación	35	34,20%	59,7
CONADI	25	20%	60,9
Reg. Personas PBA	42	16,60%	63,4
Dir. Nac. Migraciones	5	0%	72,2
SINTyS	10	10%	74,7

En cuanto a los resultados, del total de oficios librados en todas las causas estudiadas, el 38,4% aportó la información solicitada en forma completa, el 27,2% dieron una respuesta negativa al pedido de informes solicitado¹⁸, el 17,7% no fue contestado, el 9,6% aportó información parcial, el 4,9% fue redirigido a otros organismos y el 2,2% no pudo ser contestados por errores o falta de datos en el oficio. Si se suman los oficios no contestados y los que no pudieron ser respondidos por errores o falta de datos, resulta que uno de cada cinco oficios librados jamás fue respondido.

Resultados de los oficios en términos porcentuales



En síntesis, tenemos como datos objetivos que las respuestas a los oficios demoran en promedio 48 días y que uno de cada cinco oficios librados no se contesta. A la luz de estos datos, la siguiente pregunta es inevitable: ¿por qué el oficio es la medida de prueba más utilizada por la administración de justicia? La respuesta, aunque parece obvia,

¹⁸ Vale aclarar que en ciertos casos esto puede resultar relevante para la investigación, por ejemplo, cuando se solicita una historia clínica de la supuesta madre y el hospital responde que no tiene registros de esa persona.