

# REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

---

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •  
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •  
EJECUCIÓN DE LA PENA

## **DIRECTOR**

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

## **ÁREA PROCESAL**

MIGUEL Á. ALMEYRA

## **COORDINADORES**

MATÍAS BAILONE  
RODRIGO CODINO

## **EDITOR RESPONSABLE**

FRANCISCO J. CROCIONI

## **COMITÉ ACADÉMICO**

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)  
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)  
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)  
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)  
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA 1926-2015)  
NILO BATISTA (BRASIL)  
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)  
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA 1942-2015)  
EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)  
LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)  
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)  
JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)  
SERGIO MOCCIA (ITALIA)  
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)  
ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)  
GLADYS ROMERO (ARGENTINA 1933-2014)  
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)  
JUAREZ TAVARES (BRASIL)  
JOHN VERVAELE (HOLANDA)  
JOSÉ SAEZ CAPEL (ESPAÑA)

THOMSON REUTERS

**LA LEY**

## COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA  
FERNANDO ARNEDO  
JAVIER BAÑOS  
RICARDO BASÍLICO  
VERÓNICA BILCZYK  
MARÍA LAURA BÖHM  
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA  
LEONARDO BROND  
CARLOS CARAMUTI  
ROBERTO MANUEL CARLÉS  
CARLOS CHIARA DÍAZ  
MELINA DE BAIROS MOURA  
JAVIER DE LUCA  
HORACIO DIAS  
MATÍAS EIDEM  
DANIEL ERBETTA  
ADRIÁN FERNÁNDEZ  
RUBÉN E. FIGARI  
MARIANO GUTIÉRREZ

JUAN MANUEL LEZCANO  
MANUEL MAROTO CALATAYUD  
JULIANA OLIVA  
LORENA PADOVAN  
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ  
MARCELA PAURA  
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ  
JONATHAN POLANSKY  
PABLO QUALINA  
RODRIGO M. RASKOVSKY  
MARCELO RIQUERT  
GUIDO RISSO  
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ  
MÁXIMO SOZZO  
PABLO TELLO  
VALERIA VEGH WEIS  
MYRNA VILLEGAS DÍAZ  
JONATAN WAJSWAJN  
VERÓNICA YAMAMOTO  
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

## CON EL AUSPICIO DE

## ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

### **Criterios uniformes para el envío de colaboraciones**

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a [laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com](mailto:laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com)  
Los mismos deben ir acompañados del currículum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

**Nota de la Dirección:** las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

# SUMARIO

## **DERECHO PENAL**

---

### DOCTRINA

Problemas de tipicidad por factores culturales Por <b>María Javiera Olguín Ríos</b> .....	3
Los fundamentos de la pena en los “crímenes de Estado”: el poder (auto) punitivo legitimado por la criminología crítica Por <b>Matías Bailone</b> .....	13
El abuso sexual infantil Por <b>María Pilar Marco Francia</b> .....	26
Neurociencias, sistema neuroendocrino, Derecho penal y abusos sexuales en la infancia Por <b>María Pilar Marco Francia</b> .....	38
Sexualidad, violencia y Derecho penal Por <b>María Pilar Marco Francia</b> .....	49
“Ni una menos” Por <b>María Pilar Marco Francia</b> .....	61
Corrupción y criminalidad organizada. Aproximaciones al terrorismo, el contraterrorismo y el tráfico de armas Por <b>Myrna Villegas Díaz</b> .....	66
El “caso Messi” y la aplicación de la teoría de la ignorancia deliberada en materia de delitos fiscales Por <b>Francisco J. Crocioni</b> .....	84

## **PROCESAL PENAL**

---

### DOCTRINA

Reparación simbólica y sentencia integral. Ampliando el sentido de Justicia  
Por **Ernesto F. Lombardi y Adriana S. Taboada** ..... 99

Acción pública y víctima: alguien tiene que ceder. Observaciones en torno a la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos 27.372  
Por **Yanina Di Blasio** ..... 112

### NOTA A FALLO

Comentario prisión domiciliaria  
Por **Luis Ceserani** ..... 119

PRISIÓN DOMICILIARIA / Dolencia del reo. Inexistencia de enfermedad terminal. Rechazo del pedido de prisión domiciliaria. Condición de ex juez federal del reo. Condiciones de seguridad personal. Uso de pulsera electrónica. Rechazo del recurso de casación (CFCasación Penal) .... 119

## **DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

---

### DOCTRINA

La teoría de la pena en el delito internacional de genocidio  
Por **Natalia Hirschhorn** ..... 131

## **CRIMINOLOGÍA**

---

### DOCTRINA

Cesare Beccaria, la humanidad de las penas y la prisión permanente revisable en el Código Penal español  
Por **Alejandro Luis De Pablo Serrano** ..... 145

La emergencia securitaria en tiempos de criminología mediática  
Por **Natalia Hirschhorn** ..... 166

## **POLÍTICA CRIMINAL**

---

### DOCTRINA

Los discursos de *Lady Macbeth*. El antiterrorismo penal en el ámbito armonizado internacional  
Por **Matías Bailone** ..... 181

## **PENAL JUVENIL**

---

### DOCTRINA

La revisión periódica de la pena en la justicia juvenil. Una vez más, acerca del carácter programático u operativo de los tratados de derechos humanos

Por **Mary Beloff, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni** ..... 197

## **GRANDES EMPRESAS, ACTIVIDADES LESIVAS Y DERECHOS HUMANOS**

---

### DOCTRINA

Pueblos indígenas. Herramientas conceptuales

Por **Ángela Catrilef Santana, Florencia Zubeldia Cascón, María Elicia Lobato y Esteban Pizá** .... 205

Macrocriminalidad. Herramientas conceptuales

Por **Silvia Contrafatto, Micaela Guevara, Laura Hinojosa y Manuela Loperfido** ..... 212

Victimología. Herramientas conceptuales

Por **Leandro Costanzo, Federico Mannará, Julia Álvarez Icaza Ramírez y Julio Anativia** ..... 220

Autorregulación empresarial. Herramientas conceptuales

Por **Denisse Cufre, Rodrigo M. Raskovsky, Sofía Lascano y Santiago Botero** ..... 229

## **COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO**

---

Reseña de *La muerte del verdugo. Reflexiones Interdisciplinarias sobre el cadáver de los criminales de masa*, por **Sévane Garibian (coord.)**. Comentado por **Valeria Vegh Weiss** ..... 243

# Reparación simbólica y sentencia integral. Ampliando el sentido de Justicia (\*)

POR ERNESTO F. LOMBARDI y ADRIANA S. TABOADA

**Sumario: I. Reflexiones preliminares.— II. Reparación. Una respuesta jurídica.— III. Reparación integral en Argentina.— IV. Reparación y momento procesal.— V. Sentencia integral.— VI. Conclusión.**

## I. Reflexiones preliminares

### I.1. Marco histórico-social durante la elaboración de este trabajo

Este texto se inspira en la necesidad de traer al centro de la escena a las víctimas del genocidio ensayando nuevas formas de reparación del daño sufrido por ellas y por la sociedad toda.

Se hace necesario aclarar que este trabajo se elaboró durante dos etapas políticas muy diferenciadas. Su génesis se remonta a los últimos meses del gobierno de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner (2015), mientras que su conclusión se produce a dos años de mandato del actual presidente Mauricio Macri (2017). Las variaciones regresivas en materia de políticas públicas de Derechos Humanos que se han materializado en la gestión de este último, y su correlato en los restantes poderes legislativo y judicial, nos obligó a replantearnos si la propuesta que estamos presentando no habría perdido actualidad y sentido.

Apostamos a que no sea así.

Impulsadas por otra realidad, casi diríamos otro tiempo histórico-social, la sentencia inte-

gral inspirada en el concepto de “reparación simbólica” forma parte de un horizonte deseado y que queremos seguir construyendo: el de Memoria, Verdad y Justicia.

### I.2. Sobre el daño y la reparación

El ser humano es un ser social inmerso en un mundo de significaciones propios de cada cultura.

El *zoon politikon*, como lo definiera en el siglo IV a. de C., Aristóteles (1), el “*animal de polis*” vive en sociedad atravesado por tensiones y conflictos que aborda, para su resolución, con un abanico de prácticas que hilvanan respuestas que van desde el mayor sometimiento o acatamiento de normas a formas más consentidas o cooperativas. Cuando la solución no se alcanza pueden producirse rupturas o momentos disruptivos que, por sus características o intensidades, lesionen y produzcan daños. Algunos de estos daños pondrán en peligro la convivencia al afectar el lazo social, otros no. Dentro de estos últimos podemos mencionar los que llegan desde el mundo exterior vinculados a situaciones accidentales o relacionadas a fenómenos naturales. Entre los primeros los producidos por una acción humana contra el lazo social. Freud dirá que el sufrimiento más doloroso encuentra su fuente en las relaciones humanas (2).

(\*) El presente trabajo enmarca su objeto dentro de las graves violaciones a los DD.HH. que tuvo su epicentro en la última Dictadura Cívico Militar en Argentina, pero abarca el período anterior al Golpe de Estado del 24/03/1976, donde ya el Estado de Derecho había sido reemplazado por el Estado Terrorista. Teniendo en cuenta el amplio conocimiento que tienen los destinatarios del presente documento sobre el contexto en que se desarrollaron los acontecimientos en el período mencionado, nos eximiremos de mayores consideraciones en la descripción de tales circunstancias.

(1) ARISTÓTELES, “Política. Libro I: La ciudad y sus elementos”, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, Colección Clásicos Políticos, Capítulos 1-2: Las comunidades elementales —casa, aldea— y la comunidad perfecta o ciudad, El hombre como animal social o político, ed. bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo, Introducción y Notas de MARÍAS, Julián de la Real Academia Española, reimpresión de la ed. de 1951, ps. 1-5.

(2) FREUD, Sigmund, “El malestar en la cultura”.

Cada cultura desarrolla modos de mediar y regular ese lazo con el otro, y esa mediación implica que los miembros de la sociedad limiten la satisfacción de sus pulsiones para poder sostener así el vínculo comunal (3).

Dicha regulación viene unida también al surgimiento del concepto de lo justo y lo injusto ya que todos los miembros de una sociedad están regidos por la misma limitación o restricción de aquella satisfacción. La idea de lo injusto se une por otro lado a las respuestas que la comunidad desarrolla para afrontar el no cumplimiento de los límites normados, o sea las sanciones.

Como decíamos, el lazo puede dañarse por la acción humana y, como mostraremos en un apartado posterior, las consecuencias de estas acciones dañinas han despertado la aspiración de restaurar lo lesionado, volviendo lo dañado al estado anterior, al que tenían antes del hecho lesivo, como un modo de reponer el equilibrio quebrado.

Ese es precisamente el sentido de la palabra restaurar, que proviene del latín *restauratio*, cuyos componentes léxicos son el prefijo *re* que alude a repetición y el verbo *statuere* que implica colocar o erigir. Con lo cual restaurar sería volver a colocar o volver a erigir.

Sin embargo, esa primera respuesta que la comunidad exhibe frente a un daño sufrido por uno de sus integrantes provocado por otro miembro del grupo, en la mayoría de los casos se encuentra ante la imposibilidad de retornar a su condición original, aquello que ha sido lesionado.

El repensar la forma de salvar esta consecuencia puso en evidencia que, frente a una lesión

provocada entre congéneres, la primera abstracción que criminológicamente debió alcanzarse fue la de determinar la existencia de dos sujetos en esta relación dañosa, uno que será el agresor y el otro que será la víctima. Ya no se pensará entonces en la restauración, sino en un concepto de categoría imperfecta en relación con aquel del primer impulso, ya que no pudiendo volverse a la situación originaria previa al hecho dañoso deberá pensarse en la forma de repararlo, y a su vez en un sujeto que debe reparar (*agresor*) a otro individuo que debe ser reparado (*víctima*).

Vale hacer mención a la etimología del término reparar por cuanto proviene del *reparare*, a su vez compuesto por los léxicos *re*, que como ya dijimos implica volver, y el verbo *parare* cuya raíz siendo indoeuropea la encontramos en la palabra *pere*, que en latín dio un verbo sufijado *pare-re* que se interpreta como dar a luz o parir. Así las cosas, se interpreta que reparar equivale a volver a nacer; en cualquier caso, ya no se trata de lo mismo vuelto a su estado originario como entraña restaurar, sino de algo nuevo con pretensión de sustituir lo anterior que ya no recuperará su estado primitivo.

Reparar, entonces, nos remite a hablar de algo que fue dañado, y en la esfera psíquica el daño remite al dolor psíquico, que por su propia idiosincrasia no es mensurable, siendo una experiencia única e irreplicable para cada ser humano. El daño psíquico será el resultado del interjuego del impacto de un evento disruptivo y la vivencia que produce ese impacto, o sea, estamos hablando de una relación. El efecto de la misma podría derivar en un trauma. Frente a una misma intensidad, el resultado subjetivo será distinto porque el mismo se encuentra con una red de significantes singular: el sujeto con nombre propio, es decir, con una historia única.

Creemos, entonces, oportuno incluir aquí otra reflexión y es que, cuando no sea posible volver lo lesionado a su estado anterior, estaremos frente a una reparación a la que llamaremos “simbólica”, pues lo dado nunca será igual a lo perdido, sino aquello que lo representa: lo perdido no es intercambiable por lo entregado. En términos psicológicos deberemos agregar además que la reparación siempre será simbólica e implica reconocer un imposible.

(3) FREUD sostendrá en su obra “Totem y Tabú” (1913) que la vida social requiere como condición de posibilidad el “pacto fraterno” que se estableció luego del asesinato del padre, o sea la vida en sociedad tiene un origen mítico sostenido en el parricidio original y la prohibición de tocar a sus mujeres (el tabú del incesto). Luego de aquel asesinato figura del padre fue elevada a la categoría de tótem: divinidad que unifica a los miembros de la cultura alrededor del respeto y seguimiento de las leyes que emanan del mismo. La fundamental ley ordenadora desde lo social es la ley de prohibición del incesto.

## II. Reparación. Una respuesta jurídica

Ha sido un principio ancestral que los daños deben ser reparados y que el interés, por ello, no lo es únicamente en el plano de la satisfacción personal del ofendido, sino de beneficio comunitario como elemento base de coexistencia.

### II.1. Antecedentes históricos

Con el descubrimiento y publicación de la primera traducción del “Código de Ur Nammu” por parte de *Samuel Noah Kramer* en el año 1952, ha quedado comprobado que al menos por lo que hasta hoy se conoce, las primeras respuestas jurídicas a la reparación del daño fueron de carácter indemnizatorio. Es de recordar que se basaba jurídicamente en un sistema que instituía jueces que eran los *Ensi*, gobernadores locales de las ciudades estado sumerias que actuaban por delegación del Rey, el testimonio bajo juramento y la facultad judicial de ordenar la indemnización de perjuicios por parte del culpable y en casos de los considerados daños enormes cuando la cuantía de reparación pecuniaria fuera imposible de cubrir por un particular, el *Ensi* podía ordenar que la víctima fuera compensada con fondos públicos. Lo cual reviste una gran importancia por cuanto demuestra que 300 años antes de la imposición de la Ley del Talión en el “Código de Hammurabi” existía una codificación jurídica en la que la reparación del daño se realizaba en forma pecuniaria (4).

Por otro lado, Israel Drapkin en su estudio sobre los códigos pre-hamurábicos sostiene que el “Código de Ur Nammu” fue modelo de los futuros códigos que aparecen posteriormente en Sumeria, Babilonia y Asiria, todos ellos antecedentes del de *Hammurabi* (5).

Específicamente refiere Drapkin al “Código de Lipit-Ishtar” que lleva el nombre del monarca de

la ciudad de Isin, quien fue quien lo promulgó en 1860 a. de C., considerado continuación del de *Ur Nammu* y antecedente directo de la codificación de *Hammurabi*, que surgirá aproximadamente dos siglos después. La importancia de estos datos es la circunstancia que en todos estos antecedentes se mantuvo el carácter indemnizatorio para la reparación del daño, que virará siglos después a la forma talional luego de la sanción del de *Hammurabi*. En términos piagetianos podríamos decir que más allá de estas diferencias, tanto los códigos prehamurábicos como el de Hammurabi proponen sanciones de tipo expiatorio ya sean pecunarias o talionales, donde cuanto mayor es el daño a la víctima, mayor será sufrimiento que deberá acarrearle al victimario (6).

Volviendo al carácter pecuniario de la reparación del daño, los códigos prehamurábicos, constituyen una especie de puente jurídico que los vincula a nuestra actual legislación occidental en una relación muy directa y demostrable (7).

Ello bien puede funcionar como prueba de la razón de lo dicho por Jaime Santos Briz al manifestar que “puede decirse que la primera relación jurídica, derivada de la necesaria convivencia social, es la de no causar a otro daño alguno” (8).

### II.2. La reparación en el derecho nacional

En nuestra Carta Magna hay mención a reparación de daños específicos en los arts.: 15, en que se dispone que una ley especial determinará la indemnización que corresponda por declarar libres a los esclavos; 17 que establece que la expropiación por causa de utilidad pública debe ser indemnizada, y 41 que estipula la obligación de reparar el daño ambiental.

Sin embargo, el concepto de tan ancestral origen, *de no dañar al otro* quedó indubitavelmente ubicado, con lo dicho por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci al expresar que “en Argentina,

(4) GARCÍA MENDIETA, Carmen, “La Obligación de reparar el daño moral a través del tiempo”, publicada en Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, ps. 223-224.

(5) *Ibidem*, p. 224, nota 9, citando a DRAPKIN, Israel, “Los códigos pre-hamurábicos”, en Anuario de derecho penal y ciencia penales, Madrid, mayo-agosto 1982, t. XXXV, fascículo II, nota 9, ps. 338-339.

(6) PIAGET, Jean, “El criterio moral en el niño”, Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1984.

(7) GARCÍA MENDIETA, Carmen, ob. cit., nota 11, p. 225, citando a DRAPKIN, Israel, ob. cit., nota 11, p. 341.

(8) SANTOS BRIZ, Jaime, “Derecho de Daños”, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963. p. 2.



antes de la reforma constitucional, el deber de no dañar se derivaba del art. 19, ahora se desprende de la consagración de los Derechos Humanos, desde que la segunda regla de Ulpiano (*alterum non laedere*) constituye un fundamento básico de los llamados Derechos Humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada a la Constitución Nacional, ordena la reparación de los daños que pudiesen producirse a cualquiera de los derechos contenidos en el pacto a través de una indemnización ejecutable en sede interna, su art. 5º, especialmente, dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...”(9).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 21 de septiembre de 2004, recayó en la causa “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/ accidentes ley 9688”, y decretó la inconstitucionalidad en abstracto del art. 39.1 de la Ley de Riesgos del Trabajo. Se recordará que se cuestionaba la validez constitucional del art. 39 de la ley 24.557 por cuanto derogaba el derecho de los damnificados a una reparación integral del daño y dijo: “El art. 19 de la CN establece el ‘principio general’ que ‘prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero’: *alterum non laedere*, que se encuentra ‘entrañablemente vinculado a la idea de reparación’. A ello se yuxtapone, que ‘la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el [citado] principio general’, de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto ‘a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica’ (‘Gunther c. Estado Nacional’, Fallos 308:1118, 1144, considerando 14; asimismo: Fallos 308:1109)”(10).

El Máximo Tribunal en dicho fallo aclara, además, que “en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal cuenta con numerosos antecedentes que han profundizado la razón de ser de los alcances reparadores integrales que establecen las mencionadas normas del Código Civil las

cuales, como ha sido visto, expresan el también citado ‘principio general’ enunciado en la Constitución. Cabe recordar, entonces, que el ‘valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres’. Es, lo transcripto, la ratio decidendi expuesta ya para el 26 de agosto de 1975 (435, considerando 16; asimismo: Fallos 303:820, 822, considerando 2º; 310:2103, 2111, considerando 10, y 312:1597, 1598, entre muchos otros), y que el paso del tiempo y las condiciones de vida que lo acompañaron no han hecho más que robustecer, sobre todo ante la amenaza de hacer del hombre y la mujer, un esclavo de las cosas, de los sistemas económicos, de la producción y de sus propios productos (Juan Pablo II, “Redemptor hominis”, 52)”.

De este modo queda claro que la reparación de los daños tiene carácter constitucional y que los mismos deben ser indemnizados en forma integral, pero al mismo tiempo explica que no sólo se debe tener en cuenta el aspecto económico sino primordialmente el *espiritual* al que considera expresamente *insusceptible de medida económica*.

El concepto de “daño espiritual” lo entendemos según lo describe en su voto razonado el Juez Antonio Augusto Cançado Trindade en la Sentencia de la CorteIDH en el caso “Comunidad Moiwana vs. Surinam” del 15/06/2005, en la que expresa textualmente: “Me atrevería a conceptualizarlo como un daño espiritual, como una forma agravada del daño moral que tiene una implicancia directa en la parte más íntima del género humano, a saber, su ser interior, sus creencias en el destino de la humanidad y sus re-

(9) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Revista de Derecho Privado y comunitario”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1997, nro. 15. p. 270.

(10) CS, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/ accidentes ley 9688”, 21/09/2004.

laciones con los muertos. El daño espiritual no es susceptible, por supuesto, de indemnización material sino que existen otras formas de compensación. (...) Esta nueva categoría de daño, —como lo percibo—, comprende el principio de la humanidad en una dimensión temporal, e incluye a los vivos en sus relaciones con los muertos y a los aún no nacidos, de las futuras generaciones. (...) el daño espiritual no es susceptible de ‘cuantificar’ y sólo puede ser resarcido, de manera segura, por medio de obligaciones de hacer en la forma de satisfacción (por ejemplo, honrando a los muertos en las personas de los vivos)”.

Asimismo, el término “espiritual” reviste carácter convencional dentro de nuestro sistema de protección regional de los DD.HH., baste recordar lo dicho en sentencia de la CorteIDH en referencia a que “el ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica. Ya en 1948, hace medio siglo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre advertía en su preámbulo que ‘el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría’. Estas palabras se revisten de gran actualidad en este final de siglo. En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la determinación de las reparaciones debe tener presente la integralidad de la personalidad de la víctima, y el impacto sobre esta de la violación de sus derechos humanos: hay que partir de una perspectiva integral y no sólo patrimonial de sus potencialidades y capacidades”(11).

### II.3. La reparación en el derecho internacional

Debemos tener presente que en el Derecho Internacional de los DD.HH., tanto como en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de DD.HH., hay una definición amplia del concepto de víctima (12) como, asimismo, de la compren-

(11) CorteIDH, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, sentencia del 27/11/1998, Reparaciones, Serie C, N° 42, “Voto Razonado Conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli”, párr. 10.

(12) El concepto de víctima lo entendemos según se describe en el Principio 8 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Según resolu-

sión de sus derechos que incluyen los de verdad, justicia y reparación integral en sus dos dimensiones: indemnizatoria y simbólica (13).

El concepto es novedoso, ya que tradicionalmente el derecho penal ha obviado o relegado a segundo plano a las víctimas, dedicándose principalmente al Estado y al perpetrador (14). Recién en 1985 con la realización del “VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente” (que sesionó en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de dicho año) se sancionó la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos” que finalmente fuera adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29/11/1985.

De tal manera, a partir de allí, se tipificó que las víctimas podrán ser individuales o colectivas, incluyendo además a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa, las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. Respecto de los daños, estos podrán ser físicos, psíquicos, financieros y cualquier menoscabo de derechos fundamentales. Resulta relevante en lo que ata-

ción 60/147 aprobada por la Naciones Unidas en la Asamblea General del 16 de diciembre de 2005, que textualmente dice: “8. A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término ‘víctima’ también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”.

(13) GÓMEZ ISA, Felipe, “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humano”, en *El Otro Derecho*, Ed. Ilsa, Bogotá, 2007, no. 37. Se puede consultar en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Colombia/ilsa/20120531063055/od37-felipe.pdf> (actualización 03/06/2016).

(14) GÓMEZ ISA, Felipe, ob. cit., citando a NOWAK, M., (2003) “The Right to Reparation of Victims of Gross Human Rights Violations”, en ULRICH, G. - BOSERUP, L. K. (eds.), *Reparations: Redressing Past Wrongs*. The Hague-London-New York: Kluwer Law International, p. 13.

ñe al presente trabajo que *todo ello lo será independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador* (15).

Fue con la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005 de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (16) que se establece en el Principio 18 que los Estados atendiendo a su derecho interno tanto como al internacional y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, deberán proporcionar a las víctimas una reparación plena y efectiva según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: *restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición*.

Como se aprecia de lo expuesto en ese Principio 18, las Naciones Unidas han abordado la reparación desde todas sus dimensiones, ya que la primera forma, que es la *restitución* (tratada en el Principio 19), apunta a restaurar el daño, siempre que sea posible, devolviendo a la víctima a la situación anterior a la violación. Mientras que las dos siguientes contemplan el plano pecuniario, ya sea mediante la forma de la *indemnización económica* (Principio 20), o en especies como la forma de *rehabilitación* (Principio 21). Y finalmente las dos últimas formas destinadas a la *reparación simbólica como “la satisfacción”*, (regulada en el Principio 22) consistentes en una serie de medidas reparatorias que con exclusión del perpetrador, o sea, teniendo en cuenta exclusivamente a la víctima, e independientemente del aspecto pecuniario de reparación, son dirigidas a la *“reparación simbólica”*; y la forma de la *garantía de no repetición* (Principio 23) mediante la cual se pretende evitar que se vuelvan a producir estos graves hechos violatorios de los DD.HH.

Es que, precisamente, dada la consolidación en la normativa internacional del derecho a la repara-

(15) En este punto queremos ser muy claros y explícitos: esta nueva concepción respecto de las víctimas y la reparación *no* excluye para nosotros el juicio y castigo a todos los culpables del genocidio.

(16) ONU, resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

ración de las víctimas, las Naciones Unidas consideraron necesario, con la aprobación de estos principios y directrices, precisar jurídicamente el término y su contenido conceptual; ello implica un avance irreversible en el reconocimiento de los aspectos inmateriales y totalmente autónomos del carácter económico de la reparación (17).

Entre los distintos sistemas de protección de DD.HH. a nivel internacional, ha sido la CorteIDH la que más cabalmente ha interpretado este aspecto simbólico de la integralidad de la reparación. A efectos ilustrativos señalaremos lo que al respecto señalara en el caso “Loayza Tamayo vs. Perú”: “...al contrario de lo que pretende la concepción materialista del *homo oeconomicus*, lamentablemente prevaleciente en nuestro tiempo, el ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica... De todo esto resulta claro que las reparaciones no pecuniarias son mucho más importantes de lo que uno podría *prima facie* suponer... Todo el capítulo de las reparaciones... debe ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad...” (18).

Entonces no cabe ninguna duda sobre que la reparación simbólica no implica indemnización ni tiene carácter pecuniario y por el otro lado como bien se dijo al comentar el concepto de víctima de la resolución de la ONU 40/34 de 1985 y ratificado en el Principio 9 de los Principios y Directrices: “Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”. Ello lo resaltamos porque en este punto volveremos al abordar el tema del procedimiento penal.

### III. Reparación integral en Argentina

#### III.1. Políticas de memoria, verdad, justicia y reparación

Como ya ha quedado expuesto, la integralidad de la reparación es un concepto que ha ido ganando consenso en las últimas tres décadas, se

(17) GÓMEZ ISA, Felipe, ob. cit., p. 60.

(18) CorteIDH, caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, sentencia del 27/11/1998, sent. cit. párrs. 9-11 y 17.

vincula a iniciativas de distinto orden en el marco de políticas de Memoria, Verdad, Justicia y de reparación, que exceden lo jurídico y lo económico.

En términos de la subjetividad de las víctimas, lo reparador del acto sólo podrá observarse en los efectos que produce y estos no sólo dependen de la acción externa puesta en juego sino también de la manera particular/subjetiva en que ese acto pueda ser integrado y elaborado por ese psiquismo.

Poder discriminar acto y efecto y reconocer que este último es de naturaleza subjetiva, o sea, diferencial para cada sujeto y no responde a la lógica causa-efecto como consecuencia lineal, no disminuye el valor del acto, muy por el contrario, pues su ausencia también tendrá consecuencias que evaluamos no irán en el sentido de la recuperación o el apaciguamiento del dolor.

El objetivo del genocidio fue dañar consciente, planificada y deliberadamente los lazos sociales transformando esas relaciones y acciones de ellas derivadas. Para ello utilizó la desaparición, la práctica concentracionaria (19), estableció el terror como modo de control y disciplinamiento social que permitieran alcanzar los cambios buscados. Es entonces el propio Estado quien debe buscar las formas de recomponer las consecuencias de sus actos.

En este sentido, en nuestro país las reparaciones a las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos (en el período que comprende nuestro trabajo) han tenido un extenso tratamiento, que habiéndolo convertido en política de Estado durante la anterior gestión de gobierno, llegó incluso a crear dentro de la Administración Central, un área específica como es la *Dirección de Gestión de Políticas Reparatorias, dentro de la Secretaría de DD.HH. del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación*.

Esta Dirección General tiene como principal objetivo la ejecución de las leyes reparatorias: 24.043 de Indemnización para ex Detenidos;

(19) FEIERSTEIN, Daniel, "El Genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina", Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., ps. 365/378.

24.411 sobre Indemnización por Desaparición Forzada o Fallecidos por el Accionar del Terrorismo de Estado; 24.321 sobre Certificado de "Ausencia por Desaparición Forzada"; 25.914 conocida como la Ley de Hijos y 26.564 sobre Ampliación de los Beneficios de las Leyes 24.043 y 24.411. Asimismo, en forma independiente algunos estados provinciales también han sancionado normativa de índole indemnizatoria.

Hasta el año 2011 un equipo de investigación de la Universidad de Chile contabilizó 50 (cincuenta) políticas públicas en el ámbito de la búsqueda de verdad y memoria en Argentina: 18 medidas fueron de carácter nacional, 24 de ellas provinciales, 6 locales y 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). A la vez destacan que, en Catamarca, Formosa, Jujuy, La Rioja y Neuquén, entre otras, no se hayan identificado iniciativas en este campo (20).

A modo de ejemplo dicho informe señala el discurso en que el ex Presidente Néstor Kirchner pidió perdón en nombre del Estado por el silenciamiento respecto de las violaciones de los derechos humanos (21).

Dentro de las medidas a nivel nacional contempladas se encuentran la creación de la *Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI)* y la creación del *Registro de Desaparecidos y Fallecidos (REDEFA)*, el *Archivo Nacional por la Memoria*, la *Resolución del Ministerio de Defensa sobre la supresión de reconocimiento público a las autoridades de la Dictadura en dependencias de las FFAA*. Además, la creación del Parque de la Memoria en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). La creación en cuatro provincias de *Comisiones por la Memoria* y sus *Archivos Provinciales de la Memoria*, incluido el *Archivo de la Ex Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (Ex DIPBA)* (22).

(20) GARRETÓN KREFT, Francisca - GONZÁLEZ LE SAUX, Marianne - LAUZÁN, Silvana, "Políticas Públicas de Verdad y Memoria en 7 países de América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay)", Ed. Programa Derechos Humanos y Democracia Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho, Universidad de Chile, marzo 2011, p. 6.

(21) *Ibidem*, ps. 5-6.

(22) *Ibidem*, p. 7.

Sin ánimo de ser taxativos y sólo a título de ejemplo, señalamos que a lo ya expuesto y a lo largo del informe mencionado se deben sumar una gran cantidad de hechos de verdad y memoria que implican reparaciones simbólicas, como la señalización de los CCD (*Centros Clandestinos de Detención*), resoluciones que disponen la colocación de placas en establecimientos de las Fuerzas Armadas y del Ministerio de Defensa de la Nación (23); la resolución que dispone suprimir al interior de la Fuerzas Armadas los reconocimientos u homenajes a personas que hayan atentado contra el orden constitucional o democrático; la institución por ley 25.633 de la conmemoración el 24 de marzo de cada año del *Día de la Memoria por la Verdad y la Justicia* designado como feriado nacional; la entrega por parte del gobierno del inmueble de la *ex Escuela Superior de Mecánica de la Armada* a la Ciudad de Buenos Aires y a organizaciones de DD.HH. para la creación de un museo de memoria; la *Casa Mariani-Teruggi* declarada en el 2004 Monumento Histórico Nacional, que se conserva intacta desde que en 1976 fuera atacada y saqueada por las fuerzas de seguridad y militares; también en el ámbito provincial la denominación “Jardines de los Derechos Humanos” al lugar donde ocurrió la represión y secuestro de un grupo de estudiantes secundarios desaparecidos en la Ciudad de la Plata; y la cesión del edificio donde funcionaba la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires a la Comisión Provincial de la Memoria. A nivel local encontramos la designación de una vía pública como “Calle de la Memoria” en homenaje a las víctimas del terrorismo de Estado de 1976-1983, en la Municipalidad de Rosario.

Lo mencionado resume un sinnúmero de hechos realizados en materia de reparación simbólica en el ámbito nacional, provincial y local desde sus poderes legislativos y ejecutivos.

Respecto del Poder Judicial, aunque no es su objetivo, el normal ejercicio de su función específica en materia de juzgamiento de delitos de lesa humanidad conlleva un efecto reparador para las víctimas (24). Por otro lado, los tribuna-

les de juicio han realizado importantes aportes jurisprudenciales en la materia que se reflejan en sentencias que en los últimos años van incluyendo medidas de reparación simbólica (25).

Sin embargo, más allá de reconocer estos aspectos y el avance producido desde que los procesos de juzgamiento se reabrieron hace 13 años, consideramos que las víctimas, las víctimas-testigos, sus familiares y allegados (que sufrieron con ellos las graves violaciones a los derechos humanos) son los grandes ausentes en las sentencias que se han producido.

### III.2. Daño al proyecto de vida

El daño al *proyecto de vida* y el deber de repararlo fue reconocido por la CorteIDH en la sentencia del caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, en noviembre de 1998. Dada la característica de progresividad e irreversibilidad de los DD.HH. (26), dicho reconocimiento del *proyecto de vida* como un bien jurídico a proteger, y la consiguiente obligación de repararlo, ha significado uno de los avances más importantes en la materia. Su incorporación al Sistema Interamericano

miento público y el accionar de la justicia, es decir, el pasaje de lo privado e íntimo como sufrimiento a la esfera de lo público, restituyen algo de la trama que fue lesionada por el trauma (...) el dispositivo de una audiencia en una corte es fundamental. Primero porque ese dispositivo de escucha permite que esa verdad privada se haga pública y socializada. Segundo porque la Corte puede agregarle a la verdad, la justicia. La Corte puede entonces darle un corte al daño psíquico y moral simultáneamente... Esa audiencia es la forma en que el Estado reconoce el daño producido. Y en ese mismo acto lo empieza a reparar”.

(25) Ver sentencias causa N° 17/2012/TO1, caratulada “Vañek, Antonio y otros s/ infracción al art. 144 bis inc.1°” y causa N° 93001103/2011/TO1 caratulada “Fracassi, Eduardo R. y otros s/ privación ilegítima de la libertad (art. 144 bis, inc. 1°)”.

(26) ONU, “Declaración Universal de Derechos Humanos”, resolución 217 A (III) adoptada y proclamada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948: “Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

(23) *Ibidem*, ps. 8-13.

(24) GUILIS, Graciela, “El concepto de reparación simbólica. Equipo de salud mental del CELS”: “...el reconoci-

de Protección de los DD.HH., lo torna operativo en nuestro sistema de derecho interno por imperio del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

Para enmarcarlo normativamente consideramos oportuno aludir al voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli que textualmente dice: “El proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana. El daño al proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio sentido que cada persona humana atribuye a su existencia. Cuando esto ocurre, un perjuicio es causado a lo más íntimo del ser humano: trátase de un daño dotado de autonomía propia, que afecta el sentido espiritual de la vida”(27).

Considera el fallo mencionado que el *proyecto de vida* se halla indisolublemente ligado al concepto de libertad que todo ser humano tiene de elegir su propio destino (28). Los graves hechos violatorios de los derechos humanos de las víctimas, considera el alto tribunal internacional, han irrumpido alterando en forma sustancial el desarrollo del individuo y modificado el curso de su vida, cambiándola drásticamente e imponiendo circunstancias que modificaron adversamente sus planes y proyectos; ello es necesario considerarlo no como una mera posibilidad sino como una probabilidad (29) teniendo en cuenta las circunstancias en que llevaban su existencia y las propias aptitudes para cumplir ese proyecto con éxito (30).

Las causas judiciales que se sustancian en nuestro país por delitos contra la humanidad tienen por víctimas a personas que han atravesado

(27) Corte IDH, caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, sentencia del 27/11/1998, sent. cit. párr. 16.

(28) *Ibidem*, párr. 15.

(29) En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable —no meramente posible— dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos.

(30) Corte IDH, caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, sentencia del 27/11/1998, sent. cit., párrs. 149-150.

la persecución, la experiencia de los campos de concentración, las cárceles de la dictadura, la desaparición de familiares, la apropiación y supresión de identidad, la tortura física y psíquica sostenida en el tiempo. Pérdidas de familiares, compañeros, la patria, proyectos, grupos de pertenencia y referencia, todas ellas con disímiles posibilidades de ser dueladas o con duelos imposibles, son parte de historias personales y colectivas. Hubo niños, hoy adultos, que vivieron la experiencia concentracionaria o fueron testigos de situaciones de extrema violencia, criados en hogares atravesados por el miedo y la ruptura de vínculos sociales. El terror, la desconfianza y el vivir bajo estado de amenaza fueron parte de la vida cotidiana, sentimientos que regulan además los intercambios sociales. Allí hubo también aislamiento social y desarraigos, desamparo y silenciamiento.

Retomando nuestras primeras reflexiones diremos que todas estas experiencias han sido ataques profundos al lazo social, desestructurantes desde lo subjetivo, fuente de dolor perdurable, generadores de daño psíquico y al proyecto de vida y en muchos casos con efectos traumáticos que, por tales, también se mantienen en el tiempo.

Como dirá Kaës (siguiendo a Freud): “El sujeto lleva una doble existencia: en tanto es para sí mismo su propio fin y en tanto es trama, miembro, servidor, beneficiario y heredero de una cadena a la cual se encuentra sujetado, sino contra su voluntad, al menos sin la intervención de ella”(31). Esta afirmación nos coloca en la dimensión del espacio— tiempo donde cada sujeto es eslabón entre quienes lo anteceden y quienes lo continúan, y donde, así como recibe y hereda de la generación previa, transferirá esa heredad. Se abre aquí el capítulo de la transmisión psíquica tanto inter (32) como transgeneracional (33) del daño y el legado traumático (los

(31) KAËS, René, “La intersubjetividad: un fundamento de la vida psíquica”, en HORSTEIN, Luis (comp.), Proyecto terapéutico. De Piera Aulagnier al psicoanálisis actual, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2007, p. 79.

(32) Entendemos por transmisión intergeneracional la que se produce entre generaciones que se preceden y suceden en el tiempo, con una forma de relación directa.

(33) Entendemos por transmisión transgeneracional la que se produce a través de las generaciones, donde los

efectos en aquellos que nacieron en los tiempos posgenocidas y a los por venir) (34).

En lo que atañe a este trabajo y debido a ese legado, pensamos que la reparación del daño al proyecto de vida de las víctimas (ya sean singulares o colectivas) se convierte en una necesidad pues sus efectos no sólo son presentes, sino que tienen proyección a futuro.

Desde lo judicial consideramos que se requiere partir “del caso concreto” pues es preciso evaluar la pérdida o el grave menoscabo de las oportunidades perdidas del desarrollo personal en forma irreparable o muy difícilmente reparable, aclarando que estas nuevas y desfavorables condiciones le fueron impuestas en forma injusta y arbitraria, violando las leyes y la confianza en los órganos estatales que debieron protegerla y asegurarle el pleno ejercicio de sus derechos (35).

A nuestro entender es el juicio oral el momento oportuno donde se debe circunstanciar “el caso concreto”, y el órgano estatal indicado para hacerlo es el Tribunal, dado que al sentenciar cuenta con todos los elementos probatorios de los hechos dirimidos en las audiencias y los valora. Es luego de haber escuchado a las propias víctimas cuando tiene la capacidad suficiente para evaluar el daño producido al proyecto de vida, y es en esa sentencia donde debe incluir la medida de reparación.

síntomas del legado traumático de la primera generación pueden manifestarse en la tercera.

(34) Dan cuenta de esta transmisión estudios y desarrollos realizados en referencia al genocidio armenio y la Shoá, y los llevados adelante tanto en nuestro país como en otros del Cono Sur atravesados por la represión política y los crímenes de estado. Entre ellos mencionaremos KUYUMCIYAN, Rita, “El primer genocidio del siglo XX. Regreso de la memoria armenia”, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2009; PIRALIAN, Hélene, “Genocidio y transmisión”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000; GAMPEL, Yolanda, “Esos padres que viven a través de mí”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2006; Ed CINTRAS (Chile), GTNM/RJ (Brasil), EATIP (Argentina), SERSOC (Uruguay), “Daño transgeneracional: consecuencias de la represión política en el Cono Sur”, Santiago, 2009. Se puede consultar en <http://www.cintras.org/textos/libros/librodanotrans.pdf>.

(35) CorteIDH, caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, sent. cit. párr. 150.

### III.3. Medidas de satisfacción y garantía de no repetición

El juicio es el momento donde no sólo los imputados, sino que también las víctimas, se hallan frente al Estado representado por el órgano jurisdiccional. Es un momento único e irrepetible, y en el caso que nos ocupa, imprescriptibilidad mediante, han pasado más de cuatro décadas de búsqueda de la verdad y de justicia.

Por tratarse de crímenes de estado las sentencias dedican extensos capítulos a describir el contexto, surgido del plexo probatorio, donde quedó probado la participación estatal. Ahora bien, parte de esa participación fue judicial, rechazando los habeas corpus de los familiares en busca de sus seres queridos, ya sea por desidia, complicidad o participación directa (36) en la dictadura. Por ello el Tribunal que asume la representación estatal en el juzgamiento debe hacerse cargo de esa responsabilidad y en nombre del Estado de Derecho debe ofrecer, respecto de la reparación, la medida de satisfacción que a su criterio corresponda en el caso. Así lo establece el Principio 22 de los Principios y Directrices de las Naciones Unidas ya señalado anteriormente, especialmente en el inciso “d” que prevé una “decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella” y el inciso “e” que dispone “una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades”.

Pero en términos reparatorios, la sentencia no debe agotarse en las medidas de satisfacción ya que son las medidas de no repetición (37) las que, como su nombre lo indican, miran el futuro desde la dimensión preventiva.

(36) TOral Crim. Fed. N° 1 Mendoza, sentencia del 26/07/2017, en autos 076-M, caratulada “Menéndez Sánchez, Luciano B. y otros s/ Inf. Art. 144 ter CP” y sus acumulados N° 077-M, 091-M, 096-M, 098-G, 099-M, 105-F, 106-M, 108-M, 109-M, 110-M, 111-M, 112-C, 14000800/2012 y 14000820/2010. Sent. N° idad1718, del 26/07/2017. Y para ampliar se puede ver: BOHOSLAVSKY, Juan P., “¿Usted también doctor?: Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura”, Ed. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015, 1ª ed.

(37) Hablar de “garantía” de no repetición nos remite por un lado a un ideal, una utopía.

Esas medidas de no repetición que están mencionadas en una enumeración que no es taxativa en el Principio 23 de los Principios y Directrices (ONU), quedan a criterio del tribunal y se sostienen en la necesidad de que el estado ratifique su vocación de evitar que los hechos aberrantes juzgados se repitan.

No sólo se trata de hacer memoria y de cómo los juicios se constituyen en espacios de construcción de verdad, sino también del poder judicial reconociendo dolores, sufrimientos, anticipando riesgos, potencialidades, haciendo aprendizajes y aportando a la “garantía de no repetición”.

Es en las medidas de satisfacción donde encontramos la posibilidad de reconocimiento del daño sufrido individual, grupal o comunitariamente, en tanto encuadrados en el concepto de víctima, y desde allí surgen las acciones tendientes a reparar las consecuencias del delito cometido. Es en la garantía de no repetición donde encontramos la dimensión social de la reparación, la posibilidad de elaboración de mensajes que busquen y posibiliten aprendizajes y cambios.

*Si en las medidas de satisfacción se reconoce a la víctima y el daño que sufriera, o sea, se piensa en lo pasado y perdido, es en las garantías de no repetición que se incluye la dimensión del futuro y la esperanza de transformación.*

#### IV. Reparación y momento procesal

Cuando se aborda la reparación desde su concepción indemnizatoria en el proceso penal se disparan los mecanismos de rango constitucional que garantizan al imputado su derecho a la defensa y la garantía del debido proceso legal. No está negado que el querellante realice su reclamo indemnizatorio tendiente a hacer efectiva la reparación integral de los daños, tal como podría hacer en forma paralela y autónoma en el fuero civil. Para ello se ha concebido precisamente la figura de “actor civil”.

Sin embargo, como ya hemos visto la “reparación simbólica” tendiente a obtener la medida de “satisfacción” y la “garantía de no repetición” tal como lo prevén los Principios 22 y 23 de los Principios y Directrices *básicos sobre el derecho de las Víctimas*, merece un análisis especial en

cuanto a si hay un oportuno momento procesal en que debe plantearse y si debería respetar las garantías en cuanto a los derechos de defensa de los imputados.

A los dos interrogantes del párrafo precedente la respuesta es negativa; en primer término con respecto a las garantías de defensa en juicio, en nada afecta su planteamiento a los derechos de los acusados por cuanto, como ya se dijo anteriormente, en este caso lo único que está en juego son los derechos de la víctima y los imputados estarán ausentes de toda consideración de los jueces por cuanto bien lo expresa la normativa internacional analizada anteriormente, ellos son independientes “de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador”. En segundo término entonces el tiempo procesal oportuno será al momento de comprobarse los hechos y ser tenida como víctima la parte que reclama la medida y hasta la finalización del proceso; con lo cual siendo facultad de la parte, lo más conveniente en cuanto a la oportunidad, seguramente será la de los alegatos en las audiencias de debate del Juicio Oral ya que se ha producido la prueba en su totalidad y es la última oportunidad de la víctima de solicitar al tribunal lo que considere pertinente.

#### V. Sentencia integral

A nivel convencional la obligación de reparar surge del art. 63.1 de la Convención Americana de DD.HH. y del art. 31 del Reglamento de la CIDH, por lo que la Corte se encuentra facultada con los más extensos poderes formales para ordenar reparaciones por violaciones de Derechos Humanos a nivel de cualquier órgano y esa reparación, además, deberá ser en el amplio sentido en que ya expresáramos.

No basta considerar al normal ejercicio de la jurisdicción como hecho reparatorio para las víctimas. A nuestro entender, en este tiempo histórico, la sentencia condenatoria que sólo contemple penas es *insuficiente* en la búsqueda de justicia.

Como ya hemos desarrollado en otro apartado, la sentencia relata los hechos, las circunstancias que lo rodearon, la autoría y participación de los acusados con su consecuencia punitiva, pero la víctima, las víctimas-testigos, sus familia-



res y allegados (que sufrieron con ellos las graves violaciones a los derechos humanos) sólo están presentes en la sentencia a través de la pena a sus perpetradores.

Las víctimas están objetivamente presentes en el proceso porque los hechos que las tuvieron como tales son el objeto procesal (se hayan constituido como querellantes o no), pero esta presencia no se traduce en la conclusión del proceso. Es por ello que consideramos relevante y necesario visibilizarlas en las sentencias.

Los tribunales tienen obligación internacional por imperio del art. 75 inc. 22 de la CN, de realizar actos reparatorios simbólicos dirigidos a las víctimas, (sujetos de derecho), y ello debería expresarse en la sentencia, en los fundamentos y en lo resolutivo con medidas concretas que deberán tratarse para cada caso concreto.

Sin duda el quehacer jurisdiccional en materia penal se encamina fundamentalmente a esclarecer los hechos delictivos y condenar a los responsables. Sin embargo, ello no es óbice para que tal como lo expresa el art. 30 del Código Penal en su inc. 1º, la sentencia condenatoria pueda ordenar: “La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias”.

Como ya expresáramos, la obligación internacional de los tribunales de juicio de disponer reparaciones hace a las garantías del debido proceso legal que merecen las víctimas y resultan normas operativas a las que debe ceñirse el órgano jurisdiccional.

Por lo cual una sentencia condenatoria debería considerarse incompleta, si comprobado el daño al proyecto de vida y/o daño espiritual a las víctimas, no dispone medidas de satisfacción y de garantía de no repetición; por el contrario, aquella que las incluya, será una sentencia integral con pleno respeto a la garantía del derecho a la reparación de las víctimas desde su dimensión simbólica.

## VI. Conclusión

Los tiempos históricos van dando lugar a distintas formas de justicia y reparación. En la

década del 80 con el advenimiento de la democracia la Conadep fue el espacio estatal donde denunciar, relevar y organizar información nueva o ya aportada por las víctimas y familiares en tiempos dictatoriales. La búsqueda de Justicia encontró un mojón en el Juicio a las Juntas. Cuando la sentencia del mismo habilitó a seguir los procesos judiciales, el *Congreso de la Nación legalizó la impunidad e impidió la continuidad judicial* (salvo para casos de apropiación). Los indultos presidenciales inauguraron los '90, que también conocerán los primeros actos reparatorios desde el Estado que tomaron la forma de leyes bajo el signo pecuniario y de avanzar sobre el derecho a la verdad con los Juicios por la Verdad. Cuando en el nuevo siglo se anulan las leyes de impunidad y se reabre el camino judicial para los delitos que son definidos de lesa humanidad, comienza a promoverse desde el poder ejecutivo y el legislativo otros modos de reparación que hacen no sólo al conocimiento de verdad sino también a la atención psicofísica de las víctimas y sus familias (38) o que permiten reconstruir memoria (39).

Más allá de la pena como forma sancionatoria, en los últimos 20 años se ha ido avanzando en conceptualizaciones sobre la reparación como parte de los procesos de justicia.

Los procesos judiciales por delitos de lesa humanidad ya son un logro en nuestro país, un camino conquistado. Juicio tras juicio vamos ganando en complejidad y riqueza reconociendo nuevos delitos, como los sexuales, hasta la investigación de delitos contra menores (40) pero también con el debate instalado en los

(38) Centro de Asistencia a Víctimas de Violaciones de Derechos Humanos “Dr. Fernando Ulloa”. Secretaría de Derechos Humanos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(39) Sitios de Memoria. Preservación y señalización de Centros Clandestinos de Detención. Secretaría de Derechos Humanos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(40) TOral Crim. Fed. Nº 5 San Martín, sentencia del 25 de septiembre de 2013 en la causa nro. 2748 caratulada “Buitrago, Sergio; Meneghini, Juan F., Ortega, Servando y Riveros, Santiago O. s/ inf. arts. 144 ter, 144 bis, 142, 142 bis, 145 bis, 167, 166 inc. 2º y 151 del CP” —casos 148 y 296— seguidas a Santiago Omar Riveros, Servando Ortega y Juan Fernando Meneghini.

estrados acerca de si en nuestro país hubo o no un genocidio, dando lugar a sentencias que califican como “*delito internacional de genocidio*” (41).

Sin embargo, bajo la actual gestión de gobierno, se viene produciendo un fuerte retroceso en las políticas de Memoria, Verdad y Justicia en los tres poderes del estado (42). Como paradigma de esta regresión podemos incluir el fallo de la CS conocido como “Muiña” o “2x1” (43), donde la Corte omitió realizar el control de convencionalidad, violando así la prohibición de conmutación de penas para crímenes de lesa humanidad y aplicó una ley para computar doble la prisión preventiva de genocidas que no la habían cumplido nunca. La sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en su fallo sobre la llamada “Masacre de la Capilla del Rosario”, revocó las condenas de

tres militares justificando los crímenes y responsabilizando a las víctimas (44).

A pesar de estas nuevas y regresivas decisiones de los más altos estamentos judiciales consideramos que incorporar el debate sobre la reparación simbólica, como parte de la responsabilidad del Poder Judicial al momento de sentenciar, nos mantiene en un camino del que estamos convencidos y que es el que nos han mostrado las Madres, las Abuelas y los Familiares: buscar la verdad y la justicia más allá de los avatares históricos y, construyendo nuevas herramientas, ampliar y profundizar su sentido. Esta no es sólo una decisión jurídica y política, sino ética.

Sostenemos la importancia y la capacidad transformadora de sentencias que, desde la dimensión simbólica de la reparación, brinden a las víctimas la posibilidad de un mayor reconocimiento a lo vivido, sufrido, perdido, y a partir de allí sumar a la elaboración personal y social de la experiencia genocida, pero también sostenemos que la Sentencia Integral daría otra dimensión y profundidad a la Garantía de No Repetición, medida que apunta a poder construir un mundo mejor y que en nuestro país encarnó en el “Nunca Más”. ◆

(41) TOral Crim. Fed. N° 1 La Plata, sentencia del 13/11/2015 en la causa N° 17/2012/TO1, caratulada “Vaňek, Antonio y otros s/ infracción al art. 144 bis inc. 1°”.

(42) TABOADA, Adriana, “Macrismo y derechos humanos. Hacia la impunidad y el negacionismo”, en *Tela de Juicio 2. Debates en torno a las prácticas sociales genocidas*, Buenos Aires, 2017, ps. 19/34.

(43) CS, fallo del 03/05/2017, en autos CSJ 1574/2014/RH; sobre recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa “Bignone, Reynaldo B. A. y otro s/ recurso extraordinario”.

(44) CFed. Cas. Penal, sala III, fallo del 09/06/2017 en autos causa N° FTU 16/2012/CF1 “Carrizo Salvadores, Carlos E. D. V. y otros s/ recurso de casación”. Registro N° 740/16.

.....