

## **LOS JUICIOS POR LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>**

**Mario Alberto Juliano<sup>2</sup>**

Luego de presenciar el juicio a Adolf Eichmann en Jerusalén como corresponsal del diario *The New Yorker*, Hanna Arendt no vaciló en calificar lo realizado por los criminales de guerra nazis como “la banalidad del mal”.

Arendt quería significar con esa adjetivación (la banalización) hasta que punto los personeros del terror habían trivializado la disposición de la vida de las personas que se encontraban sometidos a sus caprichosos designios. La frontera entre la vida y la muerte podía depender del humor del jerarca de turno o de las condiciones climáticas, siendo tan elevados los niveles intrínsecos de irracionalidad que los prisioneros enfermos eran curados previos a ser sometidos a las cámaras de gas.

Desde otras latitudes y más contemporáneamente, ya con la democracia recuperada, aquél gran ius-filósofo que fuera Carlos Nino catalogaba lo sucedido en la República Argentina durante los oscuros años de la dictadura como “el mal absoluto”, dando a entender una noción de totalidad, en el sentido de una maldad que todo lo abarcaba y lo impregnaba y de la cual ningún valor quedaba exento.

Con ello quiero decir que por fuera de toda disquisición teórica o lingüística, para aquellos que amamos las libertades y que entregamos nuestras mejores horas a cultivarlas y defenderlas, no pueden existir resquicios a la hora de condenar moral y éticamente la maldad de aquellos que osaron convertirse en lobos del hombre y en demiurgos (dioses imperfectos) que disponían discrecionalmente de la vida y la fortuna de sus semejantes.

El camino recorrido por nuestro país desde la recuperación de la democracia hasta la fecha en la transición y juzgamiento de las más graves violaciones a los derechos humanos registrada entre los años 1976 a 1983 ha sido cuanto menos intrincado, por calificarlo de algún modo, con acentuadas marchas y

<sup>1</sup> El presente trabajo es una adaptación de una conferencia dada en el Colegio de Abogados de Necochea en el año 2007 con motivo de la conmemoración del Día del Abogado

<sup>2</sup> Abogado UNMDP. Juez del Tribunal en lo Criminal N°1 de Necochea. Presidente de la Asociación “Pensamiento Penal”. (mjuliano2004@yahoo.com.ar)

contramarchas que fueron acompañando los procesos políticos vividos en estos últimos 25 años.

Proceso que por sus peculiares características, sus corsis y recorsis, prácticamente que no reconoce antecedentes en otros sitios del planeta, inclusive aquellos que sufrieron gravísimos atentados a los derechos humanos, como lo fue el propio Holocausto, el apartheid sudafricano, la matanza ruandesa, la dictadura franquista y en nuestra región las consecuencias de las dictaduras uruguaya, paraguaya y chilena.

Debo comenzar aclarando que no soy un especialista en materia de derecho penal de los derechos humanos. Solo cuento con algunas certezas y muchas más incertidumbres, las que por una cuestión de honestidad intelectual me animaré a exponer públicamente por primera vez, solicitando la anticipada indulgencia de los lectores en tal sentido.

El propósito de mi intervención en este tramo de las conferencias está orientado a analizar alguno de los interrogantes que origina la aplicación del derecho penal de los derechos humanos en el plano del derecho interno y sobre todo con relación a algunos arraigados principios del derecho penal liberal.

Valga señalar en primer término que el derecho internacional de los derechos humanos ha sido una fatigosa elaboración de la comunidad internacional de la posguerra, que sobre la base de las dolorosas experiencias sufridas, tuvo el propósito de consolidar determinados estándares inderogables que preservasen los derechos y las libertades individuales frente a la autoridad de los Estados. De ahí el carácter inderogable y erga omnes de los derechos humanos consagrados por los Pactos, Tratados y Convenciones, como asimismo la obligación de los Estados de reparar frente a sus violaciones.

De su mano se consolidan los postulados de la protección de la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad que había elaborado el Iluminismo y se desarrolla el concepto de ciudadano del mundo que reconoce una serie de derechos a cualquier persona independientemente del sitio en el cual se encuentre. Conceptos sin los cuales resultaría poco menos que impensable la realización de cualquier tipo de proceso penal, como lo son los derechos a ser presumido inocente hasta tanto recaiga sentencia condenatoria firme, a contar con una defensa técnica eficaz, a ser oído por los jueces, a no ser sometido a vejámenes ni penas crueles, inusuales e infamantes, a la revisión de las sentencias por jueces diferentes de los que las dictaron y de una manera amplia, etcétera, principios todos estos que han permitido construir una prolífica doctrina pro-

tecnica de la parte más débil de la relación jurídico penal, como lo es el sujeto sometido a proceso.

De dicha lógica nace la necesidad de la persecución internacional de aquellas conductas que atenten contra los derechos humanos fundamentales, movimiento que se inicia con la sanción de una serie de pactos, tratados y convenciones, como lo son la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, el Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y de los Crímenes de Guerra, y que parece alcanzar su punto culminante con la sanción del denominado Estatuto de Roma y la puesta en vigencia de la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, lo cierto y lo concreto es que, de acuerdo a la experiencia (y principalmente la experiencia de nuestro país, que en este sentido parece llevar cierta delantera con respecto a otros Estados que han procesado sus experiencias más traumáticas de otras maneras diferentes) da toda la impresión que la persecución y el castigo de los crímenes considerados más graves parece haber rebasado toda limitación y control, fungiendo del viejo derecho penal liberal a un nuevo derecho penal liberado, que en su cruzada contra el mal abandona los principios que postula para el ejercicio del poder punitivo en el resto de los casos.

Demostrativo de lo precedente es que los organismos internacionales e interamericanos de derechos humanos consideran que la reparación a las violaciones de los derechos humanos se logra únicamente con la sanción penal, abandonando la noción subsidiaria y fragmentaria del derecho penal como ultima ratio en la resolución de los conflictos. No otra cosa es lo que puede pensarse cuando el Preámbulo del Estatuto de Roma establece que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad jurídica en su conjunto no deben quedar sin castigo.

Declaración que no ha quedado reducida a una mera expresión de deseos, sino que se exterioriza de modo claro y concreto en una serie de indicadores, y fundamentalmente con los rigurosos criterios de aplicación de prisión preventiva por muy prolongados espacios de tiempo y sin que siquiera exista sentencia condenatoria de primera instancia, lo cual constituye un ejercicio poco menos que esquizofrénico en el caso de algunas organizaciones de derechos humanos, que por un lado activan fuertemente en contra de la prisión anticipada de los jurídicamente inocentes y por el otro reclaman prisión ya de individuos otrora feroces y que hoy son patéticos desechos humanos.

Desembocamos de este modo en un nuevo axioma para el derecho penal de los derechos humanos, que de acuerdo a la elocuente forma de decir las cosas de Daniel Pastor podría ser sintetizado de la siguiente forma: "siempre que un hecho grave ha ocurrido, debe ser castigado". Razón por la cual este derecho internacional proscribiera a los Estados parte la posibilidad de disponer amnistías para los individuos sospechados de esta grave criminalidad, restringiendo el empleo de una herramienta que bajo algunas circunstancias, puede resultar idónea para lograr la pacificación interna de una nación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos consolidó esta postura en el caso "Barrios Altos" (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), pero además avanzó en una formulación dogmática según la cual la única respuesta que podía darse al caso era la condena penal, en franca oposición a la última ratio y mínima intervención penal. Afirmó: "...son inadmisibles las disposiciones de amnistía... de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos..." "... (la) sanción de sus autores —así como de otros participantes— constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales".

Probablemente que una de las principales conquistas del derecho penal liberal, vigorosamente reafirmada por el derecho internacional de los derechos humanos ha sido el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, del mismo modo que los estados se han auto impuesto límites temporales, proporcionales a la gravedad de los delitos, más allá de los cuales no puede continuarse la persecución penal, el cual es conocido como principio de prescripción de la acción.

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (del 26 de noviembre de 1968) fundamenta en su preámbulo que los crímenes de guerra y de lesa humanidad figuran entre los delitos más graves del derecho internacional, observándose que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de tales crímenes se ha previsto limitación en el tiempo, en el convencimiento que la represión efectiva de aquellos es un elemento importante para prevenir tales delitos y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales,

fomentando la confianza, estimulando la cooperación entre los pueblos y contribuyendo a la paz y la seguridad internacionales.

La tésis de la ley nos conduce a un derecho penal ilimitado en el tiempo, tanto hacia el futuro (la imprescriptibilidad) como hacia el pasado (aplicación retroactiva de la ley). Hasta el momento, ni una cosa ni la otra han logrado ser justificadas en forma satisfactoria, al menos en el plano que es exigible reclamar a un estado de derecho.

En efecto, relativo a la infinitud en el tiempo de la persecución penal, el mismo Zaffaroni ha terminado por reconocer que la vigencia de este principio no tiene justificación lógica en el plano jurídico, y que su única legitimación es política. Como es obvio, un instituto penal que abreve únicamente en razones políticas puede ser admitido en ese plano, pero difícilmente admita apoyatura en el plano del derecho.

Del mismo modo en lo relativo a la aplicación retroactiva de esta legislación (la que dispone la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad) bajo la justificación que ello habría estado previsto de ese modo en el *ius cogens* o derecho de gentes, el cual tiene recepción en el artículo 118 de nuestra Constitución. Considero que una interpretación de esta naturaleza de graves disposiciones penales difícilmente podrá ser compatibilizada con el tradicional principio de legalidad material (*nullum crimen sine lege*) que consagra el artículo 18 de la Carta Magna y que, justamente, permite que los ciudadanos conozcan los límites entre lo punible y lo impune.

Uno de los principales desafíos del estado de derecho es evitar convertirse o parecerse a aquello mismo de lo cual debe diferenciarse por su propia naturaleza, límites que muy fácilmente pueden ser confundidos por la tentación de actuar decididamente ante la enormidad del mal.

De un buen tiempo a esta parte los estudiosos del derecho han venido desarrollando el concepto del derecho penal del enemigo, en el sentido de un derecho potenciado en su capacidad punitiva y disminuida en sus garantías, ya sea para justificarlo, ya sea para denostarlo. Y lo cierto es que este es el sayo que le cabe a medida al derecho penal de los derechos humanos en tanto y en cuanto, en la reivindicación de causas justas como lo son las vinculadas con las graves violaciones a los derechos humanos, ha exorbitado una buena parte de los límites derivados el ius-humanismo y del pensamiento ilustrado.

Cualquier podría pensar que en la medida que estas extralimitaciones son padecidas por individuos que cuando tuvieron la oportunidad de ejercer el poder no tuvieron miramientos de ninguna índole para con sus semejantes, no

es más que suministrarles una parte de su propia medicina. Enemigos que no son merecedores de demasiados miramientos, máxime en la medida que son tantos los esfuerzos que hay que realizar para minimizar las consecuencias del fenómeno penal respecto de otros individuos más vulnerables que los viejos detentadores del poder totalitario.

Pero el riesgo enorme que corre la sociedad civil en general con la proliferación de alguna de las tendencias del derecho penal de los derechos humanos que hemos descripto, es su derrame al derecho interno, cuestión que no es meramente académica y que ya ha tenido sus primeras y preocupantes exteriorizaciones.

Efectivamente, muchos fuimos los que nos sorprendimos cuando el 18 de septiembre de 2003 la CIDH dio su fallo en el conocido caso "BULACIO", el que sin dejar de ser un hecho gravísimo, nadie puede pensar que se trató de un delito de lesa humanidad en el sentido que es definido por el Estatuto de Roma, y que al mismo le pudieran ser aplicadas las reglas del derecho penal de los derechos humanos, y más específicamente las relacionadas con la imprescriptibilidad de la acción.

Insisto, el caso BULACIO parece ser un grave episodio de violencia policial, pero no creo que haya abandonado los límites del derecho común, como no sea que pudiéramos sostener con algún grado de seriedad que se trató de una acción sistemática del estado argentino dirigida a exterminar a un sector de su población y que ese homicidio afecte a la humanidad.

Sin embargo, la CIDH sostuvo que se trataba de una grave violación a los derechos humanos de la víctima y sus familiares (generando una categoría intermedia entre los delitos de lesa humanidad y los delitos comunes), y que por ello resultan inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos.

Como es obvio, muchos somos también los que atentamente esperamos el momento en que el imputado en la causa BULACIO (esto es el comisario Miguel Angel Expósito), recurra según es su derecho a la propia CIDH en reclamo de un plazo razonable para su juzgamiento, para ver de qué modo se compatibilizará el derecho de la víctima y sus familiares al esclarecimiento de la verdad con el del imputado a un juicio rápido y sin dilaciones indebidas.

A este respecto considero que ciertamente nos encontramos en presencia de un derrame del derecho penal de los derechos humanos hacia el derecho común que puede resultar de imprevisibles consecuencias si, por ejemplo, en

lo sucesivo pasaremos a entender que todo delito contra la vida de las personas constituye una violación a los derechos humanos, como efectivamente lo es, y que en consecuencia deban aplicársele las reglas del derecho penal de los derechos humanos.

Afortunadamente pareciera ser que la CSJN ha vuelto sobre sus propios pasos (ya que en el caso BULACIO acató la sentencia de la CIDH por su valor vinculante para nuestro país y ordenó continuar la sustanciación de la causa contra el comisario Expósito), al resolver recientemente (11 de Julio de 2007) el caso DERECHO (también conocido como BUENO ALVES por el nombre de una de las víctimas), donde haciendo suyo el dictamen del Procurador ha entendido que el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos no puede constituir fundamento autónomo suficiente para proseguir el ejercicio de una acción penal que ha sido declarada extinguida cuando el hecho investigado no es un delito imprescriptible.

Recordemos que el caso BULACIO no se diferencia del caso DERECHO en lo atinente a los hechos ocurridos, ya que mientras en aquél se trató de una detención en ocasión de una razzia y el posterior traslado de la víctima a una dependencia policial donde habría sido golpeado para fallecer luego en un hospital como consecuencia del castigo recibido, en este habría consistido en la detención ilegal de un individuo (Juan Francisco Buenos Alves) para que produjese una declaración testimonial contraria a su abogado (Carlos Pérez Galindo), habiendo recibido un castigo como consecuencia de su negativa, la que derivaría en el deceso.

Concluye la Corte en este último caso (BUENO ALVES), acertadamente a mi juicio, que la obligación de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos lo es en el marco y con las herramientas del Estado de Derecho, y no con prescindencia de ellas, lo cual no quiere decir que no quede abierta la eventual responsabilidad internacional del Estado si es que se ha dejado de investigar o sancionar por inactividad, morosidad o cualquier otra falta imputable a sus órganos.

Nuevas derivaciones del derecho penal omnicompreensivo e infinito, entendido como “8va maravilla del mundo”, encontramos en el reciente fallo de la CSJN en la causa seguida a Santiago Omar Riveros, donde la mayoría, volviendo sobre los propios pasos que había dado el organismo hacía más de una década atrás (17 años), decretó la inconstitucionalidad de los indultos dados por Carlos Menem que beneficiaron a una serie de militares y entre ellos al propio Riveros.

La clara afectación al tradicional y pacífico principio de la cosa juzgada fue señalado por Carmen Argibay en su voto disidente, quien desde las antípodas ideológicas y personales de los indultos que beneficiaron a los militares en la década pasada, advirtió que deben reafirmarse las pautas de la vida democrática y republicana que la distinguen neta y definitivamente de quienes la conculcaron, y es la mejor manera de defender las instituciones contra las incursiones violentas como las que padecemos.

De igual manera la reciente sanción de la ley local que reprime los delitos de lesa humanidad, cuya laxitud en la formulación de los tipos penales hace susceptible de contener en su interior conductas completamente distintas a las que deberían ser alcanzadas, pudiendo llegar inclusive a comprender a la misma protesta social.

En resumidas cuentas, creo que a esta altura son innegables los interrogantes que plantea el derecho penal de los derechos humanos para las concepciones tradicionales y liberales de control y limitación en el ejercicio del poder punitivo y que, obviamente, desearía tuviesen una respuesta diferente a los únicos argumentos políticos que generalmente se escuchan.

No me encuentro en condiciones de apuntar la forma en que a mi criterio debería procesarse la conflictividad derivada de las graves violaciones a los derechos humanos ocurrida en el período 1976/1983, y sería una falta absoluta de respeto de mi parte hacerlo cuando en realidad ignoro algunos mecanismos específicos y no he sido más que un espectador de las idas y venidas producidas en torno a esta problemática.

De tal modo que mi único propósito es el de dejar planteados la serie de interrogantes precedentes con el objetivo de alertar sobre posibles extralimitaciones en el ejercicio del poder punitivo, tema éste que sí debe ser objeto de la constante preocupación de los hombres y las mujeres el derecho y de aquellos que amamos la democracia y las libertades.