

La importancia del proceso de Memoria, Verdad y Justicia en la reconstrucción de la legitimidad democrática del Poder Judicial

Omar Palermo¹

I. Introducción

En un Estado democrático de Derecho el Poder Judicial debería ofrecer los caminos institucionales para lograr la solución imparcial, previsible y pacífica de los conflictos. De este modo, el sistema de justicia contribuye a la conservación del orden democrático. Dicho con la terminología de la teoría de los sistemas, el Poder Judicial es funcional al sistema republicano y democrático que lo ha generado por diferenciación.

En la dictadura las cosas no fueron tan distintas, pues el sistema de justicia contribuyó a la conservación de un orden caracterizado por el terror estatal: también el Poder Judicial de la dictadura fue funcional a sus intereses. ¿A quién podía ser funcional sino al propio orden ilegal que lo había generado para su autoconservación? Dicho a modo de tesis: el terrorismo de Estado durante la última dictadura cívico militar contó con la complicidad del Poder Judicial que garantizó la impunidad de las atrocidades que se cometieron. En efecto, por distintas vías el sistema de justicia tomó conocimiento de las violaciones de derechos humanos que se perpetraron y, sin embargo, no llevó a cabo una sola investigación de esos hechos en

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España, bajo la dirección del Catedrático de Derecho penal Dr. Dr. h.c. Jesús María Silva Sánchez (2005). Becario postdoctoral Alexander Von Humboldt bajo la dirección del Prof. Dr. Michael Pawlik, Catedrático de la Universidad de Freiburg, Alemania (2018-2021). Profesor Titular de Derecho penal Parte General y Director de la Maestría en Derecho penal en la Universidad Nacional de Cuyo. Autor de obras y artículos sobre Derecho penal, en particular sobre teoría del delito. Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

todo el país. Los familiares de las víctimas denunciaron miles de robos, secuestros, detenciones ilegítimas, torturas, desapariciones, muertes y abusos sexuales –entre otras aberraciones– que no fueron siquiera mínimamente investigadas. Pues bien, el Poder Judicial de la dictadura fue funcional a sus intereses y generó lo que probablemente constituye la mayor negación de justicia de nuestra historia.

La complicidad del sistema de justicia con la dictadura se advierte claramente en el doble estándar que mostró en el enjuiciamiento de los hechos que llegaban a su conocimiento. Por una parte, legitimaba la persecución política a través de la investigación y condena por hechos tipificados penalmente en la Ley 20.840. Por otra, omitía la investigación de los delitos cometidos por las fuerzas de seguridad estatales, de los que tomó conocimiento mediante denuncias concretas o por los *habeas corpus* que presentaban los familiares de las víctimas. Es decir, toda la violencia del sistema penal se concentraba en los perseguidos políticos a la vez que el terror estatal gozaba de absoluta impunidad. Expresado de manera drástica: en el juicio a los jueces de la dictadura se discutió la responsabilidad individual de los magistrados que han sido condenados. Sin embargo, la funcionalidad sistemática del poder judicial con la dictadura no puede ser objeto de discusión.

Más allá de los avances y retrocesos realizados durante estos cuarenta años, los juicios y las condenas con las que el Poder Judicial ha refutado la gravedad de estos hechos y ha dado respuesta a las víctimas constituye su aporte más importante a la consolidación de la democracia. Si hay algo que ha demostrado el proceso de «Memoria, Verdad y Justicia» es que el Poder Judicial ha sido capaz de ejecutar políticas de Estado que garanticen la vigencia de los derechos humanos en nuestro país. Dicho con otras palabras, mediante el «juicio y castigo» a los autores y cómplices de aquella masacre, no solo se refuta la gravedad esos hechos sino que además se confirma que nuestra sociedad se mantiene firme en la vigencia de sus valores democráticos.

Ahora bien, los desafíos actuales en materia de derechos humanos están vinculados tanto a los procesos de lesa humanidad que se están llevando a cabo, como a las violaciones de derechos humanos que en la actualidad se producen. En cuanto a lo primero, se

advierten dos cuestiones que deben ser atendidas. Por un lado, se debe evitar la burocratización de aquellos procesos, que muchas veces se llevan a cabo en audiencias discontinuas que alargan irrazonablemente los juicios e impiden una debida respuesta –tanto a la comunidad como a las víctimas–. Dicho de otro modo, se deben agilizar los procesos por crímenes de lesa humanidad pendientes. Por otro lado, ha sido dificultoso llevar adelante el enjuiciamiento de la complicidad civil, especialmente la empresarial, con la dictadura. De modo que también el proceso de «Memoria, Verdad y Justicia» debe ser profundizado en este ámbito.

En cuanto a lo segundo, esto es, a las violaciones de derechos humanos que aún hoy se cometen, los compromisos internacionalmente asumidos por nuestro país obligan al Poder Judicial a cumplir con el deber de investigar y sancionar esos hechos en procesos llevados a cabo sin dilaciones indebidas.

El último de los aspectos mencionados merece especial atención. En efecto, cabe preguntarse qué tipo de respuesta se ofrece a la ciudadanía frente a las violaciones de derechos humanos que se cometen en la actualidad. Esta cuestión es determinante en la definición del modelo de democracia sobre el que se asienta nuestro Estado de Derecho. Por ello, el sistema de justicia debe garantizar la protección de los derechos humanos mediante la investigación y sanción de los hechos de violencia institucional que muchas veces se ejercen desde el propio Estado.

En lo que sigue, haré referencia a la selectividad genérica del funcionamiento de la justicia penal y al modo en que esto impacta de forma diferenciada en el tratamiento de los casos de violencia institucional. Finalmente, concluiré señalando la necesidad de profundizar en políticas de Estado que, como el proceso de «Memoria, Verdad y Justicia», garanticen la investigación y condena de quienes resulten responsables de estos hechos.

II. Selectividad del sistema de justicia penal

El proceso penal durante estos cuarenta años de democracia no ha logrado evitar su ineludible destino selectivo: el proceso penal muestra toda su eficacia y severidad con los sectores más vulnerables, pero la criminalidad económica organizada tiene un

amplio margen de impunidad. Esta afirmación se sostiene del mero relevo de la conformación de la población carcelaria. En efecto, la realidad penitenciaria pone en evidencia que este enorme y costoso sistema judicial no se encuentra al servicio de la persecución penal de grandes organizaciones criminales, sino que sólo encierra pobres que, en su mayor parte, son condenados sin juicio previo, mediante acuerdos procesales cuya base es una investigación policial. De este modo, ya no se trata sólo de las prisiones preventivas sin juicio, sino de condenados sin juicio. Por ello no puede dejar de señalarse que el modo en el que se está implementando el proceso penal en la actualidad corre el riesgo de degenerar en un «enlatado penal» que encubre mediante el juicio abreviado verdaderas condenas policiales.

Este sistema procesal, que es acusatorio en lo formal pero inquisitivo en lo material, muchas veces es presentado ante la comunidad con cierto halo garantista. Sin embargo, se trata de un sistema que apuesta todo a su «eficiencia», incluso al coste de resignar veracidad en la determinación de la responsabilidad penal. Un sistema penal que se construye mediante un «no juicio», se aleja irremediabilmente de las garantías constitucionales y, con ello, de la justicia en el caso en concreto. A este panorama debe agregarse que ingresan al sistema penitenciario mayor cantidad de personas de las que salen, lo que pone al desnudo la falta de veracidad de la afirmación de que «la puerta es giratoria». En otras palabras, mediante el sistema procesal actual se ha logrado un aumento descomunal de la población carcelaria al bajo costo de un acuerdo procesal cuya base es la actuación policial durante la investigación fiscal preparatoria.

Ahora bien, este aumento del número de personas privadas de libertad no significa que el sistema de justicia haya dejado de lado su histórica indolencia de lo que sucede dentro de las cárceles, luego de que envía allí a los condenados. Me refiero a la violencia, la tortura y las muertes que allí se producen y reproducen. La realización de meras «visitas protocolares» por parte de los jueces y juezas, revela la falta de compromiso por la problemática. La ignorancia deliberada del sistema de justicia frente a la forma en la que se cumple la pena privativa de la libertad es inaceptable. En no pocas situaciones se advierte que el encarcelamiento se cumple en lugares cerrados con iluminación y ventilación deficiente, con baños dentro o fuera de la celda en precarias condiciones, camastros insuficientes y colchones

sobre los pisos. Se ignora el desarrollo de una vida de encierro bajo condiciones estructurales insuficientes, que no alcanzan en cantidad ni calidad a todas las personas encarceladas –como el acceso a la salud, la medicación, la posibilidad de tratamientos con continuidad y la educación–. Al cuadro general de la situación se suma la insuficiencia de personal de custodia y del resto de las áreas necesarias, cuya capacidad de trabajo y modalidad de intervención se ven condicionadas y superadas por la demanda y la cantidad de personas encarceladas.

Una consecuencia de ello es la desocialización que caracteriza al deterioro de los vínculos y relaciones de la persona condenada, en tanto los mismos son mediados por las lógicas endogámicas de la institución penitenciaria. Asimismo, otro fenómeno que se advierte es la *prisionización*, a través de la cual la persona privada de libertad comienza a padecer una transformación resultante de su adaptación a la institución: internalización de conductas, deterioro y modificación del lenguaje y naturalización de prácticas violentas, etc. A ello deben agregarse los efectos que se producen sobre el cuerpo mismo, producto de las carencias, el encierro prolongado, la escasa exposición a la luz y ventilación natural, la falta de ejercicio físico, la cronificación de problemáticas de salud, su falta de atención oportuna, las autolesiones y las lesiones recibidas, entre otras problemáticas que impactan en las corporalidades de las personas institucionalizadas.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara al señalar que

«las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes» (Corte IDH, Caso «Mendoza y otros vs. Argentina», 14/05/13, párr. 174).

El estado de las cárceles actuales y las prácticas violentas que allí se reproducen resultan violatorias de los derechos humanos. La realidad carcelaria ha convertido a estos derechos en una mera declamación abstracta de la que es responsable el propio Estado con su indiferencia y complicidad omisiva. Este sistema de persecución penal tiene como resultado un aumento progresivo de las personas

privadas de la libertad y el cumplimiento de ese encarcelamiento en condiciones inaceptables para un Estado de Derecho.

III. Atribución de los costes de desocialización del encarcelamiento

Lo expuesto hasta aquí demuestra el estrepitoso fracaso empírico de la resocialización como fin de la pena estatal. En este sentido, no se logra cumplir con el objetivo de la pena asignado por los tratados internacionales que Argentina ha suscripto e incorporado a la Constitución Nacional. Pero, además, al momento de distribuir cargas y responsabilidades por los costos de esta desocialización, únicamente se atribuyen a las personas privadas de la libertad. Esto se aprecia de forma clara en el instituto de la reincidencia.

Las condiciones muchas veces inhumanas en que se cumple la pena privativa de la libertad requieren de mayor presencia judicial en las cárceles. Sin embargo, a la hora de decidir si corresponde agravar la situación del condenado por la reincidencia, todo el coste de los déficits de socialización del sistema se pone en cabeza del condenado. Es decir, el sistema penal no asume su responsabilidad en la desocialización que genera y hace recaer todo el peso sobre el reincidente.

El Estado tiene el deber jurídico, moral y político de cumplir con el mandato de resocialización que impone la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por esta razón, es garante de ofrecer un proceso de ejecución de la pena que posibilite la rehabilitación de la persona condenada, siempre que se cuente con la colaboración voluntaria de esta última. Sin embargo, tales condiciones no son ofrecidas, sino que, en los casos de reiteración delictiva, mediante la declaración de reincidencia, sólo se responsabiliza a la persona encarcelada por una desocialización de la que también el Estado es responsable.

Esto es de un cinismo que tenemos que reconocer. El Poder Judicial, intérprete de la Constitución Nacional y de los Pactos de Derechos Humanos a ella incorporados, tiene la responsabilidad de desempeñar un rol determinante que garantice la plena vigencia del Estado de Derecho y sus garantías fundamentales, tanto durante el

proceso penal del que deriva con la imposición de la condena como durante todo el régimen de ejecución.

IV. Indulgencia del sistema de justicia en los procesos que se investigan hechos atribuidos a las fuerzas seguridad por violencia de institucional

Por otra parte, el sistema de justicia no muestra toda su drasticidad ante los hechos denunciados de violaciones de derechos humanos en los casos específicos de violencia institucional. La investigación de esta clase de delincuencia no suele prosperar y, cuando lo hace, la respuesta institucional podría ser calificada –cuanto menos– de indulgente.

Nuestra legislación penal ha incorporado tipos penales agravados para los hechos cometidos por las fuerzas de seguridad, lo que explica cómo el pacto democrático de defensa del Estado de Derecho se extiende desde los crímenes denunciados en el *Nunca Más* hasta las formas contemporáneas de ejercicio de las violencias institucionales cometidas por las fuerzas represivas. Así, legislativamente la comunidad expresa la vigencia de un diseño institucional anclado en el enfoque de derechos humanos como limitante del ejercicio de la violencia legítima reservada a aquellas. Sin embargo, el Estado no necesariamente se hace eco de ello ni asume su responsabilidad de garante. Esto se aprecia tanto en el amplio margen de impunidad en materia de torturas y violencia institucional, como por la aplicación de encuadres legales de menor gravedad a las conductas delictivas realizadas por parte de agentes estatales.

Además, en los supuestos en los que las investigaciones efectivamente se realizan se advierte una utilización equivocada del instituto de la legítima defensa. Como se sabe, la actuación policial no puede regirse por las reglas de la legítima defensa. Este instituto está pensado para los particulares, no para la actuación policial que es actividad del Estado. Por diversas razones, no pueden asimilarse un caso y el otro: el actuar en legítima defensa es espontáneo, en tanto que el accionar del personal policial es preparado y altamente reglamentado. El marco temporal de la intervención funcional policial es mayor que el previsto para la legítima defensa. El primero puede

actuar antes de que se inicie el ataque y también con posterioridad; todas circunstancias que no se dan en la segunda. En otras palabras, la legítima defensa no sigue la lógica de la actuación policial, que no puede regirse por esas reglas. Sin embargo, es un mecanismo que se recurre permanentemente para justificar el actuar policial violento.

A ello se agrega que, cuando la legítima defensa no resulta posible, entonces los esfuerzos se concentran en analizar el tipo subjetivo. Los casos de dolo se atribuyen y condenan como de supuestos de imprudencia. Y, aún en estos casos en los que se declara la responsabilidad penal y se condena, se advierte que todavía quedan recursos para utilizar en beneficio del agente al evaluar las modalidades de ejecución de las penas privativas de la libertad que se imponen. En este sentido, se destaca el alto índice de prisiones domiciliarias de quienes forman parte de las fuerzas de seguridad acusados por delitos graves. La tolerancia e indulgencia ante este tipo de vulneración a los derechos humanos resulta inaceptable.

En Mendoza, un caso paradigmático en este sentido es el de las torturas ocurridas en el Complejo Penitenciario San Felipe –caso «Bizaguirre Moreno»– ocurridas en el año 2010. En aquel caso, un grupo de agentes penitenciarios torturó reiteradamente a una persona detenida, algo que –aparentemente– era parte de una práctica habitual. El caso tomó notoriedad puesto que uno de los agentes filmó las torturas en cuestión. A pesar del registro fílmico que acreditaba con certeza los hechos, el caso tomó nueve años en ser llevado a juicio.

Este caso de mi provincia muestra cómo, a pesar de que existía prueba contundente que acreditaba los hechos, a las instituciones les tomó casi una década responsabilizar a sus autores.

V. El retorno al proceso de Memoria, Verdad y Justicia

Si se quiere evitar una realidad como la precedentemente descripta, la prevención, investigación, juzgamiento y sanción de la violencia institucional debe ser abordada como una política de Estado que trascienda el interés político del partido gobernante. En este sentido el proceso de «Memoria, Verdad y Justicia» es alumbrador.

Además, se requiere de un sistema de justicia más atento y sensible a la violación de derechos humanos, que asuma su rol fundamental de garante y límite ante estos hechos. Hay un ámbito en el que el Poder Judicial ha demostrado ser capaz de acompañar políticas de Estado. Esta capacidad genera obligaciones, como la responsabilidad de asumir el rol cómplice que adoptó durante la dictadura cívico-militar. Esa asunción de responsabilidad frente a las víctimas, frente a los familiares y frente a la sociedad entera es necesaria. El Poder Judicial debe adoptar el rol que le es propio en la defensa de los derechos humanos y en la preservación de un Estado democrático de libertades que proteja a los sectores más desventajados.

En conclusión, posiblemente la solución a la crisis de legitimidad del Poder Judicial esté en la vuelta a los valores y principios que guiaron el proceso de «Verdad, Memoria y Justicia» que le ha dado a la justicia argentina el prestigio internacional que necesita también en otros ámbitos.