

Delitos de lesa humanidad, de funcionarios públicos y sistema judicial
en materia penal

Por JULIO B. J. MAIER*

1. Quisiera demorarme algo en ciertas advertencias preliminares. La primera se vincula a mi idoneidad. Salvo una excepción, con suerte dos y hasta —con benevolencia— tres, si se considera otra sólo publicada en idioma extranjero, yo no me he ocupado de estas categorías de delitos en el Derecho penal y las excepciones datan de, por lo menos, dos décadas atrás. No creo que, a mi edad, pueda volver sobre el problema más que con consideraciones pasadas, de algún modo genéricas para el sistema penal, y, entre ellas, con un rechazo casi total de la elaboración que domina el sistema penal internacional de la primera categoría de delitos enunciada y su persecución judicial, reglamentación básicamente injusta, a mi juicio. Me referiré, entonces, tan sólo al Derecho que rige en nuestro ámbito nacional y sus posibilidades de realización judicial, con las limitaciones indicadas.

2. La segunda advertencia, en verdad, no es tal. Se refiere a los avances ya logrados por la justicia penal argentina en gran medida. Si dejamos de lado críticas quizás correctas o manifestaciones de textos que consideramos mejores, la reforma del procedimiento penal en la República

* Ponencia del Prof. Dr. Julio B. J. Maier, expuesta el 25 de septiembre de 2013, en el marco del Congreso de Derecho Penal realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.) los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2013. La Asociación Argentina de Juicio por Jurados agradece profundamente al Profesor Maier la autorización para su publicación.

Argentina es, según mi criterio, la que ha posibilitado el juzgamiento de los delitos que esta sección pretende estudiar desde su ángulo judicial. Esa reforma, que comienza posiblemente de modo tímido con la ley federal de habeas corpus (década de los 70', en uno de los regresos frustrados a las instituciones republicanas y democráticas), sigue con la ley que estableció el procedimiento que dio lugar al llamado "juicio contra los comandantes", desarrollado por la Cámara Federal de la capital de la República, procedimiento que, en principio, introdujo el juicio oral y público, desconocido y combatido en la ciudad de Buenos Aires, según el texto del entonces Código de Córdoba, vigente desde 1940, prosigue con el proyecto ambicioso de reforma de la justicia penal de 1986, que comprendía no sólo un nuevo Código procesal penal adaptado a la época, sino que transformaba la organización judicial mediante una ley especial para la justicia federal y contenía también una pequeña reforma del Código penal para posibilitar ciertas instituciones procesales, para culminar en el CPP Nación de 1993, que hoy nos rige con varias reformas, producto del fracaso legislativo del proyecto anterior y de la asunción anticipada de un nuevo gobierno federal que otra vez eligió e impuso el texto cordobés de 1939. A todos estos textos, si prescindimos de detalles, de críticas particulares y del papel que cada uno de ellos jugó en la apertura de la justicia penal, se debe la introducción en la práctica judicial del llamado "juicio público", con sus características de oralidad, de concentración, de continuidad, no otra cosa

que la vigencia real de los principios de *inmediación* y de *publicidad* bien comprendidos y no tan sólo mentados como aspiración ideal correcta pero no como práctica habitual de los jueces ni como condición de validez del juicio.

3. Si he expresado todo esto sintéticamente no sólo se debe a mi gusto personal. Por lo contrario, quiero expresarles que, en materia penal, sin el contenido jurídico de esa sucinta enumeración no se hubiera llegado nunca al "juicio contra los comandantes", a los juicios por delitos de lesa humanidad que existieron y existen aún hoy en el territorio de nuestro país, a las condenas que fueron dictadas contra los represores del sistema autoritario anterior a 1984 y que continúan siendo procesadas en los tribunales de Argentina hasta alcanzar a los partícipes extramilitares de los abusos; valga la pena decirlo: tampoco se hubiera llegado a las absoluciones pronunciadas. No se trata del único factor ni de la única explicación del fenómeno que —creo— debe enorgullecernos a quienes habitamos esta tierra, casi único en la historia universal, pero sí de un mojón, si se quiere formal, pero importante para su realización. Esto quiere decir que el sistema penal ingresado a nuestro país con la reforma del enjuiciamiento judicial, con todos los obstáculos que se le pusieron, con todos los palos en la rueda que se introdujeron para que esa rueda se detenga, funciona y funciona al menos relativamente bien, gracias a aquellos principios. El primer paso está dado y es un paso largo, de gigante,

que nos coloca, como saben, en la cima del mundo civilizado por el respeto y el valor que acordamos hoy a los derechos humanos en nuestro país, no tan sólo declamativamente, sino, antes bien, en la práctica judicial, gracias también a otros factores políticos tan o más importantes que el jurídico mencionado. Más allá de modificaciones de detalle que podemos discutir —pero siempre sobre la base ineludible de los mismos principios—, las demás ramas judiciales deberían tomar ejemplo de su rama penal y establecer, por fin, procesos por audiencias en estricto sentido y para la gran mayoría de los litigios.

4. No me voy a referir a este paso de gigante ya dado, porque él es conocido por nosotros académicamente y sacó carta de ciudadanía en el sistema penal, al punto de que, más allá de detalles que aún podemos debatir, estimo que nadie se animaría a defender hoy, ni siquiera académicamente o con seriedad, un enjuiciamiento contrario a aquellos principios. Prefiero gastar el tiempo que me han dado en afirmar ciertas proposiciones, necesarias a mi juicio, que todavía no han alcanzado realización, al menos efectiva, en los temas de esta sección. Yo siempre he defendido para los delitos graves y, por supuesto, allí se incluye sin la menor duda a los categorizados como de lesa humanidad, *el enjuiciamiento por jurados* que prevé en tres ocasiones nuestra Constitución nacional para los crímenes, antigua denominación del sistema clasificatorio francés para los delitos graves. La CN lo prevé como derecho ciudadano (parte

dogmática, art. 24), lo prevé como obligación legislativa parlamentaria por "ley para toda la Nación" (art. 75, inc. 12) y lo vuelve a prever en el capítulo dedicado a la organización judicial (art. 118). Salvo algunos experimentos provinciales, cuyas constituciones —a mi juicio sin competencia legislativa para decidir sobre este tema— también se refieren al punto, estas cláusulas constitucionales federales nunca vieron la vida, apenas si se asomaron al parto, sin nacer, incluso jurisprudencialmente. Pues es en esta materia, seguramente, donde más puede recomendarse su utilización por varias razones primarias: a) se trata, como hemos dicho, de crímenes gravísimos, los más graves que conocemos por su extensión, en escala, perpetrados con abuso del poder político y la fuerza física estatal, pero utilizada antijurídicamente, contra grupos de personas y por razones de raza, religión o cualquier otra forma de interés político; b) los jueces profesionales, expertos en procedimientos judiciales y designados por esa razón, nunca deberían inmiscuirse en tareas que obligan a una definición política, pues se trata de una entelequia pretender objetividad fuera de toda ideología en un ser humano pensante; lo mejor parece ser la conformación de un tribunal con el número de ciudadanos tan grande y tan variado (sexo, raza, edad, educación, profesión, a excepción de la de jurista, religioso o funcionario, etc.) como fuere posible, a quienes sólo se les pide que juzguen con honestidad sobre el contexto acusatorio y

se los instruye sobre los contenidos de la ley penal por parte del juez o jueces profesionales. No trataré detalles.

No creo que a esto se le pueda llamar seriamente enjuiciamiento popular ni que constituya el *non plus ultra* de un sistema democrático, pero forma parte, al menos para nosotros, de aquello que nuestras instituciones básicas consideran como Poder Judicial en una república democrática, desde los albores de nuestra independencia política (Reglamento de Seguridad Individual de 1811) y de nuestra organización constitucional (1853/60). El *jurado* contribuirá, ciertamente, a desentronizar una justicia de clase, a deshacer el lenguaje encriptado con el que ella se expresa, en ocasiones sin posibilidad de ser entendido fuera de un círculo menor de ciudadanos, ininteligible hasta para el propio justiciable, a similitud de aquello que sucede con una casta sacerdotal; contribuirá también a tornar menos esotérica y más descentralizada la administración de justicia, a desmitificar el Derecho y la ley, que pretenden conducir nuestra vida gregaria, y fundamentalmente en materia penal, a requerir cierto tipo de "aprobación ciudadana" para la aplicación de la coacción estatal grave.

El *juicio por jurados* auxiliará, asimismo, a un propósito fundamental relativo a aquello que podría denominarse *democratización o independencia interna* de los tribunales. Resulta evidente que él, por tendencia, conduce a la tan ansiada *horizontalización* de la organización judicial, al independizar las decisiones materiales de aquellas de los

tribunales jerárquicos y, con ello, contribuirá, también, a deshacer la llamada —con razón— "cultura inquisiva", tan arraigada en nuestro ámbito judicial, con sus secuelas de *delegación* y *devolución de funciones*, propias del sistema inquisitivo. Puede que algún día desaparezca o se modere nuestra organización jerárquica de los tribunales, se consagre la igualdad de poder en el gremio de jueces profesionales y, con ello, la organización judicial gane también en *imparcialidad*. Los jueces dejarán de ser delegados de la divinidad en la tierra de los humanos, para pasar a ser servidores públicos, expertos en administrar la labor judicial, y se desprenderán del lastre de "decir justicia".

Por la misma razón anterior, tiempo y brevedad, tampoco puedo entrar en detalles. Pero sí es importante remarcar que esta concepción de la organización judicial tendrá amplia repercusión sobre el control de las decisiones judiciales, último tema a tratar en este relato.

5. Todo lo dicho, referido al juzgamiento de delitos graves como son los de lesa humanidad, debe repetirse para otra área de delitos aquí comprendidos: los delitos, al menos dolosos, de funcionarios. Nada mejor que el juicio ciudadano para juzgar a los funcionarios públicos imputados, con antecedentes constitucionales valiosos entre nosotros en relación a la conservación del poder político conferido popularmente. Detalles aparte, pues deberíamos recorrer el área para decidir qué delitos incluimos y

cuáles, eventualmente, excluimos, este ámbito se presta por excelencia para probar la aptitud y la eficiencia de los tribunales integrados por jurados.

6. Por último, deseo referirme a otro problema jurídico-político que no opera sólo para estos delitos, sino que, antes bien, tiene implicaciones generales sobre el sistema de persecución penal. Se trata del control de las decisiones judiciales, aquel tema que los abogados resumimos con la voz *recursos o impugnaciones*. En verdad, este problema representa una consecuencia práctica del modo en que se encara la organización judicial. Si persistimos en la *cultura inquisitiva*, adoptaremos un sistema de organización *jerárquico y dependiente* de instancias superiores, esto es, contrario a la independencia de los jueces postulada por principio en una república democrática, cuyo poder de juzgar se *delega* en funcionarios inferiores para luego recuperarlo, en ocasiones tras varias etapas, por *devolución* a los funcionarios superiores —de allí el *efecto devolutivo* que caracteriza a los recursos—, tribunales superiores que controlarán la justicia del caso y decidirán en definitiva. La *Inquisición* procedió coherentemente al crear este sistema, pues, al centralizar todo el poder político en el soberano —incluido allí el poder de juzgar a sus súbditos—, con la creación del Estado-nación, él era quien comenzaba la delegación de funciones en sus funcionarios inferiores y él también la instancia donde terminaba la devolución de ese poder delegado para controlar su aplicación.

Los *recursos* constituyen el mecanismo procesal para operar ese tipo de control jerárquico, pero no debe olvidarse que en múltiples ocasiones procedían *de oficio*, esto es, sin queja alguna por parte de los interesados en el asunto y la decisión eventual significaba un puro control político del uso del poder, tal como sucedió específicamente en el Derecho indiano del conquistador español (con alguna extensión en la consulta, mecanismo procesal utilizado en varios países hispanoamericanos durante los siglos XIX y XX).

Otra consecuencia, no menos disvaliosa en el sentido republicano, fue el registro de los actos procesales, las actas escritas del actuario, en origen, únicos elementos válidos para fundar las decisiones judiciales: *quod non est in acta non est in mundo*. Ellas, precisamente, permiten el funcionamiento de la *par conditio* —regla mater de los recursos— esto es, no sólo el control sino, antes bien, que controlante y controlado tuvieran un mismo objeto de información y de juicio. Todo lo contrario indica el *procedimiento por audiencias*, pues cada tribunal conoce y juzga por el resultado de su propia audiencia, como corresponde a un buen sistema republicano y democrático, sin delegación y devolución de funciones entre funcionarios con rangos jerárquicos distintos. El principio de *inmediación*, la *oralidad* de las audiencias, que exigen que los actos judiciales se cumplan en presencia de quienes van a decidir y de aquellos que toman parte en el juicio, reemplaza con virtudes democráticas a los registros.

A mi juicio, la supresión del sistema de recursos y su reemplazo por una decisión política que nos coloque, en cada decisión judicial, frente a la clase y el número de jueces que representen la aproximación al ideal de justicia lograda, la mejor garantía de acierto y ecuanimidad en el juicio, constituye el mecanismo superador del sistema. De todos modos, los recursos no representan otra cosa que una desconfianza en la integración originaria del tribunal decisor, ya por el número o por la clase de jueces integrantes del tribunal; así, tememos el yerro del juez unipersonal e inexperto que delibera consigo mismo y creemos que un tribunal ocupado por un mayor número de jueces, colegiado, con mayor deliberación para decidir, por jueces más antiguos y, por tanto, más expertos, corregirá esos errores. La experiencia enseña no sólo que esta afirmación es incorrecta desde varios puntos de vista, sino que, además, subsiste la pregunta: ¿por qué razón no colocamos a estos últimos jueces, a esta última integración, más experta, mejor formada, etc., a juzgar de entrada?, en lugar de perder tiempo y dinero con varias instancias hasta llegar a la integración que creemos adecuada. De allí también, precisamente, la elección de jurados en el mayor número posible para los procesos que el tema abarca.

He aquí, en toda su extensión, el factor más importante del peor problema que soporta, sin solución hasta ahora, la administración de justicia gracias a la proliferación de los recursos, al sistema de control de las decisiones judiciales que ellos mentan y a la organización judicial

vertical de la que ellos parten: la prolongación temporal indefinida y siempre extrema de los litigios y las decisiones judiciales. La derogación del sistema de recursos y su reemplazo por una decisión como la sintéticamente esbozada puede colaborar a fundar una justicia cumplida, precisamente porque puede calificarse de pronta.

6. Aclaro: al menos en materia penal debe subsistir un recurso, el recurso del condenado por una sentencia derivada de un juicio público. Tanto la legislación internacional (convenciones universal y regional sobre derechos humanos), ratificada por nuestro país, como la nacional de rango constitucional (CN, 75, inc. 22) imponen la necesidad de prever la posibilidad de un recurso para el condenado. Se trata, dicho en términos sencillos, del derecho del condenado a que se controle la sentencia originaria, de su derecho a tener, eventualmente, una segunda chance u oportunidad judicial para defender su caso, si el yerro por el cual impugna la primera sentencia tiene visos de seriedad, resulta plausible. Por ello es correcto denominar a esta garantía *dobles conforme*: si la segunda decisión confirma la primera condena —eventualmente bajo una calificación jurídica o pena distinta, pero siempre favorable al condenado— la garantía ha sido satisfecha y la condena puede ser cumplida; si la segunda decisión revoca la primera condena y absuelve o condena de modo más leve, esta última es la que rige.

Pero lo notable del caso resulta ser que este derecho del condenado viene a confirmar la necesidad de variar el sistema de control de las decisiones judiciales, por varios motivos, y concede sentido político a la variación, que sólo puede marchar hacia la eliminación de los recursos, en este caso, del acusador. Un acusador fracasado, ya porque el tribunal absuelve o porque condena, pero a una consecuencia jurídica de menor importancia que la requerida por él, debe carecer regularmente de queja contra la sentencia, maguer posibles excepciones mínimas y tolerables. En primer lugar, sucede que, desde el punto de vista práctico, casi diría matemático, si se concede recurso contra la sentencia al acusador, el procedimiento carece de solución, pues se produce un *regresus in infinitum*: el imputado absuelto en la "primera primera instancia" y condenado en la "segunda primera instancia" —porque de ello se trata—, podrá recurrir esta última, en realidad su primera condena, merced al derecho al recurso; si logra éxito con su recurso es ahora el acusador el titular del recurso, y así sucesivamente. Ésta es la desembocadura fatal del llamado *principio de bilateralidad*, tan en boga como sostenido actualmente con hipocresía.

En segundo y tercer lugar sobrevienen dos obstáculos jurídicos de primer orden para tornar recurrible la sentencia por el acusador: la garantía del *ne bis in idem* y la *prohibición de la reformatio in peius*, ambas también de rango constitucional en el Derecho interno y en el internacional. Según

la primera, el condenado no puede ser perseguido nuevamente por el mismo hecho, una vez que fue juzgado, maguer el error que pudiera existir en la sentencia que lo beneficia: no puede ser sometido nuevamente al riesgo de una condena o de una condena más grave. Conforme a la segunda cláusula, una decisión posterior de condena, sólo posible de ser provocada por el recurso del condenado, no puede ir más allá del primer juzgamiento, si, como corresponde, se entiende la garantía, conforme a su destino, como de orden material y no se la interpreta formalmente según aprecian la mayoría de los juristas argentinos en la materia. De más está aclarar que el destino de esta última garantía es posibilitar el recurso del acusado sin temores formales a que los recursos puedan ser utilizados en su contra. Contra ambas garantías, correctamente interpretadas, choca el recurso del acusador, imposible, por regla general, según ellas.

7. ¿Qué quedó de todo esto? Creo que tres afirmaciones. La primera: la reforma ya habida del enjuiciamiento penal hacia un procedimiento público, con vigencia del principio de inmediación, comunicación oral y continuidad de audiencias ha posibilitado el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad cometidos en nuestro país en años de gobiernos dictatoriales; también lo ha hecho en materia de delitos dolosos de funcionarios, aunque en esta materia no se exhiba a sus resultados tan públicamente. Una nueva reforma es posible, para mejorar el rendimiento

judicial, pero no parece imprescindible ni tendrá el impacto de la ya sucedida. Hasta aquí, nuestro agradecimiento al sistema judicial reformado.

La segunda: parece conveniente establecer de una buena vez el *juicio por jurados* por ley general para toda la Nación, más que anciana deuda del Congreso de la Nación que no tuvo nunca en cuenta los textos constitucionales al respecto. Y, precisamente, parece conveniente en estos temas que abarca el título de esta sección, delitos de lesa humanidad (graves por sí mismos) y acusaciones por delitos dolosos de funcionarios públicos.

La tercera: conforme a este sistema procesal se debe reformular el régimen de control de las decisiones judiciales, tanto de las interlocutorias como de las sentencias, introduciendo un proceso por audiencias, determinando claramente con cuáles y cuántos jueces debe integrarse un tribunal para decidir un asunto o problema procesal determinado y, por fin, eliminando los recursos del acusador contra la sentencia definitiva —salvo excepciones tolerables— y concediendo al condenado la posibilidad de demostrar yerros posibles en la sentencia de condena o en aquella que le impone una medida privativa de libertad.