

II

LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

Es indispensable despertar la sensibilidad de la población para que considere la tortura como un crimen terrible, que afecta la dignidad de la persona humana y degrada a sus ejecutores y a la sociedad.

E. Mignone

LOS APORTES Y DESARROLLOS DEL PODER JUDICIAL EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

Eugenio Raúl Zaffaroni

I. ¿De qué impunidad se trata?

1. *Impunidad* es una expresión esquivada, como todo vocablo vinculado al ejercicio del poder de *punir* por parte de la persona jurídica llamada *estado*. Desde el punto de vista del saber social, es un poder que ejercen *agencias* integradas por personas físicas que, a veces con demasiada frecuencia, dejan los carriles institucionales y, so pretexto de evitar peligros inminentes, reales o imaginarios, pasan ellas mismas a cometer delitos. En otras palabras: el poder descontrolado de las agencias de punición se traduce en delitos por parte de las personas que las integran y que, a su vez, suelen quedar *impunes*. Cuando se reclama más poder para las agencias punitivas, argumentando la lenidad o impunidad de la *delincuencia*, tal como sucede en las *campañas de ley y orden* y en las consignas de *tolerancia cero* y otras análogas, en el fondo se está reclamando que esas agencias cometan delitos, pues nadie ignora que siempre que disponen de esos poderes abusan de ellos cometiendo delitos (corrupción, extorsiones, homicidios, etcétera).

2. De este modo, la *lucha contra la impunidad* resulta ser una expresión incompleta, pues siempre que se habla de impunidad cabe preguntar *de quién* o *de quiénes*. Si damos por sentado que aquí nos referimos a la *impunidad de genocidas y responsables de otros delitos cometidos en ejercicio del poder estatal en nuestros países sudamericanos, que importan graves violaciones a los Derechos Humanos*, es conveniente comenzar por analizar cómo se

han producido. Cabe reconocer que hubo impunidad en dos momentos: a) una impunidad absoluta en el momento de la comisión, es decir, que en ese momento no hubo contrapoder de contención del poder punitivo y personal de quien cometió esos delitos; b) en un segundo momento no hubo (o hubo relativamente poca) punición para esos delincuentes.

3. En principio, las agencias de *criminalización* primaria del sistema penal, o sea, las instituciones políticas que emiten leyes, fueron usurpadas mediante la comisión de delitos de rebelión, en lo que usualmente se llaman *golpes de estado*. Todos los tipos de rebelión se estructuran consumándose en una etapa previa a la obtención del objetivo final, o sea, que son tipos con elementos subjetivos trascendentes; técnicamente hablando, los golpes de estado no son más que delitos de rebelión en que se alcanza el objetivo del elemento subjetivo trascendente o ultra intencional. Esto equivale a decir que un grupo de personas se apoderó de los poderes legislativo y ejecutivo del estado, o sea, que desplazó a los funcionarios de la Constitución. Esa usurpación implica necesariamente la del poder constituyente del estado, lo que incluso se teoriza en las facultades de derecho, mediante algunas deformaciones doctrinarias, usualmente atribuidas a Kelsen. Los usurpadores cuentan, pues, con cómplices o cómplices intelectuales, que son algunos teóricos del derecho.

4. A partir de esos primeros delitos de usurpación del poder, en los que cuentan con otros cómplices (ministros y demás funcionarios que los ayudan), los usurpadores montan un aparato de poder en el cual sus agencias policiales (integradas por policías, por militares o por personas ajenas a cualquiera de estas actividades) deben contar con fuerza suficiente para suprimir (matar) o neutralizar (secuestrar o aterrorizar) a todos los que se opongan a los objetivos de su delito previo. De allí que deban garantizar la impunidad de esos delitos derivados, o sea, evitar que cualquiera ponga obstáculos al ejercicio del poder de sus agencias punitivas, en particular cuando éstas lo usan para delinquir con el objeto de suprimir o neutralizar a sus reales o potenciales enemigos. La pregunta que frente a estos desarrollos cabe formularse –y que el derecho no puede obviar– es *qué pasó con los poderes judiciales sudamericanos en*

estas circunstancias y qué papel jugaron luego, en las tentativas de sanción de esos crímenes.

II. La neutralización de los poderes judiciales

1. Descartado el uso perverso de la expresión *lucha contra la impunidad* y sentado que cabe atribuir a ésta el alcance de un tecnicismo usado en el discurso de los Derechos Humanos para señalar sólo la impunidad frente a los antes referidos fenómenos, cabe encarar el tema de la importancia de los poderes judiciales en la producción -tanto como en la reducción- de la impunidad. Para ello se podría recorrer en detalle la experiencia histórica de las últimas décadas en cada uno de los países de la región o bien del último siglo en el mundo. Existen trabajos importantes al respecto, por lo menos en algunos de los países que sufrieron estas experiencias, aunque nunca son completos porque no se trata del pasado, sino de una historia que continúa hasta el presente.

2. No hemos de ocuparnos aquí de los detalles en cada país ni de esta perspectiva histórica, sino de otro aspecto, mucho menos analizado, que son los factores que desde los poderes judiciales obstaculizan la lucha contra la impunidad de estos crímenes cometidos desde el poder estatal. Para ello es necesario distinguir dos grandes momentos: a) uno es el de la comisión de los delitos, o sea, cuando los delincuentes disponen del poder estatal; b) otro bien diferente tiene lugar cuando éstos lo han perdido. Este segundo momento en realidad es un proceso, porque es sabido que no hay cortes violentos como fueron los que dieron lugar a la pérdida de poder de los totalitarismos europeos de entreguerras. De allí que en los casos sudamericanos, si bien los criminales perdieron el poder, conservaron cierto peso y dispusieron de prisioneros en una primera etapa de transición a un sistema constitucional, que fue más o menos prolongada, según las particularidades del cuadro de poder en cada país.

III. La etapa de comisión de los crímenes

1. Estos dos momentos representan diferentes esquemas de poder y su dinámica tiene siempre particularidades que inci-

den de modo determinante sobre la impunidad. Es obvio que en la etapa de comisión de los crímenes, el poder de contención judicial de la violencia criminal estatal siempre está reducido a la impotencia. Los crímenes que aquí interesan no son hechos aislados, sino resultado de un plan sistemático, llevado a cabo por un aparato del estado. El poder judicial fue marginado con la creación de dos sistemas penales paralelos: a) uno público encargado de las detenciones y juzgamientos llevados a cabo al margen del sistema penal formal; y b) otro subterráneo (organización criminal estatal) al que se encarga la sistemática práctica de esos crímenes.

2. Todo sistema penal opera de modo selectivo, en relación inversa a la posición de poder de los criminalizados. La selectividad de todo sistema penal responde a la estructural disparidad entre lo que los legisladores proyectan criminalizar y la siempre escasa capacidad operativa de las agencias de *criminalización* secundaria (policía, tribunales, prisiones). Esta selectividad deslegitima por lo menos buena parte del ejercicio del poder punitivo estatal en cualquier estructura de poder, por constitucional que sea. La intervención del poder judicial dentro de un sistema constitucional opera (o al menos está programada para que opere) como límite al ejercicio del poder punitivo, es decir, que se halla –o debería hallarse– en relación de contradicción con éste.

3. Esta contradicción no hace más que traducir la dialéctica entre el estado de policía y el estado de derecho: no existe ningún estado de derecho ideal, porque todos los estados reales encierran o encapsulan en su interior un estado de policía, que nunca muere. La tendencia a que todos se sometan por igual a la ley (estado de derecho) siempre pugna con la tendencia de los que mandan a que todos se sometan a su voluntad (estado de policía). En cuanto la fuerza del estado de derecho se debilita, las pulsiones del estado de policía lo perforan o incluso lo hacen estallar y emergen con toda su magnitud. De allí que un estado de policía no sea otra cosa que la supresión de uno de los términos de esta dialéctica o, por decirlo más claramente, sea simplemente un estado en que el poder punitivo se ejerce sin contención alguna. Por definición, pues, el estado de policía demanda la supresión o neutralización de las funciones de

contención y reducción del poder punitivo, propias del poder judicial.

4. En la práctica, ninguna banda criminal de las que usurpó el poder estatal en momentos de euforia del estado de policía prescindió totalmente del poder judicial, porque no sería concebible, dado que generaría una situación de completa ingobernabilidad. De allí que se hayan limitado a marginar al poder judicial de la función de contención del sector del poder punitivo que les interesaba, mediante la aparición de un sistema penal paralelo, público o subterráneo. El mismo fenómeno tuvo lugar en los totalitarismos de entreguerras: en el nazismo (y más aún en el fascismo) el sistema penal formal siguió funcionando sin mayores alteraciones e incluso con códigos muy “técnicos” (desde la perspectiva de la “ciencia del derecho más o menos puro”). Los soviéticos pretendieron en principio transformar totalmente el sistema penal formal, pero luego recayeron en el mismo con mayores defectos que los usuales.

5. Cabe aclarar que esto no significa que el sistema penal manifiesto o formal no haya sufrido ninguna alteración en los estados de policía, o sea, que no es verdad que éste haya cumplido cabalmente su función de contención del poder punitivo en el área de la llamada delincuencia común, mientras a su lado surgía otro poder punitivo que, por carecer de todo control del judicial, fue abiertamente criminal. El propio sistema penal manifiesto o formal se envileció, pues no puede concebirse un sistema penal de garantías y un sistema judicial conteniendo realmente el poder punitivo, mientras funciona abiertamente el Gulag y encubiertamente Auschwitz. Los estados de policía siempre pretenden demostrar que son estados ordenadores o disciplinantes, garantizadores de la “paz social”, o reductores de la criminalidad común. De allí que el propio poder judicial formal tampoco haya cumplido acabadamente su función de contención en el área de la delincuencia ordinaria. El análisis de la jurisprudencia penal de estos períodos en la región aún no se ha investigado seriamente; se lo ha hecho respecto del período nazi alemán y del fascista, donde se pueden encontrar graves desarrollos teóricos autoritarios y totalitarios, no sólo en las corrientes políticas activas –como la “escuela de Kiel”– sino también en los doctrinarios aparente-

mente “técnicos”. En las dictaduras de seguridad nacional de la región no hubo tales desarrollos teóricos, sino la apelación inorgánica a tesis represivas *peligrosistas* o retributivas, según las circunstancias y los autores. Algunos balbuceos teóricos de un derecho penal de seguridad nacional hubo quizá sólo en Uruguay y por un autor aislado aunque protagónico.

6. El primer subsistema del sistema penal paralelo de los estados de policía regionales se constituyó apelando a las medidas extraordinarias, como son el estado de sitio, de guerra, la ley marcial, leyes de seguridad nacional o, en general, los llamados *estados de excepción*. Así, se instalaron poderes punitivos ejercidos directamente por los poderes ejecutivos, que apresaron un número muy elevado de personas por tiempo indeterminado, con reglas absolutamente arbitrarias. Algunas veces, estas estructuras tuvieron roces con algunos segmentos de los poderes judiciales, pero en general su accionar fue legitimado por las cúpulas de esos poderes, dóciles a las dictaduras de turno. En ocasiones las reclusiones no se legitimaron más que en el ejercicio de facultades extraordinarias por parte del ejecutivo, en tanto que en otras se crearon o usaron comisiones especiales de juzgamiento.

7. El segundo subsistema del sistema penal paralelo, esto es el *sistema penal subterráneo*, marginó por completo a los poderes judiciales, dado que tenía carácter secreto o clandestino. Los mayores crímenes se ejecutaron por este segundo subsistema: las prisiones clandestinas, los lugares de secuestro, la desaparición de personas, las ejecuciones, las torturas para obtener información, los allanamientos de moradas al margen de toda legalidad, los robos de bienes, las extorsiones, la alteración del estado civil de niños, etcétera.

8. Cabe observar que, a diferencia de los totalitarismos europeos de entreguerras, las dictaduras regionales en general no establecieron comisiones especiales de juzgamiento de hechos políticos o de interés directo de las cúpulas de las bandas dictatoriales. En tanto que el nazismo y el fascismo europeos crearon órganos de esta naturaleza para excluir de los tribunales ordinarios estas causas (los tribunales para delitos políticos), las dictaduras sudamericanas fueron renuentes a este

método, con lo que se aproximaron más al método stalinista y a su KGB. Sólo Brasil estableció tribunales de seguridad nacional, en tanto que las otras usaron a veces los consejos de guerra (tribunales administrativos militares juzgando a no militares) y, en la mayoría de los casos, el poder militar ejerció la punición con privaciones de libertad por tiempo indeterminado en ejercicio de supuestas facultades de excepción, o bien, directamente, apeló al delito mediante secuestro y asesinato. En la Argentina había existido una experiencia anterior de tribunal especial en la dictadura de 1966-1973; luego fue asesinado uno de sus miembros y la dictadura de 1976-1983 decidió no reincidir en este sistema, practicando directamente el crimen de secuestro y asesinato sistemático.

IV. Los mecanismos de impunidad en esta etapa

1. ¿Cómo se logró que los poderes judiciales tolerasen el primer subsistema y se mantuviesen totalmente al margen del segundo? ¿Cómo puede funcionar un poder judicial mientras también existían el Gulag y Auschwitz? Hubo dos caminos diferentes, íntimamente vinculados a la estructura anterior del poder judicial. En los casos de poderes judiciales muy burocratizados, es decir, muy caracterizados por la “carrera judicial”, se explotaron las características negativas de estas estructuras. No es posible olvidar que en la Francia de Vichy, el poder judicial bonapartista (burocrático por excelencia) juró inmediatamente fidelidad al mariscal Petain, y que sus modelos derivados, italiano y alemán, siguieron funcionando sin inconvenientes bajo el fascismo y el nazismo respectivamente. El fascismo se limitó a expulsar a los jueces que formaban la directiva de la asociación de jueces y el nazismo a los judíos (los no judíos aprovecharon para obtener ascensos a las vacantes dejadas por éstos). En Chile no fue necesario hacer cambios y en Brasil se limitaron a expulsar a algunos jueces demasiado democráticos.

2. La característica de toda burocracia es seguir la línea del menor esfuerzo, no someterse a riesgos en su estabilidad, eludir todos los conflictos que puedan generar problemas novedosos, no modificar las reglas del juego, no innovar con nuevos métodos y asegurarse el avance en la “carrera” mediante una

cuota de docilidad al poder de turno (no tan excesiva que comprometa el futuro en un eventual cambio). En estas condiciones es comprensible que no opongan mayor resistencia a la configuración de un sistema penal paralelo, o que sus miembros no se empeñen en inmiscuirse en el segmento o subsistema más criminal de éste.

3. El otro camino –seguido en la Argentina– consistió en el reemplazo de la mayor parte de los jueces por otros presuntamente más dóciles a la dictadura de turno. El largo enfrentamiento político previo entre peronismo y anti-peronismo, contribuyó a determinar a la dictadura de 1976 a este reemplazo masivo, que tenía un único antecedente similar en el golpe de estado de 1955 (el golpe de estado de 1966 sólo había cambiado las cúpulas del poder judicial). No se evaluaron sólo condiciones de docilidad, sino que también se tomaron en cuenta viejas rencillas palaciegas.

4. Las complicidades de estos poderes judiciales neutralizados por burocratización o por nominación con presunta docilidad, tuvieron lugar por omisión, tanto en la investigación de denuncias como en los casos concretos. Rara vez la complicidad se concretó en comportamiento activo, aunque en alguna ocasión se produjeron cooperaciones activas de importancia secundaria. La frecuente camaradería con las cúpulas dictatoriales, el lenguaje reaccionario y servil de ciertas sentencias o dictámenes del ministerio público, otras coincidencias discursivas y la demasiado frecuente presencia en actos oficiales, pueden considerarse formas de participación moral, estrictamente atípicas en sede penal en nuestros países, aunque incriminadas en otros (la conducta de quien sólo refuerza una decisión criminal ya adoptada o en curso de ejecución, que considera típica la doctrina alemana). No faltaron curiosas experiencias de intervención judicial interruptora de investigaciones: la policía de seguridad y de investigación, siguiendo caminos burocráticos ordinarios, en ocasiones comenzó a investigar y ciertos jueces identificados con la dictadura interrumpieron abruptamente el curso habitual de las pesquisas.

5. La experiencia de un poder judicial degradado a esa condición de burocracia a la que se lleva a los segmentos de

poder punitivo que no interesan directamente a los dictadores, para que ratifiquen la sensación de orden frente a la delincuencia callejera, causa un deterioro a todo el personal que participa de ella. Entre otras cosas, tiende a formar funcionarios que inconscientemente procuran reafirmar su identidad profesional ejerciendo una falsa autoridad, que traducen en sentencias y resoluciones “ejemplarizantes” para los delincuentes comunes, es decir, para los más vulnerables de los criminalizados. No fue necesario que las dictaduras insistiesen en enfatizar la función represiva del sistema penal formal respecto de la delincuencia común, porque en general fueron los propios jueces los que la adoptaron en forma espontánea, para reforzar su autoestima deteriorada. Esto explica que buena parte de los funcionarios entrenados en esos poderes judiciales fueran inútiles para desempeñarse luego en poderes judiciales constitucionales, pues sufrieron las consecuencias de trastornos de personalidad, sobre todo en la percepción y definición de su identidad, de muy difícil reversión.

6. Estos fenómenos se agudizan cuando se trata de poderes judiciales que han sido manipulados masivamente, porque en los casos de mera burocratización por lo menos el entrenamiento es anterior y no existe innovación, sino que sólo se explota la autolimitación o incapacidad controladora previa. En la creación de poderes judiciales “de facto” es mucho peor, registrándose incluso casos de verdadero mimetismo policial, con jueces armados, ejerciendo personalmente actos policiales y de violencia, autorizando expresamente torturas, etcétera, es decir, que la patología del sistema judicial de una dictadura alcanza límites mucho más graves e irreparables en términos de descrédito institucional y de autopercepción perversa.

7. La experiencia que dejan estos episodios señala como altamente recomendable que, por vía constitucional, se establezca una medida, por sí insuficiente, pero de elemental prevención de estas patologías institucionales. Por regla general, la usurpación del poder público en el siglo XIX era sancionada en la persona de los usurpadores, pero eran considerados cómplices y penados como tales los que con posterioridad asumían y desempeñaban funciones constitucionales. No obstante, la frecuencia de los golpes de estado en el siglo XX llevó

a que todos quedasen por lo general impunes y se considerase que el delito se agotaba instantáneamente, dejando de considerar cómplices a los que asumían esas funciones por mandato dictatorial y a quienes las prolongasen bajo ese mandato, al punto de que pareció normal este criterio. El delito de rebelión dejó de considerarse un delito permanente y, por ende, todo lo que sucedía después de su momento consumativo quedaba atípico. En el caso argentino, hacia el futuro no podría reiterarse la impunidad o, por lo menos, se establece una seria intranquilidad para todos los que pretendan pasar la línea demarcatoria de lo constitucional, mediante la disposición del artículo 36 de la Constitución reformada de 1994 que, en la parte que interesa a este tema, dispone: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles”.

V. Los momentos de tránsito a la constitucionalidad

1. Cuando en la década de los años ochenta se volvió a la constitucionalidad en los países sudamericanos que habían sufrido estados de policía de “seguridad nacional”, hubo diferentes situaciones nacionales, con características particulares que incidieron sobre el poder judicial y el futuro de los dictadores y sus cómplices. En los países donde se continuó la tradición burocrática, los criminales gozaron de impunidad poco menos que absoluta. En la Argentina se llevaron a cabo procesos contra las cúpulas militares y hubo acciones judiciales contra sus cómplices y coautores. Los primeros terminaron en condenas severas; las segundas se interrumpieron con medidas políticas de amnistía. Finalmente, las cúpulas dictatoriales fueron indultadas. No obstante, fue el país en el que más se avanzó por el camino de la punición por la vía judicial y,

además, en el presente se llevan a cabo actuaciones judiciales para el establecimiento de la verdad y algunos delincuentes se hallan privados de libertad, por la comisión de delitos por los que no fueron juzgados y que quedaron fuera de los límites de la amnistía.

2. El fenómeno merece un análisis que aun no se ha llevado a cabo. Si bien es cierto en todo momento de transición los criminales de estado suelen conservar cierto grado de poder, dado que no se trata de desplazamientos violentos, el fenómeno de su impunidad no es atribuible solo a esta circunstancia. De cualquier modo, es claro que en el caso argentino perdieron el poder en medio de una deslegitimación total ante la opinión pública, producto de una guerra conducida con notoria torpeza y del desprestigio de la propia función militar que acarreo esa conducción.

3. Todo poder punitivo encierra una cuota de irracionalidad e ilegitimidad en razón, entre otras cosas, de su inevitable selectividad y de su notoria incapacidad para resolver conflictos en modo satisfactorio. Los poderes judiciales son los que deben mantener estas características relativamente acotadas en los regímenes constitucionales. Cuando esta función se neutraliza, el poder punitivo pasa a ser directamente un poder delictivo y el poder judicial se degrada al nivel de cómplice (por omisión en el mejor de los casos). Cuando sin solución de continuidad temporal, un régimen constitucional pretende devolver de repente al judicial su función *acotante*, éste resta afásico en buena medida, en especial, cuando se mantiene la identidad de las personas que desempeñan la magistratura.

4. En los sistemas burocráticos, el tiempo hace que, al par que los criminales pierden casi todo su poder, la magistratura renueve sus cuadros, incorporando a personas que no fueron cómplices de los crímenes (ni por acción ni por omisión), es decir, que nunca debieron acudir a racionalizaciones para justificar sus omisiones y, por ende, que la condena de éstas no representa para ellas una lesión a su autoestima. Estas circunstancias determinan cambios de actitud frente a la impunidad de los criminales otrora poderosos.

5. En los cambios abruptos de personas en la magistratura, como en la Argentina, si bien el sistema tiene otros inconvenientes, no puede negarse que la anomia es menor, porque desde el comienzo no existe la ambivalencia del comportamiento anterior. Si bien se mantuvo un considerable número de funcionarios “de facto” en la función judicial, no es menos cierto que las cúpulas y una parte considerable del resto fue cambiado, dado que el gobierno constitucional se halló ante la necesidad de nombrar un poder judicial completamente renovado.

6. En síntesis, puede afirmarse que este poder judicial con nominación política fue más eficaz que los poderes judiciales burocráticos, en cuanto a combatir la impunidad de los crímenes de estado. No obstante, bueno es advertir otras circunstancias que tampoco son ajenas a estos desarrollos: a) la decisión de los poderes políticos del estado de combatir la impunidad (al menos en un primer período); b) la señalada pérdida de prestigio y legitimidad de los dictadores y de las propias fuerzas armadas; c) la magnitud de los delitos cometidos, tanto en número como en gravedad y aberración; d) la concentración de las principales causas en una única Cámara o tribunal federal.

7. No obstante, a medida que transcurrieron los años parecieron revertirse las tendencias y es hoy el poder judicial chileno el que asume la delantera, frente al argentino que, no obstante, parece recuperar iniciativa en los últimos años, investigando los crímenes que no han quedado impunes en función de amnistía o indulto y haciendo lugar a la investigación de la verdad, con lo cual se reconoce el derecho de víctimas y deudos y se señala que no es la condenación el único objetivo del proceso penal.

VI. Los efectos de la “mundialización”

1. En tanto que en Brasil y Uruguay se han cerrado las instancias judiciales para combatir la impunidad de estos delitos, en Argentina y Chile, como hemos señalado, se revierte parcialmente la tendencia a proteger a los delincuentes, impulsada desde el poder político en la Argentina y desde el resto del poder militar en Chile. A ambas tendencias no han sido extra-

ñas las causas abiertas en países europeos contra los delincuentes. En efecto: hubo condenas en Francia contra un oficial argentino en razón de la nacionalidad de las víctimas y, más recientemente, hizo lo mismo la justicia italiana contra dos altos oficiales y algunos miembros de una policía fronteriza. Se abren procesos similares en otros países y, al mismo tiempo, por invocación del principio universal, cobraron notoriedad los procesos contra delincuentes argentinos y chilenos en España. Estos procesos repercutieron de alguna manera sobre la conciencia de los nuevos magistrados de los poderes judiciales de ambos países, que por efecto de las nuevas comunicaciones, también sienten el peso de la imagen más *mundializada* de su propia función. Es obvio que estas justicias europeas intervienen ante la omisión de los tribunales locales, lo que hace que en cualquier foro internacional se interpele –aún de modo cortés– a los jueces de ambos países, con la consiguiente lesión a la autopercepción de la función por parte de éstos, al menos de los más sensibles a los fenómenos comunicacionales de los últimos años, que también suelen ser los más inquietos doctrinariamente.

2. Otro de los factores que más lejanamente está incidiendo en el cambio de actitud, pero que debe profundizarse adecuadamente, es el progresivo esclarecimiento y debate sobre la función y la estructura de los poderes judiciales en la región. Ha reinado un silencio casi absoluto en torno a la estructura del poder judicial en nuestros países, o sea, que casi no se ha debatido el gobierno del poder judicial y la forma de nominación y remoción de los jueces. Nadie pareció estudiar este problema hasta años muy recientes e incluso hoy la bibliografía al respecto es sumamente limitada. Cuando una cuestión tan vital no se problematiza es porque no se la percibe como problemática y, por ende, se la deja fuera de todos los límites epistemológicos del conocimiento. De ese modo se obtiene una “normalización” y todos los defectos se atribuyen a otras causas, en tanto que el gobierno del judicial y la selección y reclutamiento de jueces queda al margen, como si se tratase de un inmodificable fenómeno de la naturaleza.

3. En la última década se plantearon algunos debates en Brasil y se modificó de modo imperfecto (aunque de cualquier

manera positivo) la estructura judicial en la reforma constitucional argentina de 1994. En esta última se logró crear un Consejo de la Magistratura plural, aunque conserva a legisladores en su seno. Las designaciones de jueces sólo pueden hacerse previo concurso que eleva una terna al ejecutivo y al Senado Federal. Muchas funciones de gobierno que anteriormente pertenecían a la Corte Suprema son derivadas al Consejo, lo que también es positivo, dado que en éste se hallan representados los jueces, que antes no tenían intervención alguna en las cuestiones presupuestarias y de gobierno.

4. Es muy probable que de esta forma y con el correr del tiempo se comprenda que las omisiones frente a los crímenes cometidos desde el poder dictatorial, sólo pudieron tener lugar porque éste dispuso de un poder judicial que no estaba entrenado y cuya estructura no correspondía a la de los poderes judiciales de los estados constitucionales de derecho, sino a los modelos napoleónicos de estados legales de derecho, o bien, a que el poder judicial había sido sustituido directamente por funcionarios dóciles. No es posible olvidar que el entrenamiento en un poder judicial con una estructura burocrática tiende a reproducirla y, por ende, a producir burócratas, en tanto que un poder con nominación política tiende a producir funcionarios empeñados en complacer al poder de turno sin “malquistarse” mucho con el que sospechan que ocupará el próximo turno, o bien incondicionales que son nombrados para cumplir tareas bien específicas, como fueron las de omitir toda medida que pudiera molestar el ejercicio del poder punitivo ilimitado por el sistema penal paralelo y, peor aún, por el subterráneo, es decir, funcionarios judiciales nombrados para no impedir la comisión de gravísimos delitos y que de buen grado desempeñaron esa triste tarea con el noble nombre de “jueces”.

VII. La lucha contra la impunidad como cuestión institucional

1. No es posible ignorar que la lucha por los Derechos Humanos y, por ende, en primer lugar por el derecho humano a la vida, es una tarea que incumbe a los poderes judiciales nacionales. Los organismos internacionales y en especial los

tribunales internacionales no pueden tener otro papel que el supletorio en casos excepcionales. De un poder judicial burocratizado y, menos aún, de uno nombrado y removido a gusto del poder de turno, incluso el dictatorial, no pueden esperarse prevenciones de la impunidad de los delitos en cuestión. Por consiguiente, la estructura institucional del poder judicial es un problema que debe preocupar a los teóricos de los Derechos Humanos, pues las fallas en ese nivel son la principal causa de la impunidad.

2. Igualmente resulta claro que el poder judicial no es una isla institucional, sino que forma parte de un contexto de poderes que la Constitución procura equilibrar de modo que no puedan ser monopolizados. Sin embargo, estos equilibrios, cuyo análisis como cuestiones de ingeniería institucional empezaron hace años profesionales en ciencia política, no son suficientemente debatidas en la región, lo que hace que se entienda que nuestras estructuras institucionales no se discuten, porque parecen inmejorables. Sin embargo, la experiencia histórica demuestra que distan mucho de serlo.

3. Instituciones de gobierno del judicial –tales como los consejos de la magistratura–, en nuestros países suelen deformarse con la creación de organismos en los que conserva todo su peso el poder ejecutivo o los partidos del parlamento y a veces las cúpulas más o menos burocráticas del judicial más tradicional y enquistado, cuando no provenientes directamente de los actuantes en las dictaduras, sobre todo porque no ha habido aún suficiente renovación generacional.

4. No existe poder, por dictatorial que sea, que se pueda ejercer contra toda la opinión pública en forma masiva. Incluso en los casos de invasiones, los ocupantes deben contar con colaboracionistas que les garanticen cierto consenso de una parte de la población: los alemanes se ahorraron la ocupación de Francia (y las tropas que hubiesen debido distraer para ello) gracias a los políticos de Vichy. Un poder judicial acreditado no puede ser suprimido sin un alto costo político, incluso para un poder dictatorial. El principal factor demoleedor del poder jurídico de contención es la propia estructura institucional de éste, que por burocratizada o por partidizada lo deslegitima.

5. Al descrédito del poder judicial –condicionante de su vulnerabilidad– contribuye también la actitud de políticos y periodistas activos en los propios momentos constitucionales. El poder judicial es molesto para los que ejercen el poder y no es raro que éstos exploten sus defectos, se sumen a críticas a medidas que ponen límites al poder punitivo, se asocien a las agencias del sistema penal para desacreditarlo y hasta ridiculizarlo, en afán demagógico impulsen campañas de ley o de orden y, en definitiva, terminen fortaleciendo las agencias que –privadas de todo control– serían sus victimarias y debilitando a las que serían las encargadas de acotarlas y salvarles la vida. Esta actitud en pos del mero clientelismo coyuntural es un riesgo que va creciendo en los sistemas constitucionales post dictatoriales de la región y que merece ser atentamente analizado.

6. El deterioro de las instituciones es no sólo la causa de los delitos desde el poder y de su impunidad para cometerlos y de su cobertura una vez cometidos, sino también de la propia ruptura del orden constitucional. Si quienes se supone que son los más interesados en la conservación del sistema no hacen lo necesario para fortalecerlo, sino que, en medio de la lucha electoralista, no dudan en contribuir a derrumbarlo con tal de obtener una pasajera ventaja clientelista, poco se puede confiar en la no reproducción de esos fenómenos.

7. Nadie ignora que no basta con establecer los poderes constitucionales para que las agencias ejecutivas de los sistemas penales dejen de cometer delitos, pues es su práctica la explotación de la prostitución, del juego y de los tóxicos prohibidos, el cohecho, la extorsión, la tortura, las detenciones arbitrarias y las ejecuciones sin proceso. Si los políticos se empeñan en criticar a los poderes judiciales que se baten por ponerle coto a estos delitos, si ensayan y suscriben los discursos con que se justifica el ejercicio del poder arbitrario que los permite, si el periodismo se hace eco de semejantes discursos y la televisión bombardea a la opinión pública con mensajes bélicos contra la delincuencia en abstracto, si cada caso psicopático es pretexto para señalar al poder judicial como un obstáculo a la función preventiva policial, si cada adolescente que comete un delito grave es razón para reclamar la punición de todos los adoles-

centes y niños pobres en razón de su mera pobreza, las perspectivas de prevención de la impunidad no son muy buenas.

8. Cueste o no creerlo, Auschwitz no es más que el poder punitivo sin control ni reducción. Quien no comprenda que no existe cambio cualitativo alguno en cuanto a la naturaleza del poder que se ejerce en el abuso policial y en Auschwitz, no puede explicarse el fenómeno y caerá en contradicciones que le llevarán a fomentar la impunidad en todos sus momentos. Si se desprestigia y debilita al poder que debe contener esa pulsión patibularia mediante la explotación de las tendencias *tanáticas* masificadas, nadie se horrorice de las consecuencias y –aun más– quizá no tenga tiempo para el arrepentimiento cuando, entre el montón de ruidos del mundo posmoderno, comience a distinguir el repiqueteo de los pasos de quienes vienen por él.