



IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

VERDAD Y JUSTICIA

HOMENAJE A EMILIO F. MIGNONE

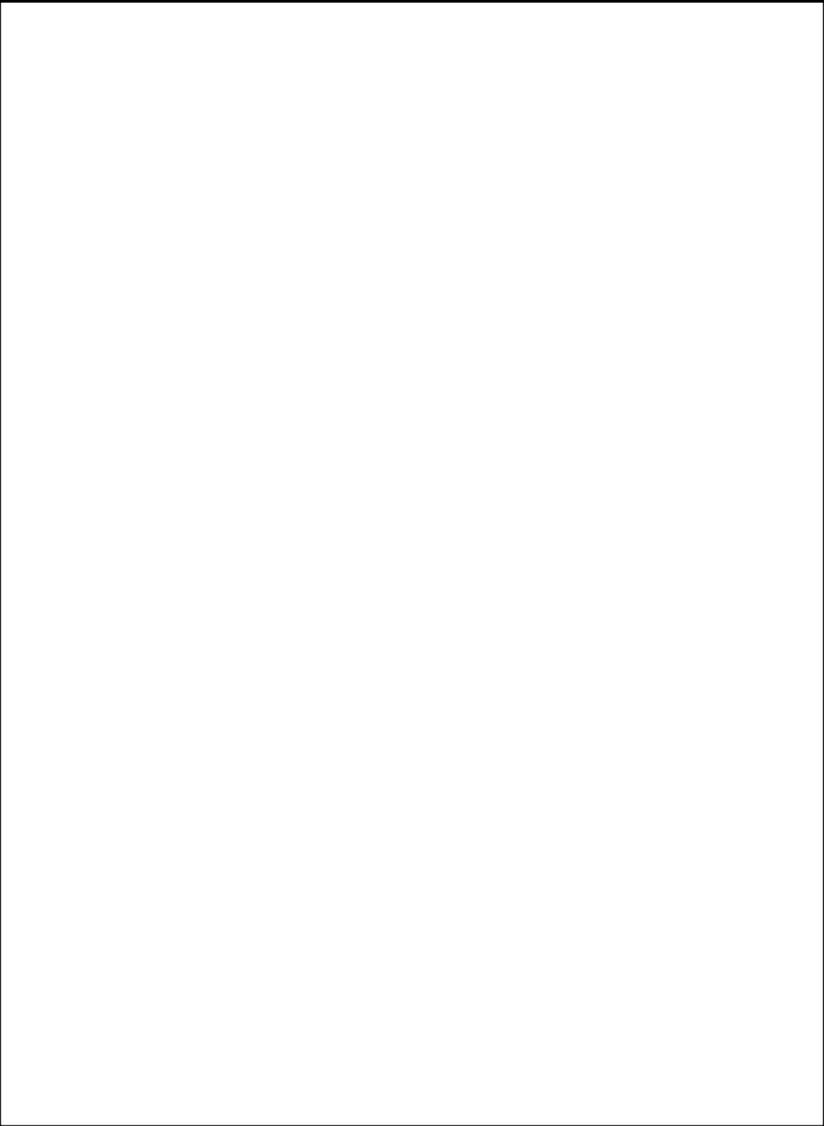


**VERDAD Y JUSTICIA.
HOMENAJE A
EMILIO F. MIGNONE**

*Editores:
Juan E. Méndez
Martín Abregú
Javier Mariezcurrena*

Instituto Interamericano de Derechos Humanos - IIDH

Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS



Emilio F. Mignone

363.233.6

159v Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Verdad y Justicia: Homenaje a Emilio F. Mignone / Instituto Interamericano de Derechos Humanos-- San José, C.R. : IIDH, 2001.
454 p. ; 22 1/2 x 15 cm.

ISBN 99 68-778-82-6

1. MIGNONE, EMILIO FERMÍN - HOMENAJES PÓSTUMOS.
2. COMISIONESDELA VERDAD. 3. JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL. 4. NIÑOS DESAPARECIDOS - ARGENTINA. I. Título.

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo a cargo de la edición:

Juan E. Méndez, edición

Martín Abregú, edición

Javier Mariezcurrena, edición

Guisella Sánchez, corrección de estilo

Felipe Sánchez, corrección de pruebas

Marisol Molestina, producción

Diagramación, Artes Finales e Impresión: MARS Editores S.A.

Portada: Karla Castro

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado 10081-1000

San José, Costa Rica

Teléfonos: (506) 234 04 04 Fax.: (506) 234 09 55

ueditorial@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

ÍNDICE

Presentación XI

I – EMILIO F. MIGNONE

Introducción
Pedro Nikken 3

Un católico en defensa de los derechos humanos
Mario del Carril 7

Mignone y la singularidad argentina
Horacio Verbitsky 25

Recopilación de bibliografía de Emilio Fermín Mignone
Isabel Mignone – Cristina Caiati 29

II – LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

Los aportes y desarrollos del poder judicial en la lucha
contra la impunidad
Eugenio Raúl Zaffaroni 47

La impunidad no es solo cuestión de hecho. Sobre la
persecución en España de los crímenes de la dictadura
militar argentina
Perfecto Andrés Ibáñez 65

Niños desaparecidos por motivos políticos en la república
Argentina (1976-1983). *La labor de abuelas de Plaza de Mayo*
Estela Carlotta 87

Cultura de paz y lucha contra la impunidad: el papel de la sociedad civil <i>Adolfo Pérez Esquivel</i>	95
---	----

Memoria, olvido, reconciliación y justicia en el caso chileno <i>Manuel Antonio Garretón M.</i>	101
--	-----

III – COMISIONES DE LA VERDAD

Las comisiones de la verdad. Introducción <i>Patricia Valdéz</i>	123
---	-----

Las comisiones de la verdad <i>Rodolfo Mattarollo</i>	129
--	-----

La experiencia del Cono Sur en materia de comisiones de la verdad <i>Felipe Michelini</i>	173
--	-----

Las experiencias de El Salvador y Honduras en la búsqueda de la verdad <i>Alfredo W. Forti</i>	207
---	-----

La búsqueda de la verdad y la justicia después de las comisiones de la verdad en Centroamérica <i>Margaret Popkin</i>	223
--	-----

South Africa's Truth and Reconciliation Commission and the International Community <i>Alexander Boraine</i>	259
--	-----

IV – LA IMPUNIDAD Y EL DERECHO INTERNACIONAL

La justicia penal internacional, la paz y la reconciliación nacional <i>Juan E. Méndez</i>	303
---	-----

Universal Justice for Crimes Against Humanity <i>Kevin Boyle</i>	331
---	-----

La lucha contra la impunidad ante el sistema interamericano de derechos humanos <i>Douglass Cassel</i>	357
---	-----

<i>Ius gentium</i> y concepción estatalista del derecho en relación con los nuevos desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia argentina <i>Leopoldo Schiffrin</i>	411
--	-----

Notas curriculares de los autores	433
---	-----

PRESENTACIÓN

Emilio Mignone luchó por todos los derechos humanos. En un primer lugar, y como parte del movimiento civil de la Argentina, ganó la “guerra sucia” a la dictadura; esa gesta fue uno de los más visibles estandartes para otros países de América Latina. Completamente decidido a promover la estabilidad democrática de su país y a defenderla, apostó a una mayor democratización de las instituciones y de la vida social como manera de incrementar las oportunidades sociales para la realización de los derechos humanos.

Emilio Mignone y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), simultáneamente al esfuerzo de combatir la impunidad de las más graves violaciones a los derechos humanos, comenzaron a enfrentar y a dar respuesta a los que serían los retos del futuro de estos derechos en la Argentina. Pero Emilio fue más allá: tenía una visión completa de la evolución del movimiento civil por los derechos humanos en las Américas. Ejemplo de su papel relevante fue su permanencia como miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), durante más de quince años. Mignone fue responsable de promover y de alentar varios cambios institucionales y de política educativa en el Instituto.

Emilio Mignone dejó una huella indeleble en su país y en instituciones como el CELS y el IIDH. En estas organizaciones puso al servicio humanitario por encima de pasiones políticas y jamás dejó de lado sus ideales de justicia y de libertad, que impulsó en la época más sangrienta de Argentina. Justamente la idea de publicar este libro surgió en el país de Emilio Mignone, en abril de 1999, cuando el CELS, una de las más prestigiosas organizaciones de la sociedad civil americana, y el IIDH le rindieron un emotivo homenaje en el Aula Magna de la

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con la presencia de familiares, amigos, organizaciones de derechos humanos y una gran cantidad de estudiantes y público general.

En ese homenaje nos acompañaron como expositores Estella Carlotto, Leopoldo Schiffrin y Horacio Verbistky, quienes contribuyen en este libro; también estuvieron presentes, como disertantes, dos personas de profunda experiencia en el sistema universal de protección de derechos humanos, como son Cecilia Medina Quiroga y Roberto Garretón. En aquella oportunidad el IIDH también organizó otras actividades en honor a Emilio Mignone, como el lanzamiento, junto a varias organizaciones locales, de una campaña por la ratificación del Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, compromiso que el Estado argentino asumió posteriormente.

Este libro que tengo el honor de presentar trata amplia y profundamente, aunque de manera amena, los temas fundamentales para aquellas sociedades que, como muchas de las nuestras, hacen esfuerzos por superar las causas y los efectos de las más terribles atrocidades del pasado. El libro comienza por una semblanza de Emilio Mignone y su obra (*Nikken, Del Carril, Verbitsky, Mignone, Caiati*) y en su primera sección trata las distintas dimensiones de la problemática de la impunidad (*Zaffaroni, Andrés Ibáñez, Carlotto, Pérez Esquivel, Garretón*). Luego incluye un capítulo específico sobre las comisiones de la verdad, tal vez unos de los aportes más variados y actuales sobre estos organismos en el mundo (*Mattarollo, Valdez, Michellini, Forti, Popkin, Borraine*). Finalmente, se tratan los avances que se han registrado en el derecho internacional en términos de justicia (*Méndez, Boyle, Cassel, Schiffrin*).

La lucha por la verdad y la justicia, dos valores fundamentales para las sociedades democráticas, es un tema de una actualidad central en nuestra región. Al momento en que se publica esta obra están funcionando comisiones de la verdad en Panamá y Perú, mientras que en Uruguay se desarrolla la experiencia de la comisión para la paz y en Argentina continúan los llamados juicios de la verdad. Simultáneamente a

estas acciones, en casi todos los países de la región se renuevan los esfuerzos de someter a la justicia a quienes aparecen como responsables de las más graves violaciones de derechos humanos conocidas en nuestra historia.

Por su trayectoria en la lucha por los derechos humanos bajo regímenes dictatoriales, es un ejemplo para todos aquellos quienes de alguna manera hemos enfrentado situaciones similares. La búsqueda incansable de la verdad y justicia es el título de nuestro libro homenaje a nuestro amigo; pero también es el culto que Emilio Mignone rindió cada día de su vida y, fundamentalmente, es el ejemplo y el legado que deja a las nuevas generaciones, a los jóvenes pensadores y a los activistas de derechos humanos.

Roberto Cuéllar M.

Director Ejecutivo

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

San José, Costa Rica, Agosto de 2001

I

EMILIO F. MIGNONE

Las sociedades emergidas del terrorismo de Estado tienen necesidad de procurar la sanción de los crímenes cometidos, para evitar que vuelvan a repetirse... las organizaciones de derechos humanos juegan un papel fundamental.

INTRODUCCIÓN

Pedro Nikken

Es difícil expresar satisfacción al rendir homenaje a un amigo que se ha muerto. La muerte, como evento inexorable, marca la frontera de la vida. Cuando se extingue un hombre como Emilio Mignone, es un privilegio acercarse con reverencia a su recuerdo y a sus sueños, a su obra, a sus luchas, a la pasión que siempre puso a las causas con las que se comprometió. Al amor, que fue la brújula de los momentos más importantes de su vida. Desde su producción como intelectual, su compromiso como militante de la causa universal de los derechos humanos; pasando por el amor a su familia y a su prójimo y por el dolor irrevocable por el crimen perpetrado contra Mónica, su hija, y contra toda su familia sumida en el suplicio de la desaparición forzada, por la dictadura que avergonzó a América Latina, Emilio Mignone volcó su existencia en la lucha por la justicia, por el esclarecimiento pleno de la verdad y por la suerte de las víctimas indefensas del despiadado uso de la fuerza bruta desde el poder público y del más indigno desprecio hacia la dignidad humana y el sufrimiento ajeno.

Tuvimos la suerte de que nos acompañara en el Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos desde el 16 de enero de 1984 (fecha de la primera elección de miembros de éste¹) y compareció a nuestras reuniones hasta la sesión ordinaria del Consejo que tuvo lugar los días 5 y 6 de marzo de 1998. Antes de que volviéramos a reunirnos ocurrió

1 Los miembros del Consejo Directivo del IIDH se eligen por cooptación, de modo que su primer Consejo Directivo, que se instaló en 1981, no fue, ni podía ser, producto de una elección, sino que fue designado, por vía excepcional y transitoria, por el entonces Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Magistrado Rodolfo Piza Escalante.

su fallecimiento el 21 de diciembre de aquel año. Durante su larga permanencia en nuestro órgano directivo, Emilio Mignone supo combinar extraordinariamente dos vertientes fundamentales en su vida: la de educador y la de luchador por la causa de los derechos humanos.

Fue un disciplinado integrante del Consejo Directivo del IIDH. Nunca hizo concesiones a la diplomacia mal entendida o a los cálculos sobre cómo serían recibidos sus puntos de vista entre los demás colegas del Consejo. Se expresó siempre clara y francamente, con el valor y la autenticidad que lo caracterizaron. Fue en más de una ocasión la voz de la conciencia de nuestro máximo órgano de dirección y su aporte para que el IIDH se mantuviera siempre dentro de la fidelidad a su objeto y el apego a los principios que le dieron vida, representando así uno de nuestros términos de referencia más preciados.

Participó en numerosas actividades en el área educativa del IIDH. Considero, que uno de los aportes que más lo entusiasmó, ya hacia el final de sus días, fue el Proyecto de Educación y Derechos Humanos en Argentina, tema que propuso y que logró incorporar en el curriculum del sistema educativo de su país. Emilio no sólo participó en el diseño y puesta en práctica del proyecto, sino que también participó en los cursos de capacitación y en la validación del libro en el que habría de plasmarse, en la práctica, la educación en derechos humanos en la Argentina.

Como resultado del proyecto, el gobierno argentino imprimió 50.000 copias del texto, mismas que fueron distribuidas a los maestros. Hoy ese texto se considera parte de la biblioteca docente. Lamentablemente, no sobrevivió para ver este último resultado. Desde luego, en el acto de presentación del libro, en el año 1999, se rindió un merecido homenaje a su vida y a su memoria.

Es un verdadero honor que me ha reservado la vida el de haber tenido el encargo institucional de escribir estas breves palabras introductorias a este Libro en Homenaje a Emilio Mignone. En él se recogen trabajos de destacados especialistas de las Américas, de Europa y de África, alrededor de un eje

temático, sobre una materia por la que Emilio luchó sin desmayo y con pasión: el esclarecimiento de la verdad sobre la suerte de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y el cese de la impunidad contra sus perpetradores. En ambos casos, se ha enfocado el tema tanto desde el punto de vista del derecho interno, como del internacional.

Muchas cosas han cambiado desde el trágico “proceso” argentino y las atrocidades que se cometieron frente a los ojos de tres generaciones de seres humanos, dentro y fuera de nuestro continente, aún después de la II Guerra Mundial. La consagración irreversible de la jurisdicción penal universal contra los delitos de lesa humanidad, los procesos nuevos contra los tiranos argentinos, el enjuiciamiento al dictador Pinochet y a varios de sus cómplices, las acciones adoptadas por tribunales europeos, los resultados de las Comisiones de la Verdad, marcan otros tantos hitos que muestran cómo luchas a las que se consagró Emilio Mignone con calor, han comenzado a producir frutos tangibles. Estamos convencidos de que se ha emprendido un nuevo camino, sin retroceso, en procura de la protección de la dignidad del ser humano.

En ese sentido, al ofrecer este libro homenaje a Emilio Mignone, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos confía en que, si con él nos unirá para siempre el recuerdo, mucho más lo hará la esperanza que Emilio ayudó a cultivar.

San José, junio de 2001

UN CATÓLICO EN DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Mario del Carril

*... quiero expresarle que lo he leído con emoción.
Encontré en el relato de su vida una notable coherencia
entre la fe y la libertad de espíritu;
la firmeza en los principios y un sano pragmatismo;
el pensamiento y la acción.
Siempre he aspirado a esa coincidencia.¹*

Hacia el final de su vida a los 76 años, Emilio Mignone es un héroe, un organizador y una bandera del movimiento de los derechos humanos en la Argentina. Pero en su adolescencia, en su juventud y al comienzo de su vida adulta, Mignone fue abanderado y protagonista de un catolicismo militante, que a veces se asociaba con el nacionalismo neutralista argentino y que no se dejaba identificar fácilmente con la defensa de los derechos humanos.

En la *Juventud de la Acción Católica* (JAC) Mignone estuvo al servicio de la jerarquía eclesiástica y en los años de la Segunda Guerra Mundial estuvo comprometido con el neutralismo nacionalista. Después de la guerra, Mignone estudió derecho en Buenos Aires, fundó y dirigió *Antorcha* (el periódico de la JAC), se recibió de abogado y fue Director General de Enseñanza en el gobierno de la Provincia de Buenos Aires, donde colaboró estrechamente con el episcopado en temas relacionados con la enseñanza religiosa.

¹ Carta Mignone a Hesburgh, 30 de enero, 1991, Archivo Mignone.

En la segunda parte de su vida, Mignone luchó contra una dictadura militar que se apoyaba ideológicamente en la iglesia y reclamó contra la jerarquía eclesiástica argentina por haber abandonado a miles de familias y personas, entre ellas muchos fieles, afectados por las desapariciones². El primer Mignone no buscaba colaborar con quienes no pensaban como él; el segundo Mignone se unía a todos los que buscan la verdad y la justicia.

La oposición entre los compromisos que asumió Mignone entre los 20 y 30 años y los compromisos de su edad adulta y madura, es tan obvia que un observador que intenta ser objetivo no la puede ignorar. Se dice -a manera de explicación-, que Emilio se dedicó casi exclusivamente a los derechos humanos a los 54 años porque los militares secuestraron, torturaron y mataron a su hija Mónica y seguramente tiraron su cuerpo al mar. Esto es cierto, pero este cambio en Emilio Mignone no se puede entender en forma cabal sin tomar en cuenta su militancia católica de toda la vida.

A las 5 de la mañana del 14 de mayo de 1976, Mónica, que tenía entonces 24 años, fue llevada de la casa de sus padres por un grupo de tareas de las Fuerzas Armadas para ser interrogada por unas horas en un cuartel. Por lo menos eso fue lo que dijo quien parecía ser el jefe del grupo de hombres armados que entró en el departamento de Emilio esa madrugada. Nunca más se supo de Mónica.

Sin duda, la desesperación de Mignone por la desaparición de su hija se agudizó porque nadie en el gobierno o en la estructura del poder militar y del poder eclesiástico le pudo –o quiso– decir algo sobre el paradero de su hija: ni quién se la había llevado, ni por qué, ni cuál fue su destino. Este hecho sacudió a Mignone, quien se había manejado en la proximidad del poder durante muchos años. Pero esta desesperación no cambió su manera de pensar; no hizo que sintiera o valorara la

2 Mignone, Emilio F. (1986) *Iglesia y Dictadura*. Ediciones del Pensamiento Nacional, Buenos Aires.

vida de otro modo. El efecto en Emilio de la desaparición de su hija fue otro.

Después que murió Emilio, el Padre Fernando Storni S.J. dijo en una misa: “Emilio fue un hombre en que ante todo se admiraba de cómo se reflejaba en su vida la Gloria de Dios, encarnada en su servicio al prójimo”.³ Estas palabras expresan una de las claves para entender qué pasó en el alma de Emilio. La desaparición de Mónica no cambió la naturaleza de Emilio, pero sí cambió sus prioridades: el servicio al prójimo se transformó en el principio regulador de su vida. Él mismo reconoció este cambio cuando escribió: “Yo le debo mucho a mucha gente, pero fundamentalmente estoy en deuda con Mónica, que fue la causa para que pusiera mi vida al servicio de los demás”.

Esta aparente sutileza es una diferencia crucial para entender la vida de Mignone. La desaparición de Mónica por sí sola no lleva a Emilio a dedicar el resto de su vida a los derechos humanos en la forma abnegada como lo hizo. El motivo de esa dedicación fue el martirio y la vocación de servicio de su hija.

Por lo tanto, identificarnos con una parte de la vida de Emilio, rechazando la otra como algo extraño y monstruoso, es no comprender aquello con lo que uno se identifica. Esto es tan cierto para quienes lo conocieron de joven y militaban con él para defender a la religión en la vida del hombre, como para quienes lo conocieron como defensor de los derechos humanos y militaron con él para proteger a la persona humana. Una vida que siempre estuvo centrada en Dios, como fue la vida de Emilio, no puede admitir el rechazo del Otro.

No existen fisuras ni contradicciones en el catolicismo de Emilio Mignone, ni en su compromiso con los derechos humanos. Sí existen equivocaciones, interpretaciones erradas, simplificaciones históricas, impulsos erróneos e imprecisiones en su vida, como las hay en la vida de todos.

3 El Padre Storni S.J. comenzó su sermón con una cita de San Ireneo “*Homo Vivens, Gloria Dei*” (“El hombre viviente es la Gloria de Dios”).

Mignone pertenece a esa primera generación de católicos argentinos formada por instituciones creadas en las primeras décadas del siglo XX en un esfuerzo por romanizar la iglesia y proteger a los fieles del avance del modernismo. Un listado de las instituciones más importantes que fueron creadas y de los acontecimientos eclesiásticos significativos que ocurrieron en los primeros 18 años de su vida, nos da una idea de la magnitud de este esfuerzo que aprovechó un trabajo ya iniciado tras el ingreso al país de congregaciones religiosas de ambos sexos, en la segunda mitad del siglo XIX y a principios del siglo XX.

En 1922, cuando nace Emilio, se inauguran los *Cursos de Cultura Católica* en Buenos Aires, un calificado instituto de estudios superiores católicos en un país en el cual el sistema universitario era laico. En 1928, cuando Emilio cumple seis años, se funda la revista *Criterio*⁴, la publicación intelectual más valiosa del catolicismo argentino. En 1931, cuando Emilio ya tiene nueve años, se establece la *Acción Católica Argentina* y en 1934, cuando cumple doce, se crea la *Juventud de la Acción Católica* (JAC)⁵, una organización en la que tendrá una destacada actuación.

Por otra parte, en los primeros años de su vida se inaugura la Basílica de Nuestra Señora de Luján, que consolida a su pueblo natal como el centro de peregrinación del país. En 1934 se realiza en Buenos Aires el *Congreso Eucarístico Internacional*, el primer congreso eucarístico que se realiza en Sudamérica y en el que por primera vez visitan la Argentina cardenales de la iglesia, entre ellos el Cardenal Eugenio Pacelli, después incluso el mismo Papa Pío XII.

En esa oportunidad se celebró en Palermo una misa de hombres de la que se comentó: “por primera vez se han visto comulgar hombres en la Argentina”. En la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, el país era una sociedad políticamente dominada por hombres despreocupados de lo

4 Montserrat, Marcelo (1999) “El Orden y la Libertad, una Historia Intelectual de Criterio. 1928-1968”. Separata de la obra *Cuando Opinar es Actuar*. Revistas Argentinas del Siglo XX, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires.

5 La Acción Católica fue definida por el Papa Pío XI en 1927 como “la participación de los laicos en el apostolado de la jerarquía”.

religioso, en parte porque a lo largo del siglo XIX la presencia de la iglesia había sido débil. La dirigencia política liberal, positivista y conservadora, no tomaba en serio la religión. Pero en la década del treinta, por distintas razones, la religión se transformó en un factor político. Quizá la principal razón fue que la clase dirigente empezó a valorarla y a darle espacio como una valla de contención contra el avance ideológico del socialismo y del comunismo.

Además, como mencioné, las órdenes religiosas que habían estado llegando al país junto con los inmigrantes en la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, también ayudaron a impulsar una renovación del espíritu religioso. Se establecieron escuelas y centros católicos, que difundían una visión política opuesta al liberalismo y al laicismo dominantes⁶. Algunos de los religiosos habían llegado casi como refugiados, de Europa sintiéndose perseguidos por los liberales y por los socialistas de fin y principio de siglo.

Emilio hace su bachillerato en el Colegio Secundario Nuestra Señora de Luján, que había sido fundado por los Hermanos Maristas en 1904. Un año antes, miembros de esa orden llegaron expulsados de Francia, donde se les había quitado el derecho a enseñar, el cual era su medio principal de subsistencia. Es de pensar, entonces, que los profesores de Emilio en ese colegio no eran entusiastas de las instituciones republicanas y del liberalismo.

La historia también influyó en la generación de Emilio. La guerra civil española repercutió poderosamente en el país, dividiendo a la sociedad civil. Para muchos católicos, el conflicto confirmaba lo peor de lo que se decía de las instituciones republicanas, liberales y democráticas: habían abierto las puertas de la sociedad al anarquismo, al socialismo y al comunismo, los enemigos principales de la iglesia. A la vez, la información sobre las atrocidades cometidas contra la iglesia enardecía a la

6 En la revista anual de los hermanos maristas en la Argentina, se encuentra la reproducción de una carta escrita en 1940, firmada por sacerdotes y religiosas de veinte órdenes argentinas, agradeciendo al Mariscal Petain el haber reinstaurado en ese mismo año la enseñanza religiosa en Francia (abolida por un gobierno socialista en 1904). En esa carta se observan claramente las prioridades de los religiosos que enseñaban en la Argentina.

juventud católica. Según el historiador Hugh Thomas, a lo largo de la guerra, fuerzas leales a la República asesinaron a 7939 religiosos: 12 obispos, 283 monjas, 5255 sacerdotes, 249 novicios y 2492 hermanos⁷, entre ellos 60 maristas⁸.

En la *Introducción a la Metafísica*, el filósofo alemán Martín Heidegger, que se formó en un seminario católico y que se adhirió al nazismo por un tiempo indefinido, expresa como los intelectuales de orientación religiosa en el período de entreguerras se sentían atrapados en el mundo moderno.

*Esta Europa, –escribe Heidegger– en atroz ceguera y siempre a punto de apuñalarse a sí misma, yace hoy bajo la gran tenaza formada entre Rusia, por un lado, y América, por el otro. Rusia y América, metafísicamente vistas, son la misma cosa; la misma furia desesperada de la técnica desencadenada y de la organización abstracta del hombre normal*⁹.

La generación católica a la que pertenecía Emilio también se sentía atrapada, pero a diferencia de Heidegger, que se había alejado de la religión, creía en una renovación cristiana que pudiera librarla de esa “tenaza”. Para Emilio y sus amigos, la salvación estaba en recuperar la sociedad cristiana auténtica del medioevo. Leían a Jacques Maritain, Nicolás Berdyayev, Gilbert Chesterton, Giovanni Papini, Hilaire Belloc, Paul Claudel y Charles Peguy. Eran, sin embargo, víctimas también de una gran confusión, encubierta en una excesiva admiración por la acción. De esta forma, unos, por razones tácticas, serían partidarios de Hitler, y otros, como Maritain, optarían por las democracias, pero casi todos coincidían en que el destino de la civilización cristiana exigía oponerse al modernismo.

7 Thomas, Hugh (1961) *The Spanish Civil War*. Eyre & Spottiswoode, London. Página 173.

8 El estimado de los muertos maristas es de Emilio Mignone. Mignone, Emilio (1954) *Reseña Histórica del Colegio Nuestra Señora de Luján de los Hermanos Maristas (1904-1954)*. Luján, Provincia de Buenos Aires.

9 Heidegger, Martín, *Introducción a la Metafísica*. Traducción de Emilio Estiú. Editorial Nova, Buenos Aires.

La primera carrera de hombre público de Emilio Mignone fue rápida. Es uno de los organizadores de la exitosa asamblea de la *Juventud de la Acción Católica*, que reúne en Buenos Aires a 20,000 personas. Los congresales realizan marchas de noche por las avenidas de Buenos Aires con antorchas encendidas y sesionan en Luna Park. En esa asamblea se crea el periódico *Antorcha* de la JAC, que Emilio dirige hasta 1949. En los años siguientes se recibe de abogado, viaja a España por la JAC y es designado Director General de Enseñanza de la Provincia de Buenos Aires. Tenía 27 años de edad y era el hombre más joven que había ocupado ese puesto según las crónicas de la época.

Eran los tiempos de la primera presidencia de Perón (1946-1952). La influencia de la iglesia católica en el gobierno parecía haber llegado a un nivel nunca visto en la Argentina, a juzgar por la imposición de la educación religiosa en las escuelas y por la reforma de la Constitución –de 1949– que incluyó elementos identificables con la doctrina social de la iglesia. Pero esta influencia –que fue llamada “clerical” por sus detractores– no duró.

En 1951, hacía ya dos años que Emilio estaba en la función pública, tenía 29 años y se había casado con Angélica Sosa (Chela) en enero de 1950. Perón (o el entorno de Perón) se enemistó con el gobernador Domingo Mercante de la Provincia de Buenos Aires, seguramente porque éste figuraba como su sucesor natural, y Perón –o su entorno– no quería sucesores.

Por tal motivo al terminar su período como gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Mercante fue expulsado del Partido Peronista, acusado de traidor y sus colaboradores fueron perseguidos. Arturo Sampay, el brillante fiscal de la Provincia de Buenos Aires que fuera el arquitecto de la reforma de la Constitución del 49, tuvo que huir del país disfrazado de sacerdote. Julio Avanza, Ministro de Educación de la provincia y jefe directo de Mignone, fue acusado de estafa contra el Estado, juzgado y condenado a prisión. Estuvo en la cárcel cuatro años y murió después de recobrar la libertad. A Mignone lo buscó la policía federal por unas semanas, pero él se refugió entre parientes y amigos en Luján y Buenos Aires.

En los siguientes diez años de su vida (1952-1962), a Emilio le toca un relativo aislamiento político. Su ámbito de acción pública se reduce primordialmente a Luján, pero mantiene sus contactos con la iglesia y participa activamente en el proceso de crear un partido político católico nacional. Desde el punto de vista material fueron años desafortunados, pero fueron años importantes para su desarrollo personal: tuvo tiempo para reflexionar y participar como opositor en la vida política del país. Además, contó con un modesto periódico, *La Voz de Luján*, en el que expresaba sus opiniones y en el cual dejó registrada la evolución de su pensamiento.

La Voz de Luján era poco más que una hoja de pueblo que Emilio compró en 1952 con Juan Manuel Méndez. El periódico se ocupaba de los temas del pueblo, la cooperativa eléctrica, las obras del municipio, la seguridad y el deporte. Los editoriales de *La Voz* eran comentarios sagaces y bien informados sobre mucho de lo que pasaba en el mundo y en el país y se caracterizaban por su marcada orientación católica y por su anticomunismo.

El 26 de diciembre de 1953, Emilio¹⁰ comenta en un editorial sobre el peligro de una guerra nuclear:

Pareciera que la subordinación de la humanidad a los principios inmutables del Decálogo y la aceptación de la Redención comenzada hace dos mil años por Cristo quedan abiertos como expectativa posible para lograr la paz verdadera y el amor y la justicia entre los hombres.

El nacionalismo exagerado de los discursos y escritos juveniles de Emilio no aparece en estas líneas: solo hay un cristianismo depurado de contenido nacional. Es más, en su análisis de la realidad contemporánea europea, critica el nacionalismo como algo que forma parte de un modo de pensar que ha caducado, aunque limita la crítica a los nacionalismos marxista o liberal, pero no menciona el nacionalismo católico:

10 Según Carlos Mignone, hermano de Emilio que colaboraba en *La Voz de Luján*, casi todas las editoriales eran escritas por Emilio.

El triunfo de Adenauer... significa también el triunfo de la idea Europa sobre los nacionalismos anticuados y excluyentes. Del europeísmo que acabará con las guerras del viejo continente y hará de las antiguas naciones europeas una sola gran nación. La Europa cuyos campeones son Adenauer y De Gasperi y a la cual se oponen los que poseen la mentalidad anacrónica de un nacionalismo liberal o marxista que carece ya de sentido en el mundo occidental¹¹.

Los gobiernos son importantes, pero impotentes para resolver el verdadero problema del hombre que es asegurar la paz. Ésta se asegura sólo con la subordinación a “los principios inmutables del Decálogo y la aceptación de la Redención”. Emilio también aprueba lo que está pasando en Europa, porque cree que la democracia cristiana de los gobiernos europeos está realizando la Doctrina Social de la iglesia:

Desde el punto de vista social el régimen del Dr. Adenauer es progresista sobre las bases, como se ha dicho, de una doctrina social cristiana. Así Alemania está a la cabeza de los movimientos de coparticipación y cogestión de obreros en las empresas; en la difusión de la propiedad (y no en su eliminación para empobrecimiento general como procuran los socialistas) y en la intervención sindical en las relaciones laborales ...

Otro tema de sus editoriales es el sectarismo argentino. El 4 de enero de 1954 Emilio invita a dialogar y a ser tolerante en el campo de la gramática. Pero sus lectores enfadados, o quizás aburridos, se quejaron. Mignone les respondió con la siguiente filípica en *La Voz de Luján*:

Estas reacciones -las quejas- son naturales y tienen su origen en la dificultad que existe para muchos en convivir con respeto y tolerancia hacia sus semejantes y esforzarse por apreciar los hechos y las ideas con objetividad. El ver las cosas como son es bastante difícil. El juzgar con equidad más aún. El permitir el intercambio de opiniones, aun en un mismo periódico, no es

11 *La Voz de Luján*, 21 de septiembre de 1957.

habitual entre nosotros y sin embargo revela una amplia libertad de espíritu y un anhelo de permitir la más amplia información para una adecuada formación de juicio.

Creo que la experiencia de ser perseguido -y en algún caso calumniado- sufrida por Sampay, Avanza, Mercante y por él mismo, empezó a convencer a Mignone de que la intolerancia y el sectarismo son males de los argentinos que se encuentran en cualquier parte, aún en discusiones sobre gramática. Volverá sobre el tema con mayor urgencia y en un contexto trágico, después de la exitosa revolución de 1955 contra Perón.

En estos años Emilio está en contacto con los ex dirigentes de la Acción Católica que se van abriendo paso en la vida. Naturalmente, forma parte de los cuadros católicos que se resisten a la persecución de la iglesia católica a partir de 1953. Las tensiones entre el gobierno peronista y la iglesia se agravan; Emilio participa activamente en la resistencia de los católicos a la persecución del gobierno de Perón y se lo identifica como uno de los principales redactores de los panfletos que atacan al gobierno peronista en los años 1954-55¹².

Sin embargo, cuando la revolución antiperonista triunfa en 1955, Mignone se encuentra en el círculo de los nacionalistas católicos catalogados de “nazis” y “fascistas”, que son desplazados del poder por los liberales de la Revolución Libertadora. Este tiene que haber sido un golpe fuerte, tan fuerte como el que recibió cuando el peronismo atacó a Mercante y a su entorno, en el que él estaba incluido.

En junio de 1956 el gobierno militar de la Revolución Libertadora enfrenta una contrarrevolución peronista y recurre a fusilamientos extra-judiciales de militares y civiles insurrectos, declarando la ley marcial en el país. Emilio disiente claramente en un editorial de *La Voz de Luján* que predice el futuro triste y sangriento que le espera al país porque ese día se decidió actuar al margen de la ley:

Pocas cuestiones han dado lugar en el país a una política tan apasionada como la provocada por los fusilamientos dispuestos

12 ARNAUDO, Florencio José, *El año en que quemaron las iglesias*.

por el gobierno provisional. Digamos en pocas palabras, nuestra opinión. No eran necesarios, ni dieron sensación de energía ni nada de soluciones. Si algo demuestra la historia de todos los países y en particular la Argentina es que medidas de esta naturaleza suelen iniciar períodos sangrientos y no concluirlos ... Jurídicamente no es posible admitir la aplicación, aún por regímenes de facto, de leyes aprobadas después de los hechos. Moralmente se requeriría una adecuada medición de las responsabilidades. Y políticamente ha sembrado el odio y el rencor por muchos años entre vastos sectores del país alejando las posibilidades de la concordia y la normalidad¹³.

Aunque la circulación de *La Voz de Luján* no era nada en comparación con los grandes diarios de la capital federal, se necesitó coraje y clarividencia para escribir este editorial, comprometido de hecho con los derechos humanos. Los fusilamientos del 10 de junio de 1956 ocurrieron 20 años y 26 días antes de la desaparición de Mónica, un hecho violento incluido en el ciclo de sangre que se inició con esos fusilamientos. En junio del 56 Mónica tendría cuatro años.

Emilio no ganó amigos con esta protesta, pero sí se ganó el respeto de muchos y tuvo que sufrir, por supuesto, los insultos de los sectarios a quienes encaró directamente y sin pelos en la lengua, como lo haría tantas veces en la vida:

Quien no está en un cien por cien con el gobierno –incluso con los fusilamientos– es, para algunas mentalidades sectarias –“peronista”. En vez de razonar y argumentar se lanzan calificativos: “nazi”, comunista, nacionalista, masón. No se admite que cualquier ciudadano piense con su propia cabeza y tenga opinión propia. Se denigra al que juzga libremente y según la convicción surgida de sus estudios a cualquier hecho o actor de la historia Argentina¹⁴.

Hemos visto reflejada en *La Voz de Luján* la evolución del pensamiento de Emilio en estos años. Esta evolución también

13 *La Voz de Luján*, 23 de junio de 1956.

14 *La Voz de Luján*, 30 de junio de 1956.

se percibe en su actuación en la Unión Federal, el partido político católico al que pertenecía, el cual ayudó a organizar y dirigir.

Efectivamente el catolicismo no tenía un partido político en los primeros años del peronismo. Pero de hecho, durante el peronismo, los católicos fueron un factor de poder: ayudaron a crear el primer gobierno de Perón y fueron la fuerza más importante en el derrocamiento del segundo período de gobierno de Perón. Los tanques de las fuerzas militares contrarias al gobierno peronista solían llevar pintadas en blanco la cruz y la leyenda de la Acción Católica: “Cristo Rey”.

Durante el periodo de oposición al segundo mandato de Perón los católicos crearon, a falta de un partido político, dos partidos políticos: *Unión Federal*, que se identificaba con los católicos nacionalistas y presidía Basilio Serrano y en el cual participaba Emilio, y el *Partido Demócrata Cristiano*, identificado con lo que se llamaba el “catolicismo liberal”. El esfuerzo electoralista fracasó pues los dos partidos católicos compitieron entre ellos, dividieron los votos católicos del país y no fueron un factor decisivo en la elección.

Visto el fracaso del esfuerzo político parlamentario de los católicos y en un intento muy consciente de superar las divisiones internas del catolicismo, dirigentes católicos amigos de Mignone convocan al *Primer Encuentro Nacional de Dirigentes Católicos*, que se realiza en Buenos Aires en julio de 1959. Éste fue diseñado para establecer un diálogo y un entendimiento entre católicos que se podría proyectar a todos los argentinos:

*El clima del país pesa sordamente sobre todos –escribe Emilio. Los argentinos están divididos, profundamente divididos y quienes debieran dar testimonio del amor para cumplir la misión apostólica a la cual ofrendaron su vida también parecieran estarlo*¹⁵.

Las divisiones que existían entre católicos en esos años respondían a los cambios producidos por la Segunda Guerra Mundial. El modernismo, visto por muchos católicos como un

enemigo mortal, triunfó en la guerra en sus dos manifestaciones ideológicas: la democracia liberal y el comunismo. La guerra eliminó el espacio que existía para una “tercera posición”. El peronismo –para el sector del catolicismo militante en que se ubicaba Emilio– se había vivido como un intento de realizar, políticamente, esa tercera posición anti-modernista en la posguerra. Pero este intento fue un fracaso estrepitoso y llevó a la persecución de la iglesia. Fracasado el peronismo como un intento de realizar esa tercera posición y divididos los católicos en dos partidos políticos que no pesaban en las elecciones, no es de extrañar que los católicos se sintieran débiles, desubicados y desorientados. En estas circunstancias se lanza la idea de repensar el país y llamar a los dirigentes católicos para hacerlo.

Un resultado del Primer Encuentro Nacional de Dirigentes Católicos fue la creación de la Revista *Encuentro*, de la que se publicaron 16 números. Entre 1959 y 1961 Mignone escribe cuatro ensayos y dos reseñas bibliográficas en *Encuentro*, que presentan características de una línea de investigación que en el futuro llamaría “desmitologización de la historia”¹⁶. El propósito ético implícito en esta línea de investigación era desarmar conflictos ideológicos aparentemente irreducibles, cuyos desenlaces podrían ser trágicos. Mignone escribió en 1961:

*...Muchas cosas han perdido prestigio y muchas otras están en crisis. La convivencia estable y pacífica, sometida a reglas de juego aceptadas por todos, no existe. El camino a recorrer aparece lleno de obstáculos y de incomprendiones y no es el menor, por cierto, la notoria incapacidad de los argentinos de hoy para el diálogo y el esfuerzo común*¹⁷.

Su objetivo era establecer reglas del juego “aceptadas por todos” que permitieran la convivencia estable y pacífica. “Pero para establecer estas reglas del juego es necesario ‘desmitologizar’ (no usó esta palabra en 1959) ideas que despiertan recelo y miedo”. Para los católicos la idea de “marxismo nacional” no

15 Mignone, Emilio (1959) “Razón de un Encuentro”. En *Encuentro*, diciembre, página 5.

16 Ver Proyecto de Investigación sobre *Catolicismo, nacionalismo y laicismo y la cultura argentina en el siglo XX*, presentado a FLASCO el 22 de junio de 1976. Archivo Mignone.

17 Mignone, Emilio. Ob. cit.

era en absoluto confiable. Mignone entonces publica en *Encuentro* un “Informe sobre Marxismo Nacional” y su “Juicio sobre el Marxismo Nacional”¹⁸, en los que “desmitologiza” este fenómeno ideológico. Los trabajos fueron bien recibidos por los católicos y por los “marxistas nacionalistas”, según contó Mignone más de treinta años después en su libro *Universidad Nacional de Luján: Origen y Evolución*:

Pese a la escasa circulación de la publicación (Encuentro) y a estar la misma restringida a círculos católicos, el texto llegó a manos de los personajes analizados, quienes, generalmente objeto de brulotes, recibieron con interés y complacencia un ensayo que, aunque crítico, los trataba con respeto. Además, para su sorpresa, provenía de un campo filosófico distante del suyo. Yo era para ellos un desconocido, que para peor vivía aislado en Luján. Comenzaron entonces a buscarme para conocerme. Un día recibí un llamado telefónico de Rodolfo Puigrós quien, a boca de jarro, me preguntó cómo sabía yo tanto de su vida y de su obra, pues todo lo que decía acerca de su evolución política era exacto. Le dije que lo había seguido a través de los diarios y leído sus libros y artículos. Me invitó entonces a visitarlo y a dar una charla en un cenáculo donde reunía semanalmente a sus discípulos. Fui a su domicilio, en una calle de Palermo... El caso es que empezamos a conversar a eso de las 4 de la tarde y era la medianoche y seguimos haciéndolo. A todo eso llovía copiosamente y como se me hacía difícil trasladarme a Luján llamé por teléfono a mi esposa para avisarle que me quedaba a dormir en un diván que Puigrós me ofreció. Al día siguiente me trajo el desayuno, luego el almuerzo y seguimos la charla hasta las 18. Fue una verdadera maratón donde me contó su vida y milagros. Fui luego a dar la charla a su escuela y quedamos muy amigos¹⁹.

En el segundo artículo “Juicio sobre el Marxismo Nacional” Mignone escribió que esperaba “recriminaciones originadas en todos los campos, aún en los más próximos” e insistió que había “procurado cuidadosamente que los afectos, las antipa-

18 *Encuentro*, enero-febrero, 1961. Página 2.

19 Mignone, Emilio, *Universidad Nacional de Luján: Origen y Evolución*. Editorial de la Universidad Nacional de Luján.

tías o los deseos no me aparten de aquello que es, a mi entender, lo verdadero”²⁰.

En este trabajo Mignone presenta un marco que –en teoría– permite entablar un diálogo con personas con las cuales no comparte principios metafísicos fundamentales. Por ejemplo, el diálogo que se entabla entre el marxista nacionalista Rodolfo Puigrós y el católico Emilio Mignone. Para muchos católicos un marxista nacional es Satanás, y con Satanás, el mal supremo, no se dialoga. Un propósito de estos ensayos era mostrar que el marxismo nacionalista no era una doctrina satánica y que el diálogo era posible.

Al presentar este marco que permite el diálogo, Mignone destaca sus diferencias con las tesis filosóficas fundamentales de Marx:

El marxismo nacional, aquí descrito, es marxismo. Y decir marxismo implica la aceptación de las tesis filosóficas fundamentales de Marx. Yo he expuesto mi punto de vista a este respecto –negativo– y no vuelvo a él sino para recalcarlo.

Pero inmediatamente cambia de tema y reflexiona sobre la evolución del pensamiento de su generación, que llegó a la vida política e ideológica a fines de la década de los treinta. Una generación que pasó virtualmente por las experiencias de la guerra civil española y la Segunda Guerra Mundial:

... en la evolución del pensamiento y de la vida de los hombres nadie puede estar seguro cuál será su porvenir. Hay quienes por el nacionalismo llegaron al catolicismo. Y quienes por el nacionalismo salieron del catolicismo. Hay marxistas que fueron nacionalistas católicos, o al menos maurrasianos. Y hay católicos que fueron marxistas. No voy a dar nombres ni títulos. Ya he nombrado a demasiados libros y personas y no quiero aparecer ni como erudito ni como un chismoso.

Esta reflexión nos pone en guardia frente a los peligros del dogmatismo. La gente cambia y también cambian los juicios de

20 *Encuentro*, enero-febrero, 1961. Página 2.

valor. No se debe ser dogmático porque el dogmático, al cambiar en el tiempo, se condena dos veces: por lo que era antes según lo que piensa después, y por lo que es después según lo que pensaba antes. Frente a este relativismo, se necesita algún marco de referencia que permita dialogar con el Otro que es ajeno, y también con el “Otro” que uno fue en el pasado. Este marco de referencia, que tiene que ser el mismo para todos, Emilio lo encuentra en el Evangelio:

*Por encima de todo confío en la fecundidad de la búsqueda de la verdad y en la afirmación de la verdad. Pero decir la verdad implica a la vez dar testimonio del amor porque el amor a los hombres por el amor de Dios es la más operante verdad del Evangelio. Por eso es posible encontrar coincidencias parciales o totales con muchos hombres, en esa conformidad con la realidad que es la verdad, cualquiera sea el punto de partida y el método empleado para llegar*²¹.

La búsqueda y la afirmación de la verdad se justifican para Mignone en términos cristianos: “porque el amor a los hombres por el amor de Dios es la más operante verdad del Evangelio”. Agregaría que es un amor que acepta el error cometido en esa búsqueda, porque los hombres se equivocan de buena fe. Por lo tanto, es un amor que requiere tolerancia y en religión esto lleva al ecumenismo. Si miramos el calendario nos damos cuenta que Emilio escribía estos ensayos en 1960 y 1961, es decir, en el segundo y tercer año del papado de Angelo Guiseppe Roncalli (Juan XXIII).

En una carta de Mignone para agradecerle al padre Theodore M. Hesburgh el hecho de que haya escrito su autobiografía “God, Country, Notre Dame”²², Emilio le comenta a quien fue rector de la Universidad de Notre Dame:

*Somos relativamente contemporáneos y para mí también el Concilio Vaticano II me mostró, por primera vez, la iglesia que he soñado*²³.

21 *Encuentro*, enero-febrero, 1961. Página 10.

22 Creo que un sueño incumplido de Mignone fue escribir “Dios, Patria y Luján”.

23 Carta de Emilio Mignone a Father Theodore M. Hesburgh, 30 de enero 1991. Archivo Mignone.

Los artículos de Mignone en *Encuentro* fueron publicados cuando el Concilio, la gran iniciativa de Juan XXIII, no había empezado. Se inició recién en 1962, durante el primero de seis años que Mignone pasó en Estados Unidos. Pero la iglesia ya se estaba *aggiornando*, es decir: empezaba a ingresar y a transformar al mundo moderno, en vez de aislarse y oponerse inútilmente. En su carta, Emilio le explica a Hesburgh por qué le gustó tanto la autobiografía del sacerdote norteamericano:

*Encontré en el relato de su vida una notable coherencia entre la fe y la libertad de espíritu; la firmeza en los principios y el respeto hacia el prójimo, el idealismo y un sano pragmatismo, el pensamiento y la acción. Siempre he aspirado a esa coincidencia*²⁴.

Es cierto, y en los ensayos de la revista *Encuentro* la empezó a alcanzar. Emilio no escribía como un académico para un mundo platónico desligado por definición de la acción cotidiana. Lo mejor de Mignone se encuentra en esos escritos de coyuntura que pesan sobre la realidad y la transforman. Después de la desaparición de Mónica, puso al servicio de los derechos humanos su talento de hacer coincidir pensamiento y acción con la verdad operativa que encontró en el Evangelio. Como le respondió en carta a su viejo y respetado amigo José Luis Cantini al explicarle por qué había escrito *Iglesia y Dictadura*²⁵, un reclamo a la jerarquía de la iglesia por su comportamiento durante la dictadura militar y por qué estaba tan absorbido en el tema:

*Lo que ocurre es que lo conozco más de cerca que otros porque llevo 14 años de mi vida en su análisis. Y estoy obligado a exponerlo. Más aún, tanto Chela como yo entendemos que Dios nos ha dado la misión de dar testimonio del Evangelio en el campo de los derechos humanos*²⁶.

El Hermano Septimio Walsh, con quien colaboró Mignone en muchas empresas y quien lo conocía desde el Colegio Secundario Nuestra Señora de Luján, decía que Emilio era un

24 *Idem*.

25 Mignone, Emilio F. (1986) *Iglesia y Dictadura*, Ediciones del Pensamiento Nacional, Buenos Aires.

26 Carta de Emilio Mignone a José Luis Cantini, Archivo Mignone.

“*manga con tutti*”, por su capacidad de dialogar con todo el mundo. La frase se puede entender en un sentido peyorativo que no tiene. Emilio era un “*manga con tutti*”, por una simple razón que lo motivó toda su vida:

*buscar coincidencias parciales o totales con muchos hombres en esa conformidad con la realidad que es la verdad, cualquiera sea el punto de partida y el método empleado para llegar*²⁷.

Buscaba coincidencias útiles y provechosas para todos los que se sientan en la misma mesa buscando la verdad, y en su mesa no había excluidos. Sólo el pecado estaba excluido, como escribió una vez. Por todo esto -y hay mucho más- Emilio Mignone fue un verdadero católico en defensa de los derechos humanos.

MIGNONE Y LA SINGULARIDAD ARGENTINA

Horacio Verbitsky

Los ex dictadores Jorge Videla, Emilio Massera y Benito Bignone y el ex comandante en jefe del Ejército, Cristino Nicolaidis, junto con otra decena de oficiales de rango menor, están bajo arresto domiciliario por su participación en el secuestro, sustitución de identidad y entrega en falsa adopción, de niños detenidos-desaparecidos durante la guerra sucia militar contra la sociedad argentina de la década de 1970. En tribunales federales de las principales ciudades argentinas se llevan a cabo *Juicios de la Verdad*, tendientes a esclarecer el destino de cada una de las personas secuestradas durante la dictadura y de las que no volvió a saberse.

El juez Baltasar Garzón instruye una causa por genocidio y terrorismo en la Audiencia Nacional de Madrid, en la que ha pedido la detención de medio centenar de militares argentinos. También el juez francés Roger Le Loire ha pedido el arresto de los responsables del secuestro y muerte de ciudadanos franceses en la Argentina, entre ellos las religiosas Alice Domon y Léonie Duquet. Uno de ellos, el mayor Jorge Olivera, fue detenido en Italia y logró escapar a la extradición falsificando documentos como un vulgar ratero. Un oficial que actuó en aquellos años en la Escuela de Mecánica de la Armada, Alfredo Astiz, fue condenado en ausencia en París y otro, Ricardo Cavallo, fue detenido en México.

Las leyes de *punto final* y de *obediencia debida* fueron derogadas por el Congreso y varios tribunales federales dictaminaron que por el periodo en que tuvieron vigencia deben ceder ante el derecho de gentes, que no admite la amnistía ni la prescripción de los crímenes de lesa humanidad.

²⁷ *Encuentro*, enero-febrero, 1961. Página 10.

Esto implica que los perpetradores de la peor catástrofe contra los derechos humanos ocurrida en el hemisferio occidental desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, no pueden estar tranquilos ni fuera ni dentro de la Argentina donde, en algún momento, es previsible que también se reabra la dimensión penal de las causas cerradas por las leyes y decretos de impunidad de los ex presidentes Raúl Alfonsín y Carlos Menem.

No se hubiera llegado a este estado de cosas, que singulariza a la Argentina respecto de los demás países de la región, sin el aporte de Emilio Mignone, la figura central del movimiento por los derechos humanos, que murió a los 76 años en diciembre de 1998.

Mientras los organismos formados por familiares directos de las víctimas sufrían por la ausencia de formación política y militancia previa, Mignone había sido, mucho antes del secuestro de su hija, ministro de Educación en el gobierno peronista bonaerense del coronel Domingo Alfredo Mercante y luego viceministro de la Nación en el gobierno de Juan Onganía.

Formado en la Iglesia Católica, entendía las relaciones de poder. Por eso, ya el 12 de agosto de 1976, pudo escribir el documento más perspicaz de la época, con una capacidad de anticipación que sólo hoy puede valorarse. “No menos de 15.000 argentinos han sido muertos o están detenidos en lugares ocultos, encapuchados, encadenados por cuadros militares, en reparticiones militares, pero se niega su detención y se mantiene en la angustia más cruel a miles de familias”, decía la carta que remitió al periodista Bernardo Neustadt y que éste nunca difundió. “Esta situación nos llevará a una verdadera guerra civil y a la destrucción de las mismas Fuerzas Armadas”, agregaba. “Estamos sometidos a la irresponsabilidad de oficiales de grado inferior, fanatizados, ávidos de venganza, que constituyen fuerzas irregulares que, cuando terminen -si lo consiguen- con la subversión crearán un problema a la autoridad militar porque intentarán copar el poder”.

Tan temprano como en 1978 formó el *Centro de Estudios Legales y Sociales*. Junto con Augusto Conte fue el primero en

describir los mecanismos del terror como un Estado dentro del Estado, bajo el rótulo de “paralelismo global”. Era necesaria mucha lucidez, aparte de una voluntad que también caracterizó a los demás organismos de derechos humanos, para entender que los abusos que entonces ocurrían debían documentarse con la mayor precisión, conectar el reclamo interno con la denuncia internacional, y pensar en una futura acción judicial que procurara el castigo de los responsables.

Su rol fue esencial en las visitas de las misiones internacionales que rompieron el aislamiento en que la dictadura había colocado a sus víctimas: *Amnesty* en noviembre de 1976, la *Asociación del Foro de Nueva York* en 1978 y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1979.

Concluida la dictadura, entendió como pocos la importancia del compromiso del Estado en las investigaciones, como las de la CONADEP y el juicio a las ex juntas militares, a las que otros organismos retacearon apoyo por consideraciones políticas.

El Centro de Estudios Legales y Sociales fue responsable al menos de un tercio de las causas iniciadas en aquellos años. En 1994, luego de las leyes y decretos de impunidad, replanteó la labor del CELS, de modo de proyectarlo al futuro y no sólo al estudio y la denuncia de las violaciones del pasado. De ello dan cuenta los programas de estudio y denuncia de la violencia institucional y de la exigibilidad legal de los derechos sociales, que complementan el de memoria y lucha contra la impunidad del terrorismo de Estado.

A partir de la experiencia atroz de la dictadura, el CELS es uno de los organismos que se ha planteado con mayor claridad la inserción de la problemática de los derechos humanos dentro de la construcción democrática. Pero en 1995, Mignone advirtió las posibilidades que abrieron las confesiones del capitán de la Armada Adolfo Scilingo, y con su presentación a la Cámara Federal fundamentando el derecho a la verdad y al duelo consiguió reabrir el capítulo de la revisión judicial.

En 1998, ya abierto el capítulo de la verdad, apoyó la nulidad de las leyes de punto final y de obediencia debida. Como

lo escribió en un documento interno del CELS, “nuestra posición era y sigue siendo la de utilizar todos los espacios de acción razonables, dejando de lado las diferencias circunstanciales y tratando de favorecer la coordinación y la cooperación pluralista en todos los terrenos”. Esta ductilidad para elegir las mejores tácticas en cada momento sin renunciar nunca a la firmeza de sus principios, es la lección que Mignone dejó al CELS, al movimiento argentino por los derechos humanos y a todos los que en distintos lugares del mundo se organizan para que los peores crímenes no queden impunes y la democracia pueda crecer sin la sombra ominosa de un pasado que, al mismo tiempo, condicione su futuro.

RECOPILACIÓN DE BIBLIOGRAFÍA DE EMILIO FERMÍN MIGNONE

Isabel Mignone – Cristina Caiati

En esta lista de publicaciones hay 135 elementos, entre ellos nueve libros sobre educación, derechos humanos, política y sobre la Iglesia Católica; decenas de informes, capítulos en libros compilados, ensayos y trabajos en revistas especializadas, algunos artículos periodísticos y cuatro traducciones del libro *Iglesia y Dictadura*. Esta lista de publicaciones no es completa. No incluye todo lo que Emilio Mignone escribió entre 1943 y 1998. Faltan sus contribuciones al periódico católico *Antorcha* que fundó y dirigió entre 1946 y 1949, ni sus editoriales en el diario *La Voz de Luján* que editó durante 8 años. Tampoco figura un libro de texto para la materia *Cultura Ciudadana* que escribió con otros dirigentes católicos en 1954, sobre la base de un seminario para educadores secundarios católicos patrocinado por el Hermano Marista Septimio Walsh. Tampoco figuran los artículos periodísticos que escribió en *Página 12* y *La Nación de Buenos Aires* en los últimos años de su vida.

HISTORIA

- (en colaboración con Justo López) *Historia de las Ideas Políticas Argentinas (1814-1819). Estatuto Provisional de 1815, Reglamento Provisorio de 1819 y Constitución Nacional de 1819*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1943 (mimeo).
- *Las ideas políticas de José Manuel Estrada*, en *La Unión*, Luján, Provincia de Buenos Aires, 12 de marzo de 1944.

- *Reseña Histórica del Colegio Nuestra Señora de Luján*, Luján, Provincia de Buenos Aires, 1954, 34 páginas.
- *Los católicos y la revolución de 1890*, en *La Crisis del 90 - Revista de Historia*, 1, Buenos Aires, primer trimestre de 1957, páginas 56/60.
- *Los católicos y la revolución de 1890*, en Julio Godio: *La revolución de 1890*, Claves de Historia Argentina, Buenos Aires, Granica, 1974, páginas 85/92.
- *Como pudo haber sido América*, en *Américas*, volumen 26, número 2, Washington D.C., Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, febrero de 1974.
- *Argentine Republic*, en *The International Encyclopedia of Higher Education*, San Francisco-Washington-London, Jossey-Bas Publishers, 1977, volume 2, A, páginas 465/472.

EDUCACIÓN

- *La Educación en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, en *Resumen*, Congreso Iberoamericano de Educación, Madrid, 16 al 25 de octubre de 1949; y en *Revista de Educación*, Ministerio de Educación de Buenos Aires, número 5, año 1949, La Plata, páginas 25/31.
- *El Colegio Seminario de Luján*, en *La Perla del Plata*, año 64, números 8-9, Luján, Provincia de Buenos Aires, agosto-septiembre de 1954.
- *Propuestas y experiencias*, en *Evaluación de la calidad en la educación*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, Secretaría de Pedagogía, 1955, páginas 55/59.
- *La enseñanza de las ciencias sociales y el desarrollo económico*, en *La Educación*, Washington D.C., Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 1967, páginas 42/57.
- *Bases para un plan integral de la educación superior y universitaria*, Buenos Aires, Consejo Nacional de Desarrollo (CONADE), 1968 (mimeo).

- *EDUCACIÓN: políticas y estrategias*, Buenos Aires, Secretaría del Consejo Nacional de Desarrollo (CONADE), septiembre de 1968.
- *EDUCACIÓN: diagnóstico, pronóstico y prospección*, en *Lineamientos de un nuevo proyecto nacional*, Buenos Aires, Presidencia de la Nación, 1970, páginas 195/215.
- *Formación y actualización docente*, Buenos Aires, Ministerio de Cultura y Educación, 1970, 25 páginas.
- *Profesorado de tiempo completo*, Buenos Aires, Ministerio de Cultura y Educación, 1970, 81 páginas.
- *La Reforma Educativa. Documento de Base*, Buenos Aires, Ministerio de Cultura y Educación, 1970, 251 páginas.
- *La reforma educativa en la Argentina*, en *Educadores - Revista Latinoamericana de Educación*, Buenos Aires, enero-febrero de 1970, páginas 11/36.
- *Análisis de la legislación universitaria. Diagnóstico de la legislación universitaria vigente*, en *Universidad Nacional de Río Cuarto Doctrina - Organización, Plan de Desarrollo*, Río Cuarto, Provincia de Córdoba, 1971, tomo 3, páginas 1/41.
- *Relación entre la ciencia y la tecnología y el desarrollo de la enseñanza*, en *Inversiones Extranjeras y Transferencia de Tecnología en América Latina*, Santiago de Chile, 24-30 de octubre de 1971.
- (en colaboración con Marcelo Monserrat), *Informe para la Comisión Nacional de Estudios Geo - heliofísicos, sobre la realización de un curso de posgrado en la cátedra de física solar de la Universidad del Salvador*, Buenos Aires, noviembre de 1971 (mimeo).
- *La vuelta a la escuela normal*, en *Criterio*, número 1641, Buenos Aires, 13 de abril de 1972.
- *Los plazos históricos*, en *El Cronista Comercial*, Buenos Aires, viernes 30 de junio de 1972 y en *País - País*, año 5, número 184, Buenos Aires, agosto de 1972.

- *Dependencia y autonomía en el continente*, en *Comercialización*, Buenos Aires, noviembre de 1972.
- *Dependencia y autonomía de América Latina*, Secretaría de Planeamiento y Acción de Gobierno, Buenos Aires, 1972.
- *El sistema educativo brasileño - La actual política educativa*, Secretaría de Planeamiento y Acción de Gobierno, Buenos Aires, 1972.
- *Pautas para una nueva política cultural y educativa*, en *Comercialización*, Buenos Aires, febrero de 1973.
- *La reforma del sistema de formación docente*, trabajo presentado en la Asamblea Mundial del Consejo Internacional de Educación para la Enseñanza, Kingston, Jamaica, 7-10 de agosto de 1971, Buenos Aires, 1973.
- *Política de recursos humanos: Educación*, en *¿Qué Argentina queremos los argentinos?*, Buenos Aires, Ediciones La Bastilla, 1973, páginas 277/298.
- *¿Qué hacer con la Universidad?*, en *Discusión*, Buenos Aires, año II, número 40, marzo-abril de 1976.
- *Relaciones entre estrategias de desarrollo económico y universidad. El caso argentino*, Seminario Latinoamericano sobre Universidad y Estrategias de Desarrollo Económico, Viña del Mar, Chile, 12-17 de enero de 1977.
- *Irrelevancia de la educación*, en *Argentina: Inteligencia y Educación - Puntos críticos de la educación y posibles soluciones y alternativas*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 20-22 de octubre de 1977.
- *Las carreras y la educación superior*, Jornadas sobre Educación Superior y sus Opciones, Instituto Torcuato Di Tella, Centro de Investigaciones en Ciencias de la Educación, 27 y 28 de octubre de 1977.
- *Relación entre el sistema político y el sistema educativo en la Argentina (1853 - 1943)*, Buenos Aires, FLACSO, 1978, 67 páginas.

- *Universidad y poder político en la Argentina (1613/1978)*, Buenos Aires, FLACSO, 1979, 75 páginas.
- *Universidad Nacional de Luján: el revés de la trama*, en *Perspectiva Universitaria*, Buenos Aires, Instituto de Información y Estudios en Ciencias Sociales y Educación (I-iecse), número 8, abril de 1980, páginas 33/36.
- *La educación cívica en la escuela media argentina*, Buenos Aires, Comisión Permanente en Defensa de la Educación (COPEDE), 1984, 19 páginas.
- *Experiencia y estado de la educación política en el sistema educativo formal. Métodos y resultados. Propuestas*, en *Educación Política Popular*, Buenos Aires, Comisión Permanente en Defensa de la Educación (COPEDE), 1985, páginas 7/18.
- *Concepto y evolución de la autonomía universitaria en la Argentina*, en *Autonomía Universitaria, tensiones y esperanzas*, Washington D.C., Programa Regional de Desarrollo Educativo, Organización de los Estados Americanos, Serie Universidad, número 1, febrero de 1986, páginas 35/59.
- *Relaciones entre el Sistema Político y el Sistema Educativo*, Congreso Pedagógico, Compromiso y Creatividad, 27, Buenos Aires, Editorial Docencia, 1986, 70 páginas.
- *Evolución de la autonomía universitaria en la Argentina*, Congreso Pedagógico, Compromiso y Creatividad, 44, Buenos Aires, Editorial Docencia, 1986, 26 páginas.
- *La Universidad que gira en el vacío*, en *Unidos*, año IV, número 10, Buenos Aires, junio de 1986.
- *Educación, Innovación Tecnológica y Prospectiva en la Argentina*, Buenos Aires, Centro de Estudios Avanzados (CEA) de la Universidad de Buenos Aires, 1986.
- *Matrícula Universitaria en América Latina: riesgos y perspectivas*, en *La Educación - Revista Interamericana de Desarrollo Educativo*, número 102, año XXXII, Washington D.C., 1988, 1, II, páginas 1/42.

- *La formación de investigadores y el sistema científico*, Buenos Aires, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), 1988, 130 páginas (mimeo).
- *Derecho a la Educación*, en *Educación y Derechos Humanos - Una discusión interdisciplinaria*, Buenos Aires, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) - Centro Editor de América Latina, 5, A, Papeles Políticos, 1989, páginas 214/256.
- *Antes y después de la Asamblea Nacional de Embalse*, en Cayetano De Lelia y Carlos Pedro Krotsch (compiladores): *Congreso Pedagógico Nacional - Evaluación y perspectivas*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana - Instituto de Estudios y Acción Social, 1989, páginas 240/ 750.
- *Cultura y Educación, Actas del Simposio a 40 años de la "Comunidad Organizada" - PROYECCIONES DEL PENSAMIENTO NACIONAL - Convocado por el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires - Organizado por la Asociación de Filosofía Latinoamericana y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 20 al 22 de abril de 1989*, Buenos Aires, diciembre de 1989, páginas 202/203.
- (en colaboración con Javier Mignone) *Recursos humanos dedicados a la investigación científica y al desarrollo tecnológico en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Comisión de Investigaciones Científicas de la Provincia de Buenos Aires, noviembre de 1990 (mimeo).
- (en colaboración con Cristina Victoria Orce y Ana Amalia Sabino) *Expectativas sociales y educación media: un análisis del bachillerato*, Buenos Aires, Centro de Estudios Avanzados, Universidad de Buenos Aires, 1991.
- *EVALUACIÓN: Una práctica indispensable en la educación argentina*, en FORMAR, Buenos Aires, julio de 1991.
- *Educación para Todos: la Conferencia Mundial de Tailandia*, en *Propuesta Educativa*, Buenos Aires, Julio de 1991.
- (en colaboración con Ana Amalia Sabino, Cristina Victoria Orce, Rodolfo Fenelli, Elizabeth Liendro, Ana María Borzone

- de Manrique, Angela Signorini, Mabel Marro, Celia Rosenberg, José Luis Mezzacasa, Verónica Beatriz Mirillo, Hilda Lanza, Leticia Walther y Angel Julio Infante) *Instrumentos de Evaluación de sus Logros de Aprendizaje: Propuesta inicial de instrumentos para lo y 5o año (áreas: lengua, matemáticas, ciencias sociales y ciencias naturales)*, Buenos Aires, Ministerio de Cultura y Educación de la Nación (BTRP/PNUD/PRONATASS), diciembre de 1991.
- *Calidad y Evaluación Universitaria*, Buenos Aires, PRONATASS, 1992, 72 páginas.
- *Prólogo*, en Nicolás Chiamiello: *JULIO CESAR AVANZA - Un homenaje demorado*, Bahía Blanca, Fundación Senda, 1992.
- *Argentina: Education in transition. From dictatorship to democracy*, en *Education, Policy, and Social Change: Experiences from Latin America*, editado por Daniel A. Morales Gómez y Carlos Alberto Torres, Westport, Connecticut, London, Praeger Publishers, 1992, páginas 101/110.
- *Reflexiones sobre la experiencia argentina en materia de evaluación universitaria*, en Carlos Marquis (compilador) *Evaluación Universitaria en el Mercosur*, Buenos Aires, Ministerio de Cultura y Educación, Secretaría de Políticas Universitarias, 1994, páginas 249/252.
- *Calidad y evaluación universitaria: marco teórico*, en *Universidad y Evaluación: estado del debate*, Adriana Puiggrós / Pedro Krotsch (compiladores), Buenos Aires, Rei Argentina S.A. / Instituto de Estudios y Acción Social / Aiqué Grupo Editor S.A., 1994, páginas 184/209.
- *Higher Assurance in Higher Education in Argentina*, en *Q.A. International Network for Quality Assurance Agencies in Higher Education*. Hong Kong, número 8, febrero de 1995, página 2.
- *Educación en los 90: el desafío de la calidad, la pertinencia, la eficiencia y la equidad*, en el *Boletín de la Academia Nacional de Educación*, Buenos Aires, número 19, julio de 1995, páginas 4/15.

- *Carlos Octavio Bunge / Educación en los años 90: El desafío de la calidad, la pertinencia, la eficiencia y la equidad*, en *Reflexiones para la Acción Educativa: incorporaciones, presentaciones y patronos. 1993-1994*, Buenos Aires, Academia Nacional de Educación, 1995, páginas 123/161.
- *Quality Assurance in Argentina Higher Education*, en *The Third Meeting of the International Network of Quality Assurance Agencies in Higher Education: BACKGROUND PAPERS*, Utrecht, Holanda, 21/23 de mayo de 1995, páginas 202/203.
- *Una experiencia de autoevaluación: el caso de la Universidad Nacional de Luján*, ponencia presentada en el *Primer Encuentro Nacional: La Universidad como Objeto de Investigación*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 28/29 de septiembre de 1995.
- *Las políticas educativas y de ciencia y técnica*, en *Argentina y Brasil en el Mercosur: políticas comunes y alianzas regionales*, edición preparada por Mario Rapoport, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer / Instituto de Investigaciones de Historia Económica y Social / Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires / Fundación de Investigaciones Históricas, Económicas y Sociales / Grupo Editor Latinoamericano / Colección Estudios Internacionales, 1995, páginas 128/132.
- *Zur Rolle der Kirche*, en *ARGENTINIEN. Ein Land der Peripherie, III Die Folgen des Staatsterrorismus heute*, Bonn, 1997.
- *La formación docente en la Argentina* (en preparación).
- *La política educativa de la Provincia de Buenos Aires entre 1946 y 1955* (en preparación).
- *Educación superior: calidad, pertinencia, eficiencia y equidad* (en preparación).

POLÍTICA

- *Razón de un Encuentro - Análisis de la evolución del catolicismo argentino*, en *Encuentro*, año 1, número 1, Buenos Aires, diciembre de 1959.
- *Informe sobre el Marxismo Nacional*, en *Encuentro*, Buenos Aires, junio de 1960.
- *Juicio sobre el Marxismo Nacional*, en *Encuentro*, Buenos Aires, enero-febrero de 1961.
- *Unidad y fragmentación de América Latina*, en *Encuentro*, Buenos Aires, octubre de 1961.
- *Informe sobre la Izquierda Nacional*, en Alberto Methol Ferre, *La Izquierda Nacional en la Argentina*, Buenos Aires, Editorial Coyoacán, s/d, páginas 43/67.
- *Mito y realidad de un hombre singular: ¿Quién fue Alfredo L. Palacios?*, en *Vivir en Familia*, Buenos Aires, número 30, 1965, páginas 18/23.
- (en colaboración con María Teresa Fanés y Jorge A. Jaroslavsky) *Elecciones y participación: Análisis de las elecciones del 30 de octubre de 1983 en la Capital Federal - Sugerencias para la participación política popular*, Buenos Aires, Comisión Permanente en Defensa de la Educación (COPEDE), 1984, 105 páginas.
- *The Military: What is to be done?*, en *NACLA - Report on the Americas*, volume XXI, number 4, New York, USA, julio - agosto de 1987.

ESTUDIOS JURÍDICOS

- *Naturaleza Jurídica de los Órganos de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (Tratado de Montevideo)*, en *Anales de Jurisprudencia*, Serie Moderna, Año XXII, número 490, Buenos Aires, 4 de mayo de 1960.

DERECHOS HUMANOS

- *Desapariciones forzadas de personas: elemento básico de una política, separata de Punto Final. Los detenidos-desaparecidos, otro crimen de las dictaduras.* Suplemento de la entrega número 194, México D.F., junio de 1981.
- *Les déclarations abusives de disparitions, instrument d' une politique,* en *Le refus de l'oubli - La politique de disparition forcée de personnes - Colloque de Paris, janvier - février, 1981,* Paris, Berger - Levrault, 1982, páginas 151/183.
- (en colaboración con Augusto Cante y Noemi Labruno) *El secuestro como método de detención,* Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 1982, 22 páginas; *Los niños desaparecidos, ibidem,* 21 páginas; *Adolescentes detenidos-desaparecidos, ibidem,* 22 páginas; *Muertos por la represión, ibidem,* 16 páginas; *Argentina - Uruguay; coordinación represiva, ibidem,* 16 páginas; *La familia víctima de la represión, ibidem,* 20 páginas; *Conscriptos detenidos-desaparecidos, ibidem,* 18 páginas.
- *Transición democrática y derechos humanos (el caso argentino), Seminario Latinoamericano y del Caribe sobre Educación para la Paz y los Derechos Humanos,* Consejo de Educación de Adultos de América Latina (CEAAL), Caracas, Venezuela, 22-27 de septiembre de 1984.
- *Boletín CELS,* director y editorialista entre 1984 y 1998.
- *Alternatives de démocratisation dans les pays du Cone Sur,* en *Actes de la Conférence Internationale sur l'Amérique Latine - tenue a Montréal les 16, 17 et 18 mars 1984,* Association Latino Américaine pour les Droits Humains - Ligue de Droits et Libertés du Québec - Comité Inter-Eglises par les Droits Humains en Amérique Latine - Organisation Catholique Canadiense pour le Développement et la Paix, Montreal, Canadá, s/d, páginas 195 /202.
- *Prólogo al Mito de la Guerra Sucia,* Ed. CELS, 1984.
- (en colaboración con Samuel Issacharoff y Cindy Estlun) *Dictatorship on trial: prosecution of human rights violation in Argentina en Yak Journal of International Law,* volume 10, number 1, New Haven, 1985, páginas 118/150.
- *Lectura y derechos humanos,* en *Lectura y vida,* año 7, número 3, Buenos Aires, septiembre de 1986.
- *Human Rights Organizations in Periods of Transition to Democracy,* traducción de John M. Walsh, Washington D.C., Washington Office on Latin America (WOLA), 1987.
- *Informe de síntesis, en Grupo de Iniciativa por una convención internacional sobre la desaparición forzada de personas. LA DESAPARICIÓN - crimen contra la humanidad. Jornadas sobre el tratamiento jurídico de la desaparición forzada de personas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 24 y 25 de marzo de 1987,* Buenos Aires, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1987, páginas 261/269.
- *Las organizaciones de derechos humanos en las democracias en transición,* en *Boletín,* Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 1988.
- *Las organizaciones de derechos humanos en las democracias en transición,* en *El otro Derecho,* Bogotá, Colombia, número 2, enero de 1989, páginas 61/69.
- *Carta a los amigos del CELS,* Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, 1o de enero de 1989, 10 páginas.
- *Letter to the Friends of CELS,* Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, 10 de mayo de 1989, 8 páginas.
- *Violencia y Derechos Humanos,* en *Nueva Tierra,* año 3, número 6, Buenos Aires, mayo de 1989, páginas 24/27.
- *Prólogo al Caso Giorgi: a los hijos de un detenido-desaparecido de Alicia Giorgi,* Ed. A. Giorgi, 1990.
- *The role of private parties and the media in creating accountability,* en *Symposium-Holocaust and Human Rights Law: The Sixth International Conference, Boston College Third World Law*

Journal, Boston, Volume XII, Summer 1992, Number 2, pages 337/347.

- *The Experience of Argentina*, en *Studie-en Informatiecentrum Mensenrechten/Netherland Institute of Human Rights: Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Maastricht, 11-15 March 1997, University of Limburg, Maastricht / Human Rights Project Group, 1993.
- *Beyond fear: forms of justice and compensation. Fear again The Argentine case in a comparative perspective*, en *Fear at the Edge: State Terror and Resistance in Latin America*, Juan Corradi (compilador), California, University of California Press, 1993.
- *Los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones políticas de los países del cono sur de América*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos V*, compiladores: Sonia Picado S., Antonio Cançado Trindade, Roberto Cuéllar M., IIDH, 1996.
- *El movimiento de derechos humanos en la Argentina y los desafíos del fin del siglo*, en *¿Y ahora qué? Nuevos desafíos para el trabajo de los derechos humanos en América Latina*, Lima, Perú, Diakonía / Instituto de Defensa Legal, 1997.

IGLESIA

- *Iglesia y Dictadura: el Evangelio según Massera*, en *El Periodista de Buenos Aires*, Buenos Aires, 21 de marzo de 1986.
- *Iglesia y Dictadura: la experiencia argentina*, en *Nueva Sociedad*, Caracas, marzo-abril de 1986.
- *The Catholic Church and Dictatorship in Argentina*, en *Witness to the Truth - Church and Dictatorship in Latin America*, Dermot Keogh (editor), Cork and Dublin, Hibernian University Press, 1989, páginas 13/34.
- *The Struggle for Social Justice in Latin America*, en *Witness to the Truth - Church and Dictatorship in Latin America*, Dermot

Keogh (editor), Cork and Dublin, Hibernian University Press, 1989, páginas 63/69.

- *Palabras por la Vida*, en *Tierra Nueva*, Buenos Aires, año 3, número 8, diciembre de 1989, páginas 47/48.
- *The Catholic Church, Human Rights and the "Dirty War" in Argentina*, en *Church and Politics in Latin America*, Edited by Dermot Keogh, Foreword by Graham Greene, Londres, The Macmillan Press Ltd., Latin American Studies Series, General Editors: Philip O'Brien and Peter Flynn, 1990, páginas 352/371.
- *El Evangelio según Aramburu*, artículo de opinión, revista *El Periodista*, julio de 1990.
- *Le "national-catholicisme" argentin. Actualité de Charles Maurras*, en *Les Rendez-vous de Saint Domingue - Les enieux d'un anniversaire*, bajo la dirección de Ignace Berten y de René Luneau, Paris, Centurion, 1991, páginas 208/227.
- *Siglo XIX: De las Invasiones Inglesas a la Generación del '80*, en *500 años de Cristianismo en Argentina*, Buenos Aires, Centro Nueva Tierra / CEHILLA, 1992, páginas 110/197.
- *The Catholic Church and the Argentine Democratic Transition*, en *The New Argentine Democracy: The Search for a Successful Formula*, editado por Edward C. Epstein, Westport, Connecticut, London, Praeger Publishers, 1992, páginas 157/172.
- *Introducción: 500 Años de Evangelización en América Latina*. IDEAS/REDLA, Ediciones Letra Buena, Buenos Aires, 1993.
- *Las Incumbencias*, Buenos Aires, Centro de Estudios Avanzados, Universidad de Buenos Aires, Serie Documentos 1/94, 1994, 37 páginas.
- *La organización de la Iglesia ante el Estado liberal y su crisis: Argentina*, en *Historia General de la Iglesia en América Latina IX: Cono Sur: Argentina, Chile y Paraguay*. CEHILA / Ediciones Sígueme, Madrid, 1994, 672 páginas.

- *Impunidad y reparación*, en *L'Impunité*, Ginebra, Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, 1994.
- *Human Rights and Transition to Democracy in Argentina*, en *Transition from Authoritarianism to Democracy*, New Haven, Yale University Press.
- *La Iglesia ante la emancipación en la Argentina*, en *Historia General de la Iglesia en América Latina IX, Cono Sur: (Argentina, Chile, Uruguay y Paraguay)*, Salamanca, España, CEHILA, Ediciones Sígueme, 1994, páginas 235/254.
- *La Iglesia argentina durante la época de Rosas*, en *Historia General de la Iglesia en América Latina IX, Cono Sur (Argentina, Chile, Uruguay y Paraguay)*, Salamanca, España, CEHILA, Ediciones Sígueme, 1994, páginas 293/301.
- *La Iglesia argentina en la organización nacional*, en *Historia General de la Iglesia en América Latina IX, Cono Sur (Argentina, Chile, Uruguay y Paraguay)*, Salamanca, España, CEHILA, Ediciones Sígueme, 1994, páginas 335/357.
- *Iglesia y Dictadura*, en *Mito/Religión/Iglesia*, Buenos Aires, Editorial Reconstruir, Colección Testimonios, Buenos Aires, noviembre de 1994, páginas 79/90.
- *La economía en relación con la vida de la Iglesia*, en *Actualidad Pastoral*, Morón, Provincia de Buenos Aires, año 1995, número 210/212, páginas 116/118.
- *La educación superior*, en *Criterio*. Año LXVIII, número 2165, Buenos Aires, 9 de noviembre de 1995, páginas 620/624.
- *Dictadura e Iglesia en Quilmes: contexto para una investigación*, en *Revista de Ciencias Sociales*, Bernal, Provincia de Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, diciembre de 1996, páginas 135/143.

LIBROS

- *Política Educacional y Organización Política Argentina*, Buenos Aires, Editorial Pallas, 1955, 214 páginas.

- *Estudio de la Realidad Social Argentina*, para primero, segundo y tercer año del ciclo básico de la escuela media. Buenos Aires, Ediciones Coliseo, 1975, tres tomos de 198, 269 y 222 páginas, respectivamente.
- *Educación Cívica*, para primero, segundo y tercer año de la escuela media, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 1985/1986, tres tomos de 139, 185 y 172 páginas, respectivamente.
- *Educación Cívica - Libro del Profesor*, para primero, segundo y tercer año de la escuela media, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 1985/1986, tres tomos de 91, 73 y 58 páginas, respectivamente.
- *Iglesia y Dictadura: el papel de la Iglesia Católica a la luz de sus relaciones con el régimen militar*, Buenos Aires, Ediciones del Pensamiento Nacional, 1986, 286 páginas.
- *Derechos Humanos y Sociedad: el caso argentino*, Buenos Aires, Ediciones del Pensamiento Nacional / Centro de Estudios Legales y Sociales, 1991, 174 páginas.
- *Universidad Nacional de Luján: origen y evolución*, Luján, Universidad Nacional de Luján, 1992, 184 páginas.
- *Constitución Nacional 1994: Manual de la Reforma*, Buenos Aires, Editorial Ruy Diaz, 1994, 310 páginas / Segunda edición corregida, Buenos Aires, agosto de 1995.
- *Política y Universidad: El Estado Legislador*, Buenos Aires, Lugar Editor / IDEAS, 130 páginas y un disquete con el Anexo Legislativo, 1998.

TRADUCCIONES DEL LIBRO IGLESIA Y DICTADURA

- *Igreja e Ditadura*, Porto Alegre, Brasil, Tohe! Editora, traducción de Maria Isabel Cañete Ekvanossofá, 1987, 252 páginas.
- *Witness to the Truth: The complicity of Church and Dictatorship in Argentina*, traducción de Philip Berryman, Maryknoll, New York, Orbis Books, 1988, 162 páginas.

- *La Testimonianza Negata - Chiesa e Dittatura in Argentina*, traducción de Silvana Gurizzan y Gabriele Colleoni, Bologna, Quedemi EMT / S1JD, 1988, 258 páginas.
- *Les “disparus” d’Argentine - Responsabilité d’une Église, Martyre d’un peuple*, Préface d’Adolfo Perez Esquivel, Prix Nobel de la Paix, Traduit de l’espagnol par Daniel Gilbert, Paris, Les Éditions du Cerf, “L’histoire á vif”, 1990, 252 páginas.

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 partícipes 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 deslegítima 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 sea, 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 protagonista.

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 legítimo 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 demoleador 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.

**LA IMPUNIDAD NO ES SOLO
CUESTIÓN DE HECHO
SOBRE LA PERSECUCIÓN EN ESPAÑA DE LOS CRÍMENES
DE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA**

Perfecto Andrés Ibáñez

1996: Un “Núremberg” pendiente

Penas y olvido es el título de un penetrante comentario periodístico con el que Vázquez Montalbán evocaba “el 20º aniversario del golpe político-militar argentino-norteamericano”. Como conclusión, decía: “... la Solución Final del Cono Sur de América Latina no ha tenido su Núremberg Internacional salvo en el territorio de la memoria ...”. Situados en el umbral de 1996 había que seguir dando la razón a Vázquez Montalbán, porque, en efecto, los crímenes de la dictadura militar argentina, como los de otras dictaduras del área y del momento, después de haberse producido en un ominoso vacío de sensibilidad internacional (para no hablar aquí de complicidades activas y pasivas), habían carecido de respuesta institucional digna de ese nombre¹, en cualquier ámbito, y desde luego, en el del derecho penal internacional.

1 No se ignora la existencia de algunas respuestas institucionales concretas. Pero éstas deben valorarse en su verdadero alcance y en su significación real, con la perspectiva de 1996, es decir, teniendo a la vista todo el curso de todos los acontecimientos, en su vertiente judicial y política. Así, hay que decir que, en realidad, se había juzgado y condenado sólo a algunos de los responsables de los crímenes de la dictadura militar y sólo por algunos de éstos, aisladamente considerados. Después –dejando de lado (y es mucho dejar) que la inmensa mayoría de los delitos no llegaron ni siquiera a enjuiciarse y prescindiendo también de los procesos que acabaron “en la papelera” merced al uso de todo un arsenal de triquiñuelas legales y procedimentales- ya conocemos lo sucedido con aquellas condenas. Lo cierto es que un internacionalista tan autorizado como Antonio Cassese (distinguido con la presidencia del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia), tras pasar revista a los iniciales

No obstante, es justo recordar que, aunque con carácter aislado y con patente insuficiencia objetiva, en algunos países: Francia, Italia, Suecia, Estados Unidos, se han dado actuaciones judiciales de indudable trascendencia, no sólo simbólica. Además, entre los años 1989-1991, el Tribunal Permanente de los Pueblos, instancia moral y de opinión, desarrolló un riguroso *Proceso a la Impunidad de Crímenes de Lesa Humanidad en América Latina*², cerrado con la impresionante sesión de clausura celebrada durante los días 22 a 25 de abril, en Bogotá. Y, finalmente, con una estremecedora sentencia –dotada de una consistente argumentación jurídica– que constituye un hito realmente importante en la reflexión y la denuncia del terrible fenómeno.

De nuevo, como en el caso de la intervención norteamericana en Vietnam y en tantos otros, el trabajo de una ONG debió

esfuerzos del presidente Alfonsín y a sus dificultades, sin duda bien reales, no pudo dejar de constatar como incuestionable dato objetivo que, al fin, “hizo prevalecer el derecho argentino del periodo de la dictadura tanto sobre los conceptos de democracia introducidos por su gobierno como sobre algunos principios internacionales” (En *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1988, página 181. Existe traducción española de Editorial Ariel, Barcelona).

Hay, no obstante, una dimensión de aquellas vicisitudes que debe permanecer en la memoria: es la tensión y la esperanza con que gran parte del pueblo argentino vivió aquel apunte de exigencia de responsabilidades y el coraje de quienes, como el fiscal Strassera, en condiciones nada fáciles, realizaron un esfuerzo personal de extraordinario valor moral y cívico en la aplicación rigurosa del derecho.

Nota del editor. Al momento de publicar este libro, una decisión judicial reciente podría cambiar radicalmente la situación en Argentina. En su resolución de fecha 6 de marzo de 2001, el Juez Federal Gabriel R. Cavallo, declaró inválidos los artículos 1 de la ley 23.492 (Ley de Punto Final), los artículos 1, 3, y 4 de la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y con el objeto y fin de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Asimismo, declaró la inconstitucionalidad y la nulidad insanable del artículo 1 de la Ley 23.492 y de los artículos 1,3 y 4 de la ley 23.521 en aplicación del artículo 29 de la Constitución Nacional. En consecuencia, llamó a prestar declaración indagatoria a dos militares imputados.

2 Cfr. Tribunal Permanente de los Pueblos, *Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina 1989-1991*, Bogotá, 1991. También, sobre el conjunto de las intervenciones del Tribunal, puede verse: Fondazione Internazionale e Lelio Basso per il Diritto e la Liberazione dei Popoli, *Tribunale Permanente dei Popoli. Le sentenze: 1979-1991*, edición e introducción de Gianni Tognoni, Nova Cultura-Bertani Editore, Verona, 1992. Asimismo, el N° 17 de *Pueblos*, Boletín de la Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos (Sección colombiana), monográfico sobre las sesiones nacionales (1989-1990) del Proceso a la Impunidad de Crímenes de Lesa Humanidad en América Latina.

suplir el defecto de reacción de las instancias oficiales de cualquier ámbito. La evocación de esta circunstancia justifica el énfasis y la decepción evidenciados en la denuncia del escritor: los crímenes que ensangrentaron América Latina en esos años no contaron con el Tribunal de Núremberg que sin duda reclamaban intensamente desde una perspectiva de principios e incluso de legalidad internacional vigente. Lo que pone de manifiesto, no sólo la coyuntural falta de voluntad política de quienes habrían tenido capacidad de decisión para instituirlo, sino algo que es aún más desolador. Me refiero al dato de que, a tanta distancia del 8 de agosto de 1945, en presencia de experiencias masivas de crímenes de lesa humanidad, la reacción jurisdiccional desde el derecho penal internacional continúe, todavía, sometida a sórdidas *razones* de oportunidad.

Unión Progresista de Fiscales: hacer que “el punto” no sea “final”

La denuncia de la asociación española *Unión Progresista de Fiscales* (UPF)³ se inscribe en el contexto al que acaba de aludirse. Quienes la formularon lo hacían con la conciencia clara de que, probablemente, no iba a servir para cubrir el escandaloso vacío de respuesta, ni siquiera en los casos concretos de las víctimas –ciudadanos españoles y argentinos– por cuyos asesinatos y desapariciones se actuaba inicialmente. Quizá pensaban sobre todo en contribuir al imprescindible “Núremberg de la memoria” y en reivindicar como la única opción válida aquella concepción del derecho que lo sitúa inequívocamente al servicio de los derechos y no las que sirven para justificar y cooperar de manera activa con la impunidad de los más graves de todos los crímenes: los masivos y de Estado.

En su escrito presentado en el Juzgado Central de Guardia de la Audiencia Nacional, de fecha 28 de marzo de 1996, la UPF retrocedía al 24 de marzo de 1976, cuando, de madrugada, unidades del ejército argentino al mando del amotinado general Videla, ocuparon de forma violenta el palacio presidencial.

3 Unión Progresista de Fiscales es una asociación profesional, pluralista, de carácter rigurosamente no partidista (sus miembros, como integrantes del Ministerio Público, tienen prohibida la inscripción en partidos políticos y sindicatos). Al actuar como lo hizo en este caso, obedeció al imperativo estatutario de defender los valores constitucionales.

A ello seguía el relato sintético de cómo la junta militar, apenas constituida, aplicó celosamente al “exterminio físico” del disidente, a partir del diseño de un *tipo de autor* expresivo de toda la miseria moral y política que es capaz de irradiar una corporación armada abandonada a su propia lógica: la del amigo/enemigo, que invariablemente asocia al segundo término del par todo lo que expresa o encarna algún valor democrático o civilmente solidario.

Al denunciar en el Juzgado, la UPF retomaba y activaba una vieja denuncia. La que el escritor Rodolfo Walsh, el día 29 de marzo de 1977 –con la desolación moral del hombre de bien ante la contemplación de la injusticia y de la barbarie en estado puro y una confianza contra toda evidencia en la fuerza de la razón– dirigió a la junta de gobierno golpista señalando: “Quince mil desaparecidos, diez mil presos, cuatro mil muertos, decenas de miles de desterrados son la cifra desnuda de ese terror”. Cifra de víctimas de la que él también pasaría a formar parte, precisamente, en aquella misma fecha.

En el escrito de la UPF seguía un relato estremecedor de datos conocidos, pero confinados ya en la dimensión neutralizadora del fenómeno histórico, que cobraban en ese texto, y sobre todo en el pormenor de las sucesivas ampliaciones de la denuncia, una nueva dimensión necesaria y tardíamente recuperada. La que impone la óptica del Código Penal, que obliga a contar los muertos, a desgranar minuciosamente los hechos criminales, a calificarlos uno por uno.

La UPF se limitó a hacer uso de los datos de identidad de las víctimas de que disponía. Además, el marco jurídico nacional imponía en este caso una reducción del campo de la ilegalidad criminal susceptible de consideración. Puesto que se trataba de promover el ejercicio de la acción penal ante la jurisdicción española con respecto a hechos acontecidos fuera de las fronteras del país, por lo que había que ajustarse a las reglas de competencia en la materia, que circunscriben aquélla (artículo 23, 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) a determinados tipos delictivos: los de genocidio y terrorismo.

El primero, como se sabe, es un delito para el que –en virtud de la Convención Internacional de 9 de diciembre de 1948 que

lo regula, y que cuenta con la adhesión del Estado Español, rige el principio de persecución universal. Por otra parte, tanto a ese como al de terrorismo, sería aplicable el precepto de la ley española citada. De este modo, la UPF consideró que no existía obstáculo que pudiera oponerse a la denuncia, frente a la que en ningún caso podrían prevalecer las leyes argentinas de *punto final* y *obediencia debida*, no vinculantes para los tribunales españoles. Además, la obediencia debida a órdenes manifiestamente ilegales nunca podría jugar como eximente en el contexto legal y jurisprudencial español, sin contar con que la Convención Internacional contra la Tortura, de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España, impediría la invocación de aquélla como posible causa de justificación⁴.

Objeciones de la Fiscalía

La Fiscalía de la Audiencia Nacional formuló una consulta sobre la competencia de la jurisdicción española a la Fiscalía General del Estado. El informe emitido planteaba una serie de objeciones sobre la viabilidad de la denuncia.

En el caso del genocidio, la objeción fue de defecto de tipicidad. Se argumentó que lo previsto como delito es la destrucción de un “grupo nacional”, precisamente por su nacionalidad y que éste no fue el propósito de los denunciados, que actuaron como lo hicieron en función de la ideología y no de la condición nacional de las víctimas. Se recordaba –con razón– que precisamente durante la discusión del texto del Convenio, antecedente del precepto del Código Penal español, se había descartado expresamente la protección por esa vía de los “grupos políticos”, cerrando con ello el paso a la posibilidad de incriminaciones como la pretendida en el supuesto de referencia.

4 Ciertamente, tratándose de la Convención contra la Tortura, que entró en vigor el día 26 de junio de 1987 y para España el 20 de noviembre del mismo año, se plantea el problema de su irretroactividad (artículo 27). Pero, en todo caso, tendría que considerarse la previsión del artículo 15, 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que aquel principio general de derecho sancionador no “se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Por lo que hace al delito de terrorismo, el informe apuntaba la necesidad de estar a la consideración que esta figura tenía para el legislador español de la época de los hechos. Al menos para una gran parte de los que se denunciaban como delito –de-cía– el marco legal susceptible de aplicación es de matriz franquista y entre los bienes jurídicos objeto de protección penal por aquel título, no podrían contenerse los valores propios de un Estado democrático, sino otros como los de la “seguridad del Estado”, la “integridad de sus territorios”, la “unidad nacional”, el “orden institucional u orden público”.

La Fiscalía General del Estado vio también dificultades para una aplicación retroactiva del citado artículo 23, 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, que había entrado en vigor en 1985. En su opinión, debería estarse a lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, todavía vigente en los años de la dictadura militar argentina. Esta no contemplaba la competencia de la jurisdicción española para conocer de delitos de terrorismo perpetrados fuera del territorio español. Por otra parte, entendía el informante, aun tratándose de un tema de competencia, la cuestión nunca podría valorarse como meramente procesal, al depender directamente de ella la misma aplicación de la ley penal.

Ya, en fin, se objetaba que el artículo 23, 2 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, establecía como condición de posibilidad de la actuación de la justicia española que “el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena”, lo que, a la vista de los datos disponibles en el momento, no podía decirse que no hubiera realmente sucedido en todos o algunos de los supuestos cubiertos por la denuncia. Para decidir con fundamento sobre este punto, sería preciso conocer la sentencia o sentencias dictadas en Argentina o en otros países y su grado de ejecución.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional, a tenor del informe de la Fiscalía General del Estado, pidió el archivo de las actuaciones. El Juzgado no lo consideró procedente mediante resolución de 10 de junio de 1996 que, al mismo tiempo, admitía a trámite las querellas promovidas en el ejercicio de la acción

popular por la Asociación Libre de Abogados, Izquierda Unida y Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos-Madrid.

La UPF contraargumenta

La Unión Progresista de Fiscales dirigió al Fiscal General del Estado un informe de su elaboración, discutiendo los argumentos del que acaba de sintetizarse.

En materia de delito de genocidio, cuestionaba la interpretación defendida, por demasiado reductiva. Para la UPF, el tipo penal de referencia ampara a quienes pueden ser víctimas de una eliminación colectiva, por este sólo hecho. Lo que los constituye en *grupo*–“grupo nacional” puede ser también grupo de nacionales– es el carácter masivo de la acción criminal ejercida contra ellos como conjunto de personas. Del orden de 30.000, en este caso.

Paralelamente se presentaba una curiosa particularidad de la ley española. Al introducir el delito de genocidio en el Código Penal, el legislador de 1971 concretó la protección a grupos de carácter “nacional étnico, social o religioso”⁵. Alguna doctrina atribuyó a un error la alteración de la fórmula del Convenio. La UPF sostenía que no tenía por qué haber sido así y que lo cierto es que ese texto estuvo en vigor hasta 1983 (durante la producción de los hechos denunciados, por tanto). Y si fue reformado en 1983, no hay ninguna razón para entender que, en ese momento, la sustitución de “social” por “racial” obedeciera al propósito de reducir el campo de aplicación del precepto, la extensión del bien jurídico protegido. De ahí que, a su juicio, fuera defendible en derecho que “la protección brindada expresamente desde 1971 a 1983 al ‘grupo social’ por el legislador español ... persiste en el ordenamiento vigente dentro de la mención ‘grupo nacional’”.

Recordaba asimismo la UPF que la calificación de los hechos de su denuncia como delito de terrorismo –terrorismo de Estado– tiene un autorizado precedente en el juicio de la Comisión de Investigación sobre la Desaparición de Personas

5 Sin coma ortográfica entre “nacional” y “étnico”.

del Senado Español, constituida en 1983, sancionado por la mayoría absoluta de la Cámara.

Y retrocediendo hasta el Decreto-ley de 26 de agosto de 1975 –vigente en el momento de iniciarse los hechos objeto de denuncia–, recordaba que éste veía terrorismo en la “utilización de la violencia como instrumento de acción política”, condición sin duda concurrente en las conductas denunciadas, ejecutadas al margen de la ley y de cualquier procedimiento legal, sin sujeción a trámite administrativo o judicial formal, por aberrante que éste pudiera haber sido, dadas las circunstancias. Las acciones fueron violentas y la finalidad atribuida a las mismas por sus autores evidentemente *política*, según su tenebrosa inteligencia de tal adjetivo.

De este modo, de las conductas en cuestión, cabía afirmar que estaban penalizadas en la legislación estatal; que habían sido cometidas por personas armadas y organizadas; que consistieron en hechos de especial gravedad y que se ejecutaron con una finalidad política; siendo el secuestro, la tortura, el asesinato masivo de personas, un ataque al bien jurídico de la seguridad interior del Estado. Incluso en la España no democrática de los primeros años 70 –señalaría la UPF– actos como los enumerados, aun cuando fueran cometidos por autoridades o funcionarios, si encuadrados en grupos clandestinos armados y operando al margen de todo procedimiento legal, habrían constituido delitos de terrorismo, por atentar contra aquel orden institucional. Ni siquiera el sentido del orden público informador de la legalidad de tal régimen una vez institucionalizado podría haber sido, aun formalmente, insensible a esa clase de situaciones.

En una parte relevante de los casos denunciados se da la circunstancia de que las víctimas que fueron secuestradas continúan desaparecidas. En términos de experiencia corriente, la muerte violenta de estas personas es más que presumible. Pero no así desde la perspectiva de la legalidad penal, para la que las mismas tendrían que ser tratadas, a la luz de los datos de que se dispone, como víctimas de un delito de detención ilegal con posterior desaparición del detenido (artículos 480 y 483 del Código Penal español vigente en el momento y 163 y

166 del actual). Siendo así, a tenor de la pena prevista, el plazo de prescripción sería de veinte años. Pero sin constancia actual de que la ejecución del delito ha terminado, por la liberación o la muerte de la víctima del mismo, aquel plazo no podría siquiera empezar a correr.

Nueve niños, al menos, comprendidos en la denuncia, fueron secuestrados siendo casi recién nacidos⁶. Existen buenas razones para presumir el nacimiento de dos más en cautividad. De todos ellos, sólo tres habían sido devueltos. Los otros seguían, por tanto, desaparecidos. La sustracción de menores se hallaba prevista como delito en los artículos 484 y 485 del Código Penal español a la sazón vigente, artículo 223 del actual. Los delitos –también es claro–, se están perpetrando todavía; permanecen.

En materia de competencia, se salía al paso de una objeción de la Fiscalía que veía en el artículo 6 del Convenio un obstáculo para la persecución del delito de genocidio en España, ya que en ese texto la competencia se atribuye a la jurisdicción del lugar de realización del delito o, en su caso, a la Corte Penal Internacional constituida al efecto. Para la UPF ese inconveniente no era real, puesto que la posibilidad de juzgar en España delitos de genocidio cometidos en otro país se deriva del propio derecho interno. Esta solución no está excluida por el Convenio y, además, es precisamente la más favorable para el cumplimiento de los fines de la misma. De otro lado, sería paradójico ofrecer a los eventuales genocidas estatales la posibilidad de autogarantizarse la impunidad, justamente, suscribiendo el Convenio.

En lo relativo a los delitos de terrorismo, se recordaba la existencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a la competencia de la jurisdicción española para perseguir conductas de esa clase cometidas en el extranjero. Tampoco se aceptaba como objeción a la actuación de la justicia española el dato de que, existiendo los correspondientes tipos delictivos, no estuviera prevista la competencia para perseguir, conforme

⁶ Hay que señalar que el artículo 5 de la ley “de punto final” y el artículo 2 de la ley “de obediencia debida” excluían de su ámbito de aplicación los delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores.

con los mismos, hechos cometidos fuera de España, en este caso de terrorismo. Se replicó que la irretroactividad no permitida es sólo la de la ley penal, la ley sustantiva, que sólo implica un veto a la persecución de conductas no incriminadas en el momento de su realización. Fuera de esto, el proceso como tal –que quiere decir jurisdicción, competencia y procedimiento– se rige siempre por la ley actual.

Por último –se argüía–, no había razón para temer un quebrantamiento del *non bis in idem*. Y era bien cierto. Diríase que la Fiscalía, con su escrúpulo en este punto, estaba contribuyendo a ampliar el “cielo de conceptos” de Ihering con todo un nuevo género: el *iusformalismo mágico*, al servicio, por cierto, de la perpetuación del infierno en la tierra. Pues razonar con fundamento en esa posibilidad irreal, cuando se tenía constancia de la masiva esterilidad de los procesos seguidos en Argentina contra los responsables de la masacre, sólo era posible a costa de negar la más abrumadora de las evidencias informativas. Se tiene buen conocimiento de la resistencia de los imputados a la jurisdicción, con traducción en algunos alzamientos en armas protagonizados por los infames “carapintadas” (con las mejores razones para ocultar el rostro). Y de que esa resistencia desembocó finalmente en la ley “de obediencia debida” de 1987. Así, no quedó más proceso que el de los jefes de las juntas, que no fueron acusados de genocidio ni de rebelión, sino de detenciones ilegales y homicidios de personas concretas (en una proporción ni simbólica en relación con el total de víctimas). Y de que, al fin, resultaron indultados individualmente por el presidente Menem.

Es precisamente la falta de persecución –es decir, de persecución efectiva– de los hechos en Argentina, lo que dio lugar a la incoación de causas criminales en Italia (con noventa militares argentinos procesados), en Francia (donde ha sido condenado a cadena perpetua en rebeldía el capitán de navío Astiz, por el asesinato de dos monjas), en Suecia (con procesamiento del mismo sujeto por el asesinato de una adolescente) y en Estados Unidos (contra el general Suárez Mason)⁷. Y como no

7 En este caso se trata de un proceso no penal, sino de extradición y de indemnización de daños y perjuicios.

podía ser de otro modo, en ninguno de los países citados los tribunales han reconocido validez a las leyes de punto final y de obediencia debida. Y tampoco a los indultos.

En idéntica línea, la UPF entendió que, por lo mismo, tales disposiciones no podían producir efectos en España. Primero, porque es legítimamente cuestionable que las autoridades e instituciones que las adoptaron hubieran dispuesto de –real– libertad para decidir como lo hicieron, dadas las condiciones políticas en que se produjo tal actuación en todos los casos. También, porque es discutible que cupiera reconocerles el derecho a disponer de bienes jurídicos de la relevancia de los afectados, comprendidos en la esfera constitucional de lo *políticamente indecible*, en la expresiva terminología de Ferrajoli⁸. Y más en concreto, porque la Constitución española rechaza los indultos generales y, como ya se dijo, ni el Código Penal ni los tribunales españoles admiten que pueda operar como causa de justificación la *obediencia debida* a órdenes manifiestamente criminales. Todo ello sin contar que la aprobación de aquellas leyes por el Estado argentino supuso la ruptura de los compromisos contraídos frente a la comunidad internacional con la ratificación de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos en 1983, tras el restablecimiento de la democracia.

El proceso se mueve

La primera andadura del proceso se concreta, básicamente, en cuatro resoluciones del juez Baltasar Garzón, titular del Juzgado Central de Instrucción Nº 5. La primera, un auto de 10 de junio de 1996, además de acoger en sus fundamentos de forma pormenorizada los datos y argumentos de la denuncia inicial de la UPF y las sucesivas ampliaciones, admitía a trámite las querellas promovidas en el ejercicio de la acción popular por las entidades a que se ha hecho referencia.

8 Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 4ª edición, 2000, página 864. También L. Ferrajoli, “El derecho como sistema de garantías”, traducción de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, Nº 16-17, 1992, página 65. Ahora incluido en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999.

Poco después, el 28 de junio siguiente, un nuevo auto declaraba la competencia de la jurisdicción española y en concreto del Juzgado hasta ese momento conocedor del asunto, que daba comienzo a la investigación. Siguió otro auto, de 12 de septiembre del mismo año 1996. De él lo sustancial fue el acuerdo de librar una comisión rogatoria a las autoridades judiciales argentinas, a las que –a lo largo de más de treinta folios- se solicitaba la práctica de todas las diligencias necesarias para la identificación de los posibles autores de los hechos perseguidos. También se disponía el envío de otra comisión rogatoria a Suiza, para que las autoridades de ese país llevaran a cabo una investigación bancaria sobre las personas imputadas en la causa. Esto, en aplicación de una máxima de experiencia que va camino de convertirse en ley de validez universal, una vez confirmado, por la ingente acumulación de datos, que la condición de *salvapatrias* en ejercicio lleva consigo espectaculares aumentos de patrimonio y, con éstos, el impulso irrefrenable de beneficiarse de las ventajas que aquel país –otrora refugio de las víctimas de la intolerancia europea- ha venido ofreciendo a los tocados por cierta clase de *fortuna*.

Vale la pena señalar que las tres resoluciones citadas adquirieron firmeza, puesto que no fueron recurridas por la Fiscalía, no obstante las iniciales reservas.

Un nuevo auto, éste de 26 de febrero de 1997, se hacía eco del “absoluto desprecio del contenido del Tratado de Asistencia Judicial [así como del] olvido consciente de las demás normas internacionales que regulan el derecho de tratados” exhibido por las autoridades argentinas, a las que se venía a recordar cómo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, con fecha 2 de octubre de 1992, había declarado las leyes de “punto final”, de “obediencia debida” y el decreto de indulto 1002/89, incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Congreso argentino el 1 de marzo de 1984. Aludía también a la resolución del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 5 de abril de 1995, declarando tales leyes y decretos contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por el Congreso argentino el 17 de abril de 1986.

Finalmente, en el capítulo de decisiones judiciales aquí reseñables, es de indudable relieve el auto de 25 de marzo de 1997, motivado por la actitud negativa de la justicia argentina frente a la comisión rogatoria que tenía por objeto recibir declaración como imputado al general Galtieri. En vista de ese resultado –y puesto que la ley española, dada la gravedad de los delitos y la necesidad de esa diligencia para poner en marcha el proceso, lo permite- el juez consideraba necesario disponer la prisión provisional incondicional del imputado, para así poder librar una orden internacional de detención, como paso previo a la demanda de extradición.

Esta decisión suscitó una reacción altamente significativa por su procedencia: la del entonces canciller argentino Guido Di Tella, que, por sus implicaciones, vale la pena traer a colación. Sorprendido por la noticia en París, se despachó con la infame sentencia de que “los muertos, muertos están” (una buena *causa de extinción de la responsabilidad* derivada de cualquier delito, en la perspectiva de cualquier delincuente). A ella asociaba la grosera descalificación del juez, con el argumento de que “no está en su sano juicio”. Y “El sano juicio” fue, para remate, el título de un artículo de su firma, aparecido por esas fechas en la prensa bonaerense, en el que podía leerse que el juez: “No sólo desafía el principio jurídico de la cosa juzgada, sino que transgrede el principio de territorialidad de la ley penal ... Los delitos deben ser juzgados por los tribunales del país donde aquéllos se cometen. Lo contrario se basa en una tradición arcaica, propia de los países que solíamos llamar imperialistas, que nacen en el medievo ...” (Pase que el articulista no supiera de cosa juzgada y tampoco de territorialidad de la ley penal. Pero ¿cómo es posible que siendo ministro de exteriores de un país del Cono Sur, pudiera hacer gala de tanta ignorancia en tema de imperialismo?). Concluía, por supuesto, que respecto a los crímenes de la dictadura militar argentina no podía hablarse de impunidad. Pero sin explicar lo que el término quería denotar en su particular diccionario.

Lo que seguramente no pudo prever Di Tella es que con sus pintorescas manifestaciones acerca de la territorialidad de la ley penal y el imperialismo estaba creando escuela. En efecto, aunque motivadas más que por la decisión judicial objeto de su

comentario, por las que habrían de dictarse tiempo después en el caso Pinochet, si bien versando sobre el mismo asunto, se han producido intervenciones relevantes y no menos elocuentes, en una escala que va, significativamente, de Felipe González⁹ a la señora Thatcher, convertidos por mor de este asunto y en el ejercicio de una suerte de solidaridad –al menos en apariencia– *contra natura*, en pintorescos ocasionales “compañeros de cama”. Aunque, en realidad, considerado el tema desde la perspectiva de las dinámicas de la razón de Estado, posiciones como las de referencia no deberían dar lugar a demasiada sorpresa. En tal género de reacciones, Galtieri como el innumerable general chileno, eran apenas *la anécdota* superficial evocadora de una consistente *categoría* de fondo: la constituida por la vieja concepción de la política como zona franca de cualquier posible fiscalización desde el derecho. De ahí la fina sensibilidad del estadista experimentado para reaccionar frente a iniciativas que apuntan a un significativo redimensionamiento del ámbito tradicionalmente cubierto –con sobrados motivos– por la razón de Estado.

Algunas vicisitudes posteriores

La decisión del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de sostener la competencia de la jurisdicción española en este asunto (al igual que en el conocido como “caso Pinochet”¹⁰), manteniendo los autos de imputación y de prisión dictados, así como las órdenes de detención internacional emitidas, fue recurrida por el Fiscal, provocando una relevante decisión del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 1998, de la que merece la pena destacar los aspectos más significativos¹¹.

9 Este, por cierto, asimilando en supuesta clave de humor de pésimo gusto las actuaciones judiciales a una suerte de reedición de la aventura colonial (el *chiste*, es natural, le hizo mucha gracia al entonces presidente Menem).

10 Sobre las ya complejas vicisitudes de este asunto puede consultarse con provecho: Antonio Remiro Brotons, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999. También, *Atti del convegno internazionale Il caso Pinochet. I crimini contro l'umanità fra politica e diritto*, Fondazione Internazionale Lelio Basso, Roma, 1998. Y Carlos Castresana, “Pinochet: balance provisional”, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, Nº 37, marzo de 2000.

11 El tribunal, en su auto, hacía propio en buena medida un *corpus* doctrinal progresivamente acuñado en medios jurídicos comprometidos con los derechos humanos a lo largo de estos

En materia de delito de genocidio, fijaba el alcance del artículo 6 del Convenio para el caso concreto, llegando a la conclusión que el hecho que las partes contratantes no hubieran pactado el deber de persecución universal por cada una de las jurisdicciones nacionales, no impedía a ninguna de ellas decantarse por esa opción en el marco de su propia política legislativa.

Tal sería según la Audiencia Nacional el caso de España que, con el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial citado, no habría tipificado ni penado conducta alguna, sino sólo proclamado la jurisdicción de los tribunales españoles en materia de infracciones penales definidas como tales en otras leyes. De este modo, se entendía carente de fundamento la objeción formulada al amparo del artículo 9, 3 de la Constitución Española, sancionador del principio de irretroactividad de la ley penal.

Entendía asimismo el tribunal que los hechos denunciados sí podían considerarse típicos a tenor de la descripción legal del delito de genocidio, puesto que el destinatario de las acciones perseguidas fue “un grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor”.

También consideró ajustado a derecho proceder por posibles delitos de terrorismo, al margen del problema concursal que en fase de decisión pudiera plantearse, puesto que las acciones a tomar en consideración serían, en general, las mismas a valorar como genocidas. Y, en cuanto al delito de tortura, el tribunal resolvió que carecía de interés práctico plantearse el tema de la existencia o no de jurisdicción universal en el ámbito

años y al calor de las vicisitudes procesales que aquí se evocan. Buena expresión de ese esfuerzo puede hallarse en el excelente trabajo de Carlos Castresana, “Persecución de crímenes contra la Humanidad en la Audiencia Nacional”, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, Nº 31, marzo de 1998. También puede verse, entre otros más recientes, Carmen Lamarca, “El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, marzo de 2000, número extraordinario 1.

* Nota del editor. Para una crítica a esta interpretación del concepto de genocidio, Gil y Gil Alicia, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED Alzira-Valencia, 1999.

de la legislación española, puesto que las acciones inculcables tendrían que ser contempladas en todo caso como instrumentales en el marco del diseño genocida.

En fin, se interpretó que las leyes de “punto final” y de “obediencia debida” carecían de relevancia en la perspectiva del enjuiciamiento, y no sólo por su oposición al *ius cogens*. El artículo 23, 2 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla, entre los presupuestos de *perseguidibilidad* de los hechos cometidos fuera del territorio nacional, el de que “el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero”; condición que no se daría en ninguno de los supuestos cubiertos por aquellas leyes, *despenalizadoras* con carácter general.

En este momento, se ha dictado auto de procesamiento contra 98 militares argentinos y también 48 órdenes de detención respecto de aquellos procesados suficientemente identificados¹². El gobierno argentino dio traslado de esas órdenes a los tribunales de justicia, considerando que no correspondía decidir sobre ellas al poder ejecutivo. El juez federal Gustavo Literas, encargado del caso, solicitó como información adicional el texto íntegro de las órdenes de detención, que le fue remitido, tanto a través de Interpol como por vía diplomática. Pero, al parecer, el gobierno argentino no le dio traslado de esa documentación, con el argumento de que se habría agotado el plazo (?) y sugiriendo que el juez español debería formalizar las demandas de extradición (interfiriendo, así, la comunicación entre ambos jueces); mientras que el juez Literas, en lugar de reclamar la entrega de aquella documentación, se habría limitado a pedir al gobierno, de forma genérica, información sobre el caso.

Al cerrar estas líneas, el proceso está en una situación de *impasse*. El juez español insiste en que el gobierno argentino debe dar traslado al juez federal de los textos completos de las

12 Dentro de ese curso procesal, a finales de agosto de este año se ha producido una incidencia digna de consideración: la detención en México del procesado Ricardo Miguel Cavallo - conocido en la causa con la falsa identidad de Miguel Ángel Cavallo y por los alias “Sérpico”, “Marcelo” y “Ricardo” - a la que ha seguido una solicitud de extradición. Esta se contiene en un texto de dos centenares de páginas, de notable interés informativo sobre la peripetia procesal en su conjunto.

órdenes de detención, para que sea este último quien decida. El gobierno argentino defiende su autonomía para decidir en la materia, esto es, sobre si remitirlos o no y qué documentos. Ultimamente se ha dirigido al Juez Central N° 5 insistiendo en que debe formalizar las solicitudes de extradición y manifestando - como exponente de su voluntad de cooperación - que le hará entrega de los datos completos de filiación de todos los procesados, una vez recibidos éstos de los Registros Civiles correspondientes.

Contra impunidad, imperio de la ley

Agencias de opinión oficiales *ad hoc* han proclamado con reiteración y clónica monotonía que en los países arrasados por alguna forma de barbarie del género de la que aquí nos ocupa, las raíces del *conflicto* hay que buscarlas en la necesidad ineludible de hacer frente a *la subversión*. Así, en todos los casos, se atribuye a ésta el carácter de inequívoco factor *causal*: en el principio, habría estado siempre *la subversión*; después, la respuesta legitimada por *razón de estado de necesidad*; y, al fin, en la línea Di Tella, la cínica pretensión de hacer de esa otra forma de *necesidad*, la impuesta por el carácter irreversible de las muertes, una aberrante *virtud* supuestamente estabilizadora.

Las explicaciones más de fondo pertenecen a una oscura metafísica *hobbiana* que propende a conectar genéticamente esta clase de situaciones con lo más profundo de la naturaleza humana; la propia de una especie “caída”, en sus orígenes, al fin y al cabo¹³. Pasó - dice el discurso oficial - lo que sucede *fatalmente* cuando dos grupos humanos se enfrentan en una lucha fratricida ... De ahí que *la salida* sólo pueda encontrarse por la vía de “la reconciliación”, que exige *de todos* (!) generosidad y olvido.

13 Paradigmáticas resultan a este respecto algunas palabras del teniente general Balza, jefe del estado mayor general del ejército argentino, en el mensaje dirigido al país en 1995: “Siendo justos, miraremos y nos miraremos, siendo justos reconoceremos sus errores y nuestros errores. Siendo justos veremos que del enfrentamiento entre argentinos somos casi todos culpables... [porque] cuando un cuerpo social se compromete seriamente, llegando a sembrar la muerte entre compatriotas, es ingenuo intentar encontrar un solo culpable, de uno u otro signo, ya que la culpa en el fondo está en el inconsciente colectivo de la nación toda...” (Publicado en la prensa del 26 de abril de 1995).

Pero no. Esa retórica de la justificación de hechos de tal grado de abyección, debidos a quienes no se detuvieron ante la destrucción de ningún bien y la negación de ningún valor, encuentra problemas de viabilidad ya en el plano de la propia racionalidad discursiva. La pretensión de cambiar crímenes por crímenes no es aceptable. Porque los crímenes no se neutralizan, se suman; en este caso, en una operación aritmética que registra una aparatosa asimetría de las magnitudes numéricas. Además, en la necesaria reescritura del diccionario convencional impuesta por la experiencia de esos años terribles, *impunidad* ya no es sólo la genérica ausencia de castigo en presencia de cualquier delito. Lo que denota el término *impunidad* empleado en este contexto, es el defecto de respuesta a los crímenes de lesa humanidad cometidos de forma masiva por poderes institucionales que, invariablemente, violaron, primero, todos los derechos fundamentales imaginables y después, hicieron burla del derecho –mediante la interposición de decisiones de gobiernos y parlamentos democráticos bajo amenaza– tratando de convertirlo en cómoda vía de escape.

También el diccionario jurídico ha experimentado cambios en esta materia: ese *derecho* –el Decreto-ley N° 2191 de 1978, chileno; la brasileña ley N° 6683 de 1979; las argentinas ya citadas; la uruguaya N° 15848 de 1986; el guatemalteco Decreto-ley 8 de 1996; el salvadoreño N° 805 de 1987; la ley de amnistía amplia e incondicional de Honduras, de noviembre de 1987; la peruana ley N° 26479 de 1995¹⁴– no es *derecho válido* en el sentido actual de las constituciones y del *ius cogens* internacional. Conforme con el derecho del Estado constitucional de derecho, el poder sólo se justifica a través de la búsqueda de la efectividad y la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y aunque aquél, *de facto*, pudiera estar en situación de dar forma legal a cualquier decisión, no por ello dispondría de habilitación para revestirla de legitimidad sustancial.

El avance jurídico-político y cultural que esto representa es de un enorme alcance, pues lo mismo el ordenamiento interna-

cional que la generalidad de los ordenamientos estatales vigentes, que en su mayoría responden a este paradigma, han situado en la cima de su pirámide normativa, confiriéndole formal positividad jurídica, un orden de valores que incorpora todos los que se conocen como derechos fundamentales de la persona que, de este modo, aparecen dotados de una vigencia incondicionada. Ciertamente que esto no basta para que ese vigor jurídico-formal se traduzca en efectividad real, pero no es nada banal que el sistema jurídico haya alcanzado el grado de consistencia necesario para dejar de ofrecer él mismo una coartada a los más graves incumplimientos, e incorporado a su propia lógica el poderoso impulso autotransformador implícito en el imperativo de coherencia de cada plano de la legalidad con los valores normativos del vértice.

Sólo en el clima generado por ese nuevo *statu quo* del derecho y de la cultura jurídico-política (con todas sus limitaciones) pueden entenderse las relevantes vicisitudes procesales acontecidas en estos años y las que están en curso, así como el estado de conciencia universal generado en torno a ellas. De otro lado, esos mismos procesos tienen también, a su vez, una trascendencia que no cabe infravalorar, y es que, con su sola existencia, han puesto en tensión a todo el orden jurídico democrático y hecho posible el insólito descubrimiento de la existencia en él de recursos infrutilizados, activados por vez primera en el contexto de las vicisitudes que nos ocupan.

Sea cual fuere el destino de estas últimas en su conjunto, me parece tan necesario como realista hablar de un antes y un después del caso de los responsables de la dictadura militar argentina y, sobre todo, del caso Pinochet.

Esto es realmente cierto en términos de crecimiento de la conciencia y la sensibilidad colectivas acerca de la brutal inhumanidad de regímenes como los considerados. Multitud de ciudadanos *bien-pensantes*, de los países del primer mundo, sobre todo, acostumbrados a ver con la óptica inducida por los protagonistas de aquéllos las respectivas realidades, merced a la información generada por la apertura y el desarrollo de los procesos, han tenido que rendirse a una evidencia reiteradamente sustituida por el recurso a tales cómodos clisés.

14 Todas estas disposiciones, a excepción de la última -publicada en *El Peruano*, Lima, 5 de junio de 1995- pueden consultarse en "Leyes de impunidad en América Latina", en *Pueblos*, Boletín de la Liga Colombiana por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, N° 13.

Pero donde las consecuencias de las vicisitudes procesales aquí contempladas han sido más relevantes, es en el campo de la cultura jurídica. En este terreno –puede decirse–, ha hecho crisis, en buena medida, el patrón del jurista *de derecho interno* como funcionario implícito del poder soberano de viejo estilo, propio del positivismo dogmático¹⁵: el jurista reconocible en el discurso burocrático de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, de supuesta asepsia técnica en sus planteamientos, empeñado activamente en truncar la pirámide normativa del orden jurídico nacional e internacional, dejando sin aplicación a su parte más noble, negando toda vigencia a sus principios y reglas de mayor rango¹⁶.

Ese sospechoso jurista, para el que la actuación de algunos tribunales extranjeros sería la interferencia abusiva de un Estado en el terreno de otro soberano, en vez de la actuación de jueces independientes en el ejercicio, no de una jurisdicción particular o privativa, sino de la regida por el principio de universalidad, por imperativos de *ius cogens*. El mismo jurista empeñado en hacer prevalecer –en materia de genocidio– la *voluntas legislatoris* sobre la *voluntas legis*, con una actitud cerradamente “cognoscitivista” o “formalista”¹⁷ de la interpretación, hoy francamente insostenible.

Es sabido que el Estado, en la historia, fue constituyéndose progresivamente a partir de la *jurisdictio* y que la centralización

15 De algunas cuestiones relacionadas con este asunto me he ocupado en “Garantía judicial de los derechos humanos”, en *Claves de razón práctica*, N° 90, marzo de 1999.

16 No es casualidad que el fiscal Fungairiño, jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, mientras diseñaba y llevaba a la práctica la estrategia de que se ha dejado constancia, vertía en *El Mercurio* sus opiniones sobre la dictadura chilena que, a su juicio, no habría sido tal, sino una interrupción coyuntural de la normalidad jurídica por exigencias de garantía del orden público.

17 Uso ambos términos en el sentido en que lo hace la filosofía del derecho de inspiración analítica, para referirse a ese modo de entender la interpretación como proceso de descubrimiento del significado objetivo de los textos normativos, puesto en éstos por el legislador que expresó así, en su momento, una “intención”, llamada siempre a prevalecer. Por todos, puede verse al respecto R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, páginas 335-336. En ese planteamiento, el juez-intérprete se limitaría a *conocer* normas ya (definitivamente) producidas, preexistentes, por tanto, a su actividad. En lo que aquí interesa, el legislador internacional, al legislar sobre el genocidio, habría impreso ya en el texto un canon de lectura, inferible de algunos datos de la coyuntura, de tal manera que a él, y sólo a él, habría que atenerse, a despecho de lo que pudiera permitir una inteligencia racional y filológicamente rigurosa del mismo, a tenor del alcance del campo semántico de los vocablos que lo constituyen.

de la función de aplicar la ley precedió a la centralización de la función de producirla. No es, pues, descabellado pensar que pasos como los examinados hacia el afianzamiento de un modelo y una práctica universal de la jurisdicción al servicio de los derechos fundamentales, puedan representar un anticipo del ideal kelseniano de articulación político-jurídica de la sociedad internacional en torno a los valores del derecho, como garantía de convivencia pacífica. Un anticipo, en fin, del Estado de derecho cosmopolita que tan intensamente demanda el actual modo de ser de la economía y de las relaciones transnacionales de poder que la misma propicia.

NIÑOS DESAPARECIDOS POR MOTIVOS POLÍTICOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA (1976-1983).

LA LABOR DE ABUELAS DE PLAZA DE MAYO

Estela Carlotto

I. Breve introducción

En marzo de 1976, un golpe de Estado de las fuerzas armadas desalojó al gobierno constitucional y una política de terror y avasallamiento de los derechos sociales e individuales se instaló en la República Argentina. Como doloroso saldo de esta política quedaron miles de ciudadanos asesinados, 30,000 desaparecidos de toda edad y condición social y todo un país con sus legítimos derechos conculcados y atropellados.

Entre los miles de desaparecidos se encuentran nuestros hijos y nuestros nietos: pequeños de corta edad o criaturas en proceso de gestación, que vieron la luz en los campos de concentración habilitados por la dictadura militar. Para buscar a esos niños, localizarlos y restituirlos a sus familias legítimas, a la vez que procurar justicia para nuestros hijos –sus padres–, nació en octubre de 1977 la Asociación *Abuelas de Plaza de Mayo*.

Ya en los albores de nuestra lucha advertimos que tanto en el secuestro de adultos como en el de niños existía un plan preconcebido. Así, con nuestros hijos se secuestraba el presente; en nuestros nietos intentaban arrebatarnos el futuro. De esta forma comenzamos larguísimas tareas de investigación acerca del paradero de los pequeños para rescatar ese porvenir.

Es evidente que el plan metódico para hacer desaparecer a los niños consistía en *mimetizarlos* entre la población, anularles la identidad y, en la mayoría de los casos, anotarlos como hijos propios. Los niños quedaban en manos de los represores que habían secuestrado o asesinado a sus padres.

Nada ni nadie nos detuvo para buscar a los hijos de nuestros hijos. Tareas detectivescas se alternaban con diarias visitas a los juzgados de menores, orfelinatos, *casas-cuna*, a la vez que investigábamos las adopciones de la época. También recibíamos –y seguimos recibiendo– las denuncias que el pueblo argentino nos hacía llegar, como una manera de colaborar en la tarea de ubicación de los pequeños. Este es el resultado de nuestra tarea de concientización de la comunidad.

II. La identidad

Toda persona nace con una carga biológica cultural y social transmitida a través de las generaciones que la precedieron, que configura sus características esenciales como persona. Esto hace que un ser humano sea distinto de otro, tenga raigambre que lo enlaza con su grupo social de origen y presente determinadas peculiaridades que, unidas a lo posteriormente adquirido con su madurez, hacen de él un ser completo y tendiente al equilibrio.

Todo lo anteriormente expuesto configura la *identidad*, lo que hace a alguien tener una referencia como ser pleno, frente a los otros que forman la sociedad. No existe posibilidad humana de cambiar, suplantarse o suprimir la identidad, sin provocar daños gravísimos en el individuo, perturbaciones propias de quien, al no tener raíces, historia familiar o social, ni nombre que lo identifique, deja de ser quien es, sin poder transformarse en otro.

En el constante peregrinaje de las *Abuelas* por todo el mundo, tratábamos de saber si existía algún método específico para determinar la filiación de un niño, en ausencia de sus padres. Fueron muchos los centros científicos que consultamos, hasta que finalmente en EE.UU. el doctor Fred Allen, del *Blood Center* de Nueva York y la *Asociación Americana para el Avance*

de la Ciencia de Washington, nos posibilitaron realizar esos estudios. Gracias a ellos se encontró un método que permite llegar a un porcentaje de 99.9% de probabilidad, mediante análisis específicos de sangre. Brindaron valioso aporte la doctora Mary Claire King y el doctor Cristian Orrego, de la Universidad de Berkeley, Estados Unidos. El resultado de ese estudio se llama “Índice de Abuelidad” en referencia a nuestro pedido.

El método consiste en la Investigación de:

1. Grupo Sanguíneo y RH
2. Histocompatibilidad (HLA, A, B, C, DR)
3. Investigación de isoenzimas eritrocitarias
4. Investigación de proteínas plasmáticas

La ciencia avanza y en los últimos años empleamos el método del *Polimorfismo de ADN* (Ácido Desoxirribonucleico), lo que simplifica aún más la tarea de identificación.

Dicho método, denominado “Análisis Dactiloscópico Molecular” o “Fingerprint” es, de hecho, un sistema revolucionario en el campo de la filiación. Permite lograr confirmaciones de vínculos biológicos, esto es, identidad, incluso contando con parientes escasos y lejanos de la persona cuya filiación se cuestiona.

En el Hospital Durand de Buenos Aires, República Argentina, existe un laboratorio que hace tiempo viene realizando los análisis hemogenéticos para la institución. Forma parte del Servicio de Inmunología que está equipado, material y profesionalmente, para realizar los exámenes anteriormente mencionados. La ayuda de la comunidad científica internacional ha sido fundamental para lograr ofrecer esos estudios.

Es función de Abuelas de Plaza de Mayo colaborar en el equipamiento de dicho Servicio de Inmunología a través de donaciones y también aportar los reactivos necesarios para cada uno de los estudios.

Esta larga y dolorosa lucha, como también el aporte de la ciencia, ha dado como fruto la resolución de 69 casos.

III. Banco Nacional de Datos Genéticos

Elaboramos, en conjunto con varios organismos gubernamentales, un proyecto de ley referido a un *Banco Nacional de Datos Genéticos* de familiares de niños desaparecidos. Este proyecto fue presentado por el Presidente de la Nación ante el Parlamento, con carácter de prioridad. Fue impulsado activamente por nuestra institución y convertido en ley nacional N° 23,511 en mayo de 1987. Su reglamentación fue sancionada en 1989.

Esta ley nos permite dejar establecidas las condiciones prácticas que posibiliten la identificación de nuestros nietos, aunque no estemos.

Como es imposible saber cuándo serán localizados, en algunos casos serán los niños, ya adultos, los que encontrarán la verdadera historia acerca de su origen.

Este Banco tendrá como función el almacenamiento y la conservación de la muestra de sangre de cada uno de los miembros de los grupos familiares, a fin de posibilitar la realización de los estudios que se desarrollen en el futuro. Teniendo en cuenta la expectativa de vida actual en la Argentina, este Banco Nacional de Datos Genéticos deberá funcionar, por lo menos, hasta el año 2050.

IV. Aspecto jurídico

Reiteradamente, el equipo jurídico de la institución ha sostenido, en sus presentaciones, que la sustracción y el ocultamiento de los menores nacidos en cautiverio y de aquéllos que desaparecieron ya nacidos, es parte de un plan sistemático que incluyó: los asesinatos, las torturas, las desapariciones forzadas de adultos, el robo y otros delitos ejecutados por integrantes de las fuerzas de represión, de seguridad, policiales, penitenciarias, y otras de ese tipo, junto con las fuerzas armadas.

En los juicios que se han llevado a cabo *inter alia* contra las juntas militares y contra la policía de la Provincia de Buenos Aires por violaciones a los derechos humanos, los jueces que intervinieron (por lo general cámaras federales de apelación),

llegaron a la conclusión de que la sustracción de menores *no obedecía a un plan sistemático* de las autoridades que habían usurpado el poder el 24 de marzo de 1976.

Entendemos que esos jueces, en las causas que llegaron a su conocimiento, no han recabado las pruebas suficientes como para acreditar que la sustracción de nuestros niños no fue obra de la casualidad, o de actos aislados de meros robos de menores.

Ha quedado fehacientemente acreditado, a través de numerosos testimonios brindados ante la Comisión Nacional de Desaparición de Personas (CONADEP) y en causas judiciales, que existieron centros clandestinos de detención de mujeres embarazadas desaparecidas que funcionaron como verdaderas maternidades (Escuela de Mecánica de la Armada, por ejemplo), hacia donde eran trasladadas embarazadas porsteriormente desaparecidas, desde distintos puntos del país para dar a luz.

Concluimos entonces que la “verdad” formal contenida en los expedientes judiciales comentados, difiere sustancialmente de la “verdad histórica”, que es la que buscan las Abuelas de Plaza de Mayo en sus esfuerzos por localizar y restituir a estos niños.

A pesar de la vigencia de gobiernos constitucionales, las *Abuelas* seguimos encontrando serios problemas en la tramitación de los juicios.

Así, hay grandes resistencias en muchos miembros del Poder Judicial que no entienden que nuestros nietos son *víctimas de numerosos delitos*, aunque ahora se encuentren viviendo con los apropiadores en una “buena y óptima condición económico-social”. Estas resistencias no solo dilatan el acto de la restitución, sino que, en muchos casos, lo impiden en su totalidad.

Las medidas cautelares existentes resultan ineficaces. La interdicción de salida del país, por ejemplo, es totalmente inútil en el caso de los prófugos de la justicia y ha dado origen al fenómeno de las segundas desapariciones de niños localizados.

De esta forma, todavía no se han articulado nuevas medidas de procedimiento y de fondo que atiendan una situación totalmente inédita que representa la restitución de niños secuestrados a sus legítimas familias.

Por ello, existen graves problemas en los juicios de filiación, que tienen fuero civil, cuando es necesario una sentencia penal previa. En estos casos, todo el proceso sufre dilaciones y esto tiene como consecuencia que el niño tenga dificultad para manejarse con su verdadera y única identidad.

Nuestra Asociación, además de llevar adelante los numerosos juicios civiles y penales, propicia reformas de la legislación que tiendan a modificar las situaciones antes descritas.

Creemos que el derecho y la justicia no pueden caminar al margen de una realidad tan dolorosa como es la de los niños desaparecidos y nacidos en cautiverio. Es necesario que incorporen el problema de manera tal que los beneficios de las reformas alcancen a los niños víctimas de estos delitos, y a la comunidad infantil y juvenil en su conjunto.

V. Aspecto psicológico

Nuestros psicólogos dicen que de todas las palabras que el niño oye, hay una que va a tener importancia fundamental: *su nombre*.

Ya al nacer, el nombre contribuye de una manera decisiva a la estructuración de las imágenes del cuerpo. Su nombre es la primera y última palabra en relación con su vida para él y con otros. Nombre que es deseo y ley. Es historia y lugar para el sujeto. De ahí la gravedad que reviste privar del nombre y sustituirlo por otro.

Mantener algo clandestino, ocultándolo para que otros no sepan de ello, es siniestro. Y lo siniestro es una variedad de lo terrorífico que se remonta a lo antiguo, a lo familiar. Remite a lo que se denomina “el secreto de familia”. El niño convive con algo que ignora aunque lo presiente inquietante. Los ejecutores de lo siniestro, los que mantienen el secreto son, en cierta

forma, insensibles a los efectos de lo horrendo. Ellos mismos son lo siniestro, sobre todo si logran la impunidad que pretenden.

Entender que las consecuencias del secuestro de niños afecta a la sociedad en su conjunto, la que particularmente en su sector infantil ha visto destruir su sistema de resguardo y protección que el Estado tiene el deber de brindarle para un desarrollo sano y armónico.

La desaparición de un solo niño por parte del Estado determina una fractura en las estructuras de seguridad que la niñez requiere.

VI. La restitución

En la situación de apropiación los niños fueron *arrancados* de los brazos de sus padres, sin palabras y con violencia real. Arrancados de su identidad y de su historia personal y familiar, fueron sometidos a una doble situación traumática: la desaparición de sus padres y la propia desaparición, sumergiéndose en un proceso de ocultamiento y enajenación. En este tipo de actos se desconoció toda ley, la transgresión se hizo ley y la perversión la modalidad del vínculo.

Ahora bien, ni el acto de la restitución, ni el contexto en que se realiza, ni el proceso de afianzamiento, repiten ninguna de las circunstancias de la situación traumática. No hay arrancamiento ni silenciamiento, ya que, con palabras y desde la ley y el amor, los niños recuperan una relación genuina y continente que una y otra vez vemos que se establece de inmediato, con la fuerza de un reencuentro revelador, con la profundidad que otorga el reconocimiento y que le permite la vivencia protegida de integrar y recomprender lo que percibe y lo que piensa, lo que afecta y lo que valora, abriéndole el camino a sentirse y saberse él mismo y el acceso a su propia verdad de sujeto. Es una situación nueva, reparadora. Acto psíquicamente fundante que se basa en la articulación de verdad y justicia. Su significación más plena es dejar de ser desaparecidos.

La restitución tiene un carácter liberador de la profunda vulnerabilidad de lo siniestro “enquistado” en el psiquismo infantil; opera, justamente, el develamiento del núcleo traumático, reduciendo su eficacia latente o sintomática y simultáneamente, “el restablecimiento del orden de legalidad familiar” que lo sitúa en la posibilidad de unificar significaciones de sí mismo de otro modo perdidas.

La restitución descubre la eficacia del reencuentro con el origen, lo convoca y lo reintegra, más allá del momento, de las separaciones o de las vicisitudes posteriores.

Así también la restitución del último de los niños desaparecidos producirá un efecto directo en la comunidad infantil, en orden a la recuperación de principios y seguridades que la sociedad y el Estado tienen el ineludible deber de ofrecer.

Cada niño adoptado de buena fe durante estos años de terror sabrá que su origen e historia personal no están marcados por el accionar represivo.

Desde la perspectiva ética de freno hacia el futuro, en el fortalecimiento de la convivencia ciudadana y la plena vigencia de los derechos humanos y en particular de la infancia, la *Restitución* constituye la devolución de la sociedad a sí misma como defensa de la vida, búsqueda de la verdad y cumplimiento de justicia plena.

CULTURA DE PAZ Y LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD: EL PAPEL DE LA SOCIEDAD CIVIL

Adolfo Pérez Esquivel

“Si alguien me preguntara cuáles son, a mi parecer, los problemas fundamentales de nuestra época, no dudaría en responder: Los Derechos Humanos y el Derecho a la Paz”.

Norberto Bobbio

En diciembre de 1998 nos reunimos en el Palacio Chaillot en París, representantes de organismos de derechos humanos de todos los continentes, para conmemorar juntos los 50 años de la Declaración de los Derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas en ese histórico recinto. Acontecimiento que marcó una nueva mirada y conciencia de la humanidad, alcanzar un cambio cualitativo en las relaciones y comportamientos entre los países y las personas. Podríamos decir que se trató de generar un código de conducta que orientara la vida de los pueblos, después de la dura experiencia de la Segunda Guerra Mundial.

A cincuenta años de ese trascendental acontecimiento, recorrimos con mirada crítica y esperanzada los avances y retrocesos de los derechos humanos en el mundo. No me detendré a señalar los unos y los otros, sino a exponer algunos hechos importantes.

La reunión en el Palacio Chaillot estaba dirigida a lograr acuerdos y establecer bases para la defensa y protección de los defensores de los derechos humanos. Los hechos ponían en

evidencia la situación de riesgo de las vidas de quienes optaban por defender al prójimo.

Si bien se superaron las dictaduras militares en varios países, el retorno a la democracia en América Latina se mostraba débil, condicionado y restringido. En muchos casos las fuerzas armadas impusieron mecanismos de impunidad para protegerse, como en el de Chile con la reforma constitucional instrumentada por el general Pinochet, la autoproclamación como senador vitalicio y la designación de senadores por las fuerzas armadas. En Argentina la *autoamnistía* de los militares antes de entregar el gobierno a los civiles (cuya nulidad parlamentaria se logró al asumir el nuevo gobierno) y, posteriormente, bajo fuerte presión militar, la sanción parlamentaria de las leyes de impunidad, como las de *Punto Final* y *Obediencia Debida*, destinadas a consagrar la impunidad jurídica. Después de una larga lucha y de una consulta popular, Uruguay aprobó la ley de *Caducidad*, evitando el juzgamiento de los responsables de crímenes contra el pueblo. Lamentablemente, los grandes partidos políticos promovieron que el pueblo se pronunciara mediante el voto a favor de la no revisión de las causas. Brasil sancionó leyes de amnistía. En otros países no se sancionaron leyes de impunidad, pero existe la impunidad en los hechos.

La instancia a la que los organismos de derechos humanos ha recurrido es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, que si bien ha recogido denuncias y en algunos casos efectuado algunas acciones importantes -como visitar los países afectados por violaciones de los derechos humanos, dirigir recomendaciones, informes y pedidos a los gobiernos-, ha elevado pocas causas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica. La CIDH es una instancia importante en el marco de la OEA, pero es necesario fortalecerla en su organización interna, en su operatividad y eficacia.

Entre los datos más preocupantes relacionados con ese período de dictaduras militares en América Latina, se encuentra la representación diplomática en la OEA de las dictaduras que trababan decisiones de la CIDH. La impunidad recorría el

continente, por lo tanto era imposible avanzar en la búsqueda de la verdad y la justicia.

Otras instancias sobre las que trabajaron los organismos de derechos humanos fueron la ONU; la Comisión de Derechos Humanos de Ginebra, Suiza; la Unión Europea; y la información a organismos como el ACNUR, UNESCO y gobiernos.

Fue una tarea lenta y trabajosa, sin mucha atención por parte de los funcionarios de los organismos internacionales. Salvo pocas y honrosas excepciones, parece necesario que se produzca un genocidio, para que éstos reaccionen y comiencen a actuar en defensa de los derechos humanos y de los pueblos afectados.

No creo que esa actitud se asumiera por falta de voluntad; más bien, creo, fue por falta de instrumentos ágiles de prevención y seguimiento, así como de denuncia, en contra de los países que violan los derechos humanos. Durante la reunión de la Asamblea de la Comisión de Derechos Humanos de Ginebra, los organismos no gubernamentales realizaron un gran esfuerzo para informar y denunciar las violaciones que se producen en el mundo, en contraposición a los mecanismos que emplean los gobiernos totalitarios para neutralizar las denuncias o el uso político que pretenden durante las sesiones de la Comisión.

Los organismos de derechos humanos surgen de diversas vertientes y con tareas específicas. Guiados por razones humanitarias -como las iglesias, las familias de las víctimas, sectores sociales y culturales, algunas instancias dentro de sectores políticos, sindicales y estudiantiles- son una necesidad creciente frente a la grave situación de vida de los pueblos. Son los actores directos de la sociedad civil, que han dejado de ser espectadores de la situación de violencia que vive su país y se han constituido en protagonistas de sus propias vidas y constructores de su propia historia.

Tenemos figuras y testimonios que han conmocionado a todo el continente y al mundo, como monseñor Oscar Romero, Arzobispo de El Salvador y monseñor Enrique Angelelli, Obis-

po de la Rioja, Argentina (asesinados por las dictaduras de esos países) y muchos otros que dieron sus vidas por sus pueblos. Sería largo mencionar a todos esos hombres y mujeres que lucharon por la vida y la dignidad de sus pueblos, provenientes de diversos sectores sociales, así como a los miles de exiliados que tuvieron que buscar refugio en otros países, pero quienes desde esos lugares continuaron la lucha por la vigencia de los derechos humanos y por el retorno a la democracia. Una instancia fundamental para reparar el tejido social y volver a construir -o reconstruir-, aún con gastados instrumentos, los espacios de libertad y participación social, basados en el derecho de verdad y justicia.

Los organismos de derechos humanos fueron un pilar fundamental en la construcción de esos espacios de libertad, de resistencia cultural y lucha contra las violaciones de los derechos humanos. Entre esos organismos podría señalar algunos, sin desconocer el aporte de todos. Fueron espacios a construir entre el dolor y la esperanza, como la *Vicaría de la Solidaridad*, los grupos de familiares, los organismos de derechos humanos en Argentina, *Madres de la Plaza de Mayo*, la *Asamblea Permanente por los Derechos Humanos*, el *Servicio de Paz y Justicia en América Latina* (SERPAJ), *Familiares de Detenidos y Desaparecidos por Razones Políticas*, el *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS), fundado por el doctor Emilio Mignone junto con otros juristas. La *Liga Argentina por los Derechos del Hombre*; el *Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos* (MEDH); las *Abuelas de Plaza de Mayo*, sumándose posteriormente otras organizaciones como centros estudiantiles y los H.I.J.O.S.

En otros países, diversas organizaciones de derechos humanos -principalmente de familiares de las víctimas-, han realizado acciones y generado conciencia a nivel nacional e internacional sobre los problemas y violaciones a los derechos humanos, como el Conavigua y el GAM en Guatemala, las *Comadres* en el Salvador, entre muchas otras que trabajan en el ámbito educativo, en los niveles primario, secundario y universitario.

Actualmente se desarrollan diversas iniciativas de formación y educación en derechos humanos, tanto en la enseñanza

formal, como en la alternativa, que ponen el énfasis en lo que se denomina *formación de agentes multiplicadores*. Tales iniciativas se dirigen a docentes de diversos niveles y a la formación de líderes populares.

Día a día la sociedad civil va asumiendo un nuevo rostro y un nuevo compromiso en la participación social y política. Es la dinámica de toda sociedad que cambia y encuentra nuevas expresiones sociales. Fenómenos que han surgido con fuerza en los últimos tiempos son el descrédito de las dirigencias políticas partidarias -en la falta de compromiso con los pueblos- y la búsqueda de nuevos canales de expresión y reclamo de las necesidades de los pueblos.

Estos movimientos sociales surgen de las bases, lo que Arguedas llama “la fraternidad de los miserables”, la solidaridad entre los pobres, los excluidos. Muchos ejemplos podríamos dar, pero solo señalaré algunos. El *Movimiento de los Sin Tierra*, en Brasil; los movimientos indígenas, como los de Chiapas y Ecuador, entre otros; los movimientos de mujeres en el continente y los organismos de derechos humanos, que marcan y definen nuevas formas sociales y políticas, tratando de encontrar caminos y alternativas a los problemas de vida de sus pueblos.

Los pueblos vienen soportando situaciones de violencia cotidiana y estructural que ponen en riesgo su vida y su desarrollo. A pesar de esa grave situación los pueblos buscan la paz, no como la ausencia de conflicto, sino como el establecimiento de relaciones nuevas, más justas y humanas. El camino para lograrla es la construcción de espacios de libertad, de relaciones democráticas entre las personas y los pueblos, en las cuales los derechos humanos deben ser la base fundamental. Democracia comprendida como derecho e igualdad para todos. Son espacios a construir, donde se pueda alcanzar la justicia, sin la cual no puede lograrse la paz.

En el año 1997, veinte premios *Nobel de la Paz*, propusimos a la Asamblea General de las Naciones Unidas que el año 2000 fuera declarado “Año Internacional de la Cultura de Paz” y que el período 2001 al 2010 fuera declarado la “Década de la Cul-

tura de Paz y la No Violencia”, lanzando el *Manifiesto por los Niños del Mundo*, víctimas de la violencia producida por el hambre, la explotación, la utilización de niños en las guerras y conflictos armados, la prostitución infantil. Un llamado a las conciencias y a la necesaria formación de la *Cultura de Paz*, frente a un mundo cada día más violento y a un incremento de la cultura de la violencia. Basta tener presente que un niño ve en la televisión -aún en los dibujos infantiles- escenas de violencia. Estudios realizados en EE.UU. señalan que un niño, desde los 3 a los 17 años, ve por la televisión más de 40 mil escenas de violencia. Es preocupante, ya que esta cultura genera hábitos, conductas que inciden en sus vidas y comportamientos.

La violencia estructural marca la vida de los pueblos: pobreza, exclusión social, cultural y política. Hoy podemos ver sus efectos en todo el continente y en otras partes del mundo, así como nuevos mecanismos de dominación económica, como es la deuda externa que condiciona la vida de los pueblos.

Los caminos de la paz son espacios a construir de conciencia y educación, bases fundamentales para la vida y el desarrollo de los pueblos. Si bien en la Asamblea General los países miembros de las Naciones Unidas aprobaron por unanimidad la propuesta de los Premios Nobel de la Paz -a través del Secretario General de la ONU-, aún hay mucho camino por recorrer. Sin embargo, desde las instancias sociales y educativas se vienen realizando esfuerzos positivos.

El derecho a la paz es fundamental, entendiéndolo como una dinámica permanente de vida en las relaciones entre las personas y los pueblos, en la construcción de los espacios de libertad.

El doctor Emilio Mignone fue fundamentalmente educador y defensor de los derechos humanos y concentró sus esfuerzos en esa dirección: en generar conciencias de hombres y mujeres para la paz.

MEMORIA, OLVIDO, RECONCILIACIÓN Y JUSTICIA EN EL CASO CHILENO

Manuel Antonio Garretón M.

¿Qué es la reconciliación?

En Chile, la palabra *reconciliación* fue aportada al debate político por la Iglesia Católica, durante la dictadura. Frente a ella, la clase política no supo muy bien qué hacer -aunque todos afirmaron su importancia crucial-, convirtiéndose más que nada en *slogan* usado en sentidos diferentes por cada cual. Recordemos que el gobierno militar afirmaba que él ya había reconciliado al país, por lo que no quedaba nada más que hacer en esta materia, puesto que los que no querían reconciliarse eran los marxistas. Posteriormente, los partidarios y herederos de la dictadura sostuvieron que para que haya reconciliación todos deben reconocer sus responsabilidades y culpas en el derrumbe democrático de 1973, decretando un empate entre víctimas y victimarios. Posiciones radicales de la oposición a la dictadura señalaban que no podía haber reconciliación con los verdugos y opresores. Durante el régimen democrático, desde el lado de las víctimas se señala que hay una diferencia fundamental entre *errores políticos* y *crímenes*; que los primeros han sido reconocidos por la mayoría de la clase política (con excepción de la derecha) y que los crímenes, en cambio, no han sido reconocidos, esclarecidos ni castigados debidamente: mientras no haya verdad y justicia, no puede haber reconciliación.

Cuando la Iglesia habla de *reconciliación* tiene presente un esquema y un lenguaje a veces abstracto. A veces usa un concepto de reconciliación que se acerca al concepto de amor -*reconciliarse* sería *amarse*-, lo que aparece como absurdo al trasla-

darse a la vida social. Otras veces el concepto pareciera remitir a la idea de *penitencia*: para reconciliarse habría que reconocer la culpa, hacer el propósito de no repetir el acto y reparar el daño causado. Ello parece acercarse más a lo que puede decirse de la reconciliación en el plano de las sociedades, siempre que se le secularice enteramente. Y esto significa más un marco institucional y simbólico que provee la justicia, que un lenguaje que apele a las puras subjetividades y emociones, terreno desde el cual es difícil avanzar en este campo, porque puede llevar a muchos a sentir que pierden su identidad.

El tema de la reconciliación en las sociedades, en términos secularizados, surge cuando se han producido grandes desgarramientos nacionales. En la historia, las reconciliaciones se logran implícitamente con el paso del tiempo o con un acto o momento preciso en que la gente decide que es mejor no matarse y coexistir, sin amarse, pero reconociéndose como miembros de una misma comunidad. En este sentido, la reconciliación consiste sólo en reconocerse como parte de un mismo espacio que el otro, en aceptar la existencia y el desarrollo del otro, es decir, en reconocer *adversarios* y no *enemigos* que hay que eliminar. La reconciliación es, así, un proceso de reconocimiento del campo de coexistencia, entendimiento, conflicto y lucha permitidos. Proceso significa algo nunca acabado. Campo legítimo de coexistencia, cooperación y conflicto, significa que para que haya reconciliación debe haber instituciones, reglas del juego que rigen para todos, sin las cuales las exigencias de intenciones y expresiones subjetivas, quedan en puros discursos.

En un plano nacional, después de grandes desgarramientos, la reconciliación apunta a un proceso de reconstituir la unidad nacional básica sin eliminar las luchas y conflictos. Esta unidad nacional supone la superación de tres grandes confrontaciones o divisiones, o el reconocimiento del otro en tres dimensiones. Una es la unidad y continuidad histórica, lo que significa reconciliarse con el pasado, con la historia y modos de vida de ese país. Esto implica ajustar cuentas con la historia, asumiendo el valor de toda etapa en la que haya habido intento de creación colectiva y de los sectores sociales que la encarnaron (monumentos a las víctimas, por ejemplo) y reconociendo

los momentos negativos de la historia, generando formas de sanción o castigo de orden práctico y simbólico (textos escolares, por ejemplo), que impidan recrear las condiciones de su repetición.

La segunda división a superar o la segunda dimensión de la unidad nacional básica o de la reconciliación, es la social, es decir la superación de la existencia de varios países en uno, donde algunos viven en un algún tipo de “apartheid” o “ghetto” social: nos referimos obviamente al problema de la extrema desigualdad socio-económica y cultural. En esta dimensión, es claro que la reconciliación es un proceso largo y no un momento preciso.

La tercera división a superar apunta a la dimensión política que dividió a la sociedad en amigos y enemigos. Este fraccionamiento de la sociedad tiende a ser más profundo que otros, en la medida en que aquí no hay grados, sino que tiende a ser total: se elimina al otro (exilio, detención, tortura, desaparición, etcétera) o se le niega. Esta exclusión o fragmentación nace de un proceso en el que hubo *vencedores* y *vencidos*.

En este trabajo nos ocuparemos de la reconciliación histórico-política, dejando de lado la cuestión de la reconciliación social, que merecería otro tipo de consideraciones y que en el caso de muchas sociedades –sobre todo de fuerte presencia étnica– puede ser considerada parte o efecto de la división histórico-política.

Tal como en las relaciones interpersonales, hay cuatro modelos básicos de reconciliación histórico-política en el plano de la sociedad global.

El primero es el que se produce sin que haya ningún gesto por parte de los involucrados, como por inercia, por el paso del tiempo, a mi juicio, el caso español post franquista: las razones y motivos del desgarramiento se van borrando (uno no se acuerda el por qué de la pelea), las rabias se atenúan y los reencuentros se producen sin resentimientos y casi inadvertidamente. No hay memoria del dolor y del odio. Con el tiempo, los seres involucrados han cambiado y ya no se definen en los

términos en que lo hacían cuando se produjo el desgarramiento o ruptura (“nosotros los de entonces, ya no somos los mismos”, Neruda; o “as time goes by”, Casablanca; o, en su versión más destructiva “y el paso del dolor ha de encontrarnos de rodillas en la vida, frente a frente y nada más”, Abriz).

En relación con la sociedad, este modelo de reconciliación –cuando el enfrentamiento o el desgarramiento han sido brutales– sólo funciona si hay un cambio generacional, es decir, cuando ha desaparecido la carga subjetiva individual. A veces más de una generación, porque se recuerda el sufrimiento de los padres o porque se construyen ideologías que se reproducen en los partidos u otros grupos y que mantienen el desgarramiento vivo. En términos estrictos aquí no hay reconciliación sino olvido.

El segundo modelo es el del “borrón y cuenta nueva”. En las relaciones interpersonales, la gente se reconcilia sin reconocer nada de lo que pasó; decide explícitamente no volver sobre causas, ni tampoco sobre quién fue el más dañado. Se hacen las paces y se continúa la relación como si nada hubiera pasado (“después de todo, mañana es otro día” o “lo que el viento se llevó”).

En el caso de las sociedades, a diferencia del modelo anterior, hay aquí un acto explícito de reconciliación: decidimos que no se hable más de esto, *yo te perdono tú me perdonas*, pero no aclaramos lo que pasó porque eso sería reconocer la verdad del otro que yo no estoy dispuesto a reconocer; aceptemos que cada uno hizo lo que hizo porque pensó que era lo mejor y le echamos tierra al asunto: amnistía para todos. La gran ventaja de este modelo es que no hay que dar cuenta de nada, aparentemente desaparecen los traumas porque no se habla de ellos y en el “todos somos chilenos o alemanes o argentinos” se reconoce una unidad básica sin que haya que conceder nada más; nadie tiene que arrepentirse: todos somos igualmente responsables porque o todos fuimos culpables o todos fuimos inocentes. Así, la sociedad puede seguir su marcha porque nadie le saca en cara nada a nadie; todos nos perdonamos porque todos fuimos o víctimas o verdugos. No hay así caza de brujas ni *Nurembergs* ni largas investigaciones o castigos que

reaviven rencores y mantengan heridas abiertas e inseguridades. Hay aquí una fundamental hipocresía e injusticia fundacional, que parece ejemplarizarse en el caso alemán, porque Nuremberg, única posible justicia pese a los errores de realización, les fue impuesto.

Porque el problema en este modelo del “apretón de manos” o del “gran perdono” o del “punto final”, en la ausencia del primer modelo (el paso del tiempo), es que, al igual que en las relaciones interpersonales, mientras no se aclara lo que pasó y no se hace un gesto al menos simbólico de castigo, o reconocimiento solicitando perdón y de reparación, el trauma, el rencor o el simple instinto de ser reconocido (en eso consiste la justicia) permanecen y estarán metiéndose en cada escondrijo de la relación “blanqueada”. El no reconocimiento “justo” del pasado consagrado colectivamente, la no *exorcización* de los traumas y recriminaciones, harán que en el fondo la sociedad siga dividida, con venganzas y rencillas grupales, desgarrada y herida, sin poder dar cuenta del pasado a las nuevas generaciones, porque del pasado “no se habla”: la sociedad pierde su historia y su unidad. O si no, el conjunto de la sociedad exorciza su pasado en una aventura colectiva (la conquista de otras, el milagro económico) que los enajena a todos y que una vez terminada vuelve a dejar las cosas en el punto cero de los mismos traumas y divisiones.

El tercer modelo es el de los arreglos y acomodaciones, combinando elementos de los anteriores, es decir, no es un modelo puro. Algún papel juega el tiempo, del que se dice que “es tan sabio”, otro tanto juegan algunos gestos simbólicos (algunos casos son contados en sus detalles y de otros no se habla por implícito acuerdo) o prácticos (castigos a personajes emblemáticos o chivos expiatorios). Se trata de que todos queden más o menos tranquilos o más o menos descontentos, pero lo peor ya pasó y al final “siempre nos arreglamos” (“este es el comienzo de una nueva amistad”, Casablanca).

El cuarto modelo es el modelo moral de reconocimiento, justicia o castigo y reparación, que es a la vez un proceso en el tiempo, pero que exige un acto o gesto concreto que desencadena dicho proceso. En el plano de las relaciones interpersonales,

este modelo se da cuando se “conversa” sobre lo pasado, se reconocen mutuas culpas y se le asigna al otro su significado real; eventualmente hay reparación, pero normalmente la reparación es de palabra, de reconocimiento del lazo que los unió; hay también una decisión, ya sea de restablecer una relación, ya sea de mantener la separación, pero “reconciliados”. Dada la carga afectiva, la reconciliación no es posible normalmente si no hay un tercero que interviene para facilitar el mutuo reconocimiento (el cura, el psiquiatra, el amigo, el padre o la madre en el caso de los hijos).

En el plano de las sociedades este modelo es sumamente complejo y por eso las sociedades lo asumen solo parcialmente, aunque es el único que puede permitir el sano desarrollo de ellas, sin que eso signifique que se acaben luchas y conflictos. En primer lugar, este modelo supone reconocimiento colectivo de lo que pasó: *que todos lo sepan*. Es lo que se llama la dimensión “verdad”. Pero esto tiene dos dificultades: por un lado, ¿quién dice lo que pasó cuando los involucrados dicen cosas distintas? De ahí la importancia de un tercero (la justicia, la iglesia, la opinión pública, etcétera) que le diga a la sociedad lo que pasó (es el caso de las Comisiones Verdad y Justicia, o Nunca Más, o Verdad y Reconciliación, por ejemplo). Por otro lado, al decir lo que pasó, se acusa a algunos; éstos no tienen por qué reconocer, pero la sociedad sí, en cuyo caso este acto de reconocimiento parte por un conflicto (por eso muchos prefieren el segundo modelo). En segundo lugar, junto al reconocimiento colectivo de lo que pasó, es necesario un acto que reconozca “el daño causado” y que busque repararlo. Pero la reparación no puede hacerse, a veces, sino simbólicamente (¿cómo se repara un acto de tortura, una desaparición o una muerte, el exilio o simplemente la destrucción de las condiciones de vida y proyectos personales y colectivos durante décadas?). En tercer lugar, que hubo un mal que nada puede explicar ni justificar, lleva necesariamente a expiarlo castigando a quienes lo cometieron. Pero el castigo personal no siempre es posible a todos los responsables y tampoco le resuelve a la sociedad el problema de las instituciones que cometieron el mal.

En todo caso, sin verdad, reparación y castigo, existe siempre la tentación de la revancha por parte de las víctimas y de la

repetición por parte de los victimarios, y además hay una sociedad que se miente, con lo que volvemos al segundo o tercer modelo. En este modelo ético hay actos o gestos de reconciliación de los involucrados directamente, pero lo básico es un acto de la sociedad, no de amor, ni siquiera de perdón, tampoco de olvido: hay sólo la verdad, la reparación práctica y simbólica y el castigo justo, o en su defecto el perdón que se otorga a quien reconoce públicamente el mal hecho y solicita dicho perdón a la sociedad. Todo ello sólo permite a todos vivir con el trauma sin que éste destruya a quien lo arrastra. Toda reconciliación es un drama y nunca es reconciliación para todos (“luchamos contra la injusticia no para terminar con ella, sino para que ella no termine con nosotros”, decía Vargas Llosa frente a Yad Vashem).

En síntesis, el concepto de reconciliación, en cuanto proviene de una raíz religiosa de la que no logra secularizarse con claridad, es un concepto equívoco para la descripción de fenómenos sociales. Por lo tanto, cuando hablamos de reconciliación, nos referimos simplemente al reconocimiento del otro y, mejor aún, al reconocimiento y aceptación de un mismo campo institucional de coexistencia, cooperación y conflicto. En este último caso, los enemigos se transforman en adversarios a través de confrontaciones que excluyen la eliminación del otro.

Así, la cuestión central en juego al hablar de reconciliación, es la creación de instituciones en las que las diversas personas, sectores o actores, se reconozcan como parte de una misma sociedad.

La Comisión Nacional Verdad y Reconciliación y sus efectos

Antes de entrar a analizar lo que podríamos llamar el *modelo chileno de reconciliación*, presentemos los antecedentes respecto de uno de sus hitos: la *Comisión Verdad y Reconciliación*.

Los esfuerzos del primer presidente elegido después de la dictadura militar por dar algunos pasos en lo que se llamó, por un lado, el “problema de los derechos humanos” (es decir, la verdad y la justicia sobre las violaciones de éstos bajo el

régimen de Pinochet) y, por otro, la “reconciliación entre los chilenos”, deben ser puestos en el contexto de una democratización incompleta, a la que nos referiremos en otra sección.

En el programa del primer gobierno de la Concertación se afirmaba la necesidad de verdad y justicia, especialmente referidas a los detenidos-desaparecidos, pero no se establecía ninguna estrategia clara al respecto. La inauguración democrática fue hecha simbólicamente bajo el signo de los desaparecidos, en un evento masivo en el Estadio Nacional, orientado a exorcizar el mismo lugar que fue utilizado para torturas y ejecuciones en los primeros meses del golpe militar de 1973. Pero, lo cierto es que la idea de una *Comisión de Verdad*, al estilo de la *Comisión Sabato* de Argentina, no estaba en el programa de la *Concertación de Partidos por la Democracia*, presidida por el Presidente Patricio Aylwin y fue anunciada por éste en abril de 1990, en medio de la primera crisis provocada por la cuestión de los derechos humanos y referida a la situación de los presos políticos de la dictadura que aún estaban encarcelados. El informe de La Comisión fue presentado en marzo de 1991 y el Presidente lo informó en un discurso televisado en el que pidió perdón al país a nombre del Estado.

Las principales características de la Comisión, denominada *Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (ésta última palabra sustituyendo la de “justicia”) o *Comisión Rettig* –por el nombre de su Presidente–, eran que ella se restringiría a los casos de eliminación física (ejecuciones o desapariciones por parte del Estado o secuestros y muertes por parte de individuos bajo pretexto político), no tendría ninguna jurisdicción sino que presentaría su informe al Presidente y no mencionaría nombres ni personas responsables de las violaciones de derechos humanos.

Estas características dan cuenta de las fortalezas y debilidades de la Comisión. Por un lado, fue un hito que indicó algún tipo de verdad oficial sobre las muertes perpetradas por la dictadura y una referencia obligada para todos los casos en el futuro: 2932 víctimas, 634 sin certeza, 2259 con certeza. De estas últimas, 2115 víctimas de violaciones de derechos humanos: 957 desaparecidos, 59 ejecutados por tribunales de guerra,

101 por “ley de fuga”, 93 en movilizaciones y 815 bajo tortura u otro tipo de ejecuciones. Por otro lado, la Comisión estaba limitada respecto de otras violaciones de derechos humanos que no hubieran tenido como resultado la muerte y, sobre todo, respecto de castigo y de justicia, en lo que no tenía ninguna atribución.

Como consecuencia del informe, se creó por ley la *Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación*, con el fin de continuar la certificación de nuevas evidencias de este tipo de crímenes, informar al Poder Judicial pero sin dar nombres de los responsables y proponer medidas de reparación para los familiares de las víctimas (pensiones, subsidios de salud, educación, exención del servicio militar (sic), etcétera). Para los otros tipos de violaciones a los derechos humanos no directamente relacionadas con el ámbito de la Comisión pero sobre la base de su diagnóstico, se crearon la *Oficina Nacional del Retorno* y comisiones y programas para quienes habían perdido su trabajo por razones políticas y de asistencia en salud para gente torturada u otro tipo de víctimas.

El informe fue denunciado y rechazado por los militares, la derecha y la Corte Suprema, con los calificativos de parcial, falta de ecuanimidad, falso o unilateral. Paradójicamente, algunos de estos sectores han usado el informe para proponer medidas que lleven a “cerrar la cuestión de los derechos humanos”. Los activistas de derechos humanos y las organizaciones de familiares de las víctimas ejecutadas o detenidas-desaparecidas, plantearon desde el inicio la enorme importancia del informe en materia de verdad, pero denunciaron sus restricciones en materia de justicia y reparación. Las encuestas de opinión pública muestran la absoluta credibilidad que se le otorga a la Comisión y la consideración mayoritaria de que se trata de una muy seria pero insuficiente contribución al problema de los derechos humanos.

Durante los años siguientes, nuevos casos fueron enviados por la Corporación al Poder Judicial, algunos juicios fueron cerrados aludiendo a la ley de amnistía u otras causas, pero otros fueron reabiertos o continuaron pendientes, debido a una nueva interpretación de la ley de amnistía que obligaba a

completar la investigación de los hechos, antes de sobrepasar definitivamente los casos. En 1998 había 600 casos temporalmente cerrados y 200 casos abiertos y en proceso. Permanentemente, ya sea porque aparecen nuevos cuerpos, ya sea porque los militares muestran públicamente su inquietud por los casos pendientes y piden su cierre, ya sea por nuevas y permanentes demandas judiciales por parte de familiares de las víctimas y abogados de derechos humanos o por sucesos como el juicio y condena a los asesinos de Orlando Letelier y, sobre todo, la detención de Pinochet en Londres, el tema de los derechos humanos re-emerge –como veremos más adelante– y surgen nuevas iniciativas extra judiciales para “resolverlo” o “cerrarlo”, la última de las cuales fue la *Mesa de Diálogo* en 1998, que hizo abundante uso del *Informe Rettig* a la que nos referiremos en otra sección. Hasta el fin de la década, ocho proyectos de ley habían fracasado, por no existir el acuerdo de la derecha o por la ausencia de consenso en el campo de las víctimas y activistas de derechos humanos.

Con la detención de Pinochet se activaron juicios contra altos mandos militares responsables de violaciones, culminando ello con el desafuero de Pinochet por la Corte Suprema, a mediados del 2000. Recordemos que cuando Pinochet fue detenido en Londres, el arzobispo de Santiago dijo como primera reacción “Estas cosas pasan porque no hemos hecho justicia en Chile”.

¿Hay un modelo chileno de reconciliación?

En Chile, el tema de la reconciliación se planteó en el contexto del paso de un régimen militar a uno democrático, lo que se ha llamado democratización o transición política. Nuestro punto de partida aquí es una definición acotada de la transición democrática, que no agota todo el tema de la democratización política –y menos de la democratización social–, como el proceso central de paso de una dictadura a un conjunto básico de instituciones democráticas, que cristaliza en la elección de las primeras autoridades democráticas.

En este sentido, podemos identificar los tres hitos principales de la reconciliación en Chile.

- En primer lugar, el plebiscito de 1988 que desencadena el término de la dictadura y la inauguración del primer gobierno democrático en marzo de 1990, luego de las elecciones de diciembre de 1989.
- En segundo lugar, las demandas e iniciativas de verdad y justicia que van desde la Comisión Rettig sobre Verdad y Reconciliación (a la que nos hemos referido), el juicio y condena a los cabecillas de la DINA, a la reinterpretación de la ley de amnistía por el Poder Judicial, que ha llevado no sólo a buscar la verdad sino a abrir procesos en los casos más emblemáticos de crímenes y violaciones cometidas desde el Estado y sus aparatos armados.
- En tercer lugar, el desencadenamiento de los procesos a Pinochet a raíz de su detención en Londres en 1998 y el posterior desafuero del ex-dictador por parte de la Corte Suprema, y la Mesa de Diálogo, convocada por el Ministro de Defensa del gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, y en la que participan militares, gobierno, académicos, abogados de las víctimas y que culmina parcialmente con acuerdos que implicaron un reconocimiento implícito de la responsabilidad de las fuerzas armadas en los crímenes cometidos.

Lo que se abrió en Chile en marzo de 1990 no fue un proceso de consolidación de un régimen democrático pleno, después de una transición hecha en condiciones en las cuales el dictador seguía siendo jefe de Estado, para pasar luego a ser comandante en jefe del Ejército por seis años y luego senador vitalicio, sino que se trataba de una democracia incompleta por la existencia de lo que desde hace años he llamado los *enclaves autoritarios*, concepto que hoy constituye un lenguaje corriente. Por lo tanto, estábamos frente a tres procesos simultáneos: uno, completar las tareas pendientes de la transición, superando tales enclaves. El segundo, asegurar la consolidación de esa democracia, entre otras cosas, evitando alguna regresión autoritaria. El tercero, profundizar la democracia, haciéndola relevante y reformulando las relaciones entre Estado y sociedad. Los tres procesos, como veremos, son autónomos aunque estén interrelacionados.

¿Qué son los *enclaves autoritarios*? No se trata de cualquier problema heredado del régimen militar, sino de aquellos elementos que pertenecen por definición a dicho régimen y que perduran en el régimen democrático que le sucede, impidiendo que éste se transforme en democracia política completa. Se trata de alteraciones a la vida democrática o a la expresión de la soberanía popular, que son heredadas del régimen anterior y que continúan existiendo pese a haber terminado el grueso de la transición. En otras palabras, son problemas o tareas pendientes de la transición, que deben ser enfrentados bajo el régimen post-autoritario y que limitan el carácter plenamente democrático de éste.

Tres son los tipos de enclaves autoritarios en el caso chileno. En primer lugar, el institucional, es decir, los elementos normativos, constitucionales y legislativos que impiden o limitan tanto el ejercicio de la voluntad popular, el principio de representación y el gobierno efectivo de las mayorías, como la subordinación plena de las fuerzas armadas al poder político, por nombrar algunos aspectos. En segundo lugar, el enclave ético-simbólico, que consiste en los efectos en la sociedad de las violaciones de los derechos humanos bajo el régimen militar. En tercer lugar, el enclave *actoral*, es decir la existencia de personas y grupos que se constituyen en actores sociales que, más que definirse en términos del presente y del futuro democrático, buscan proyectar y adecuar a las circunstancias del régimen democrático, los principios y orientaciones que conforman lo que llaman la “obra” y la institucionalidad heredadas del régimen militar. En el caso chileno este enclave está constituido por cierto núcleo militar y por sectores civiles de la derecha política, que tienden a actuar como sus representantes políticos. Es lo que en términos precisos y con intenciones puramente descriptivas se ha denominado el “pinchetismo”. Es evidente que tanto el enclave ético-simbólico, como la presencia de actores autoritarios, tienen también un componente institucional como, por citar dos ejemplos, la ley de amnistía y las dificultades del Poder Judicial para hacer justicia en el primer caso, y la inamovilidad de los comandantes en jefe, en el segundo.

En la experiencia chilena, los enclaves no se trataron en conjunto, sino que fueron abordados separadamente y sólo en

algunas iniciativas legales tardías y fracasadas se intentó compensar este déficit.

¿Por qué en el primer período democrático no se enfrentaron tempranamente y con una estrategia global los enclaves autoritarios, impulsando un acuerdo nacional, y por qué se dio por terminada la transición sin que mediara ningún cambio institucional, con lo que tanto *reconciliación* como *transición* quedaron a medio camino?

Al menos puede decirse que hay aquí una responsabilidad del conjunto de la clase política y de los sectores dirigentes del país. Por un lado, algunos, principalmente en el gobierno de Patricio Aylwin, fueron guiados por un mal cálculo político, pensando que enfrentar el conjunto de los enclaves implicaría el riesgo de la regresión autoritaria, lo que era enteramente inviable aunque fuera deseado o intentado por un sector militar con apoyo civil muy minoritario. Por otro lado, primó un cierto “chantaje” o presión por parte del núcleo militar autoritario y de quienes buscaban actuar como sus representantes políticos. En diversas ocasiones, a lo largo de los años, se intentaron soluciones parciales a cada uno de los enclaves, pero ya se había perdido el momento de legitimidad inaugural o fundacional. La coyuntura del llamado “boinazo” (presiones militares con salida a la calle uniformados de forma especial) en mayo de 1993, el fracaso de las diversas reformas constitucionales y de los proyectos de ley sobre los procesos a las violaciones de derechos humanos, el rechazo de los sectores militares y de derecha al informe de la Comisión Rettig, todo ello testimonia que la transición y la reconciliación no fueron completadas bajo el primer gobierno democrático y quedaron nuevamente como tareas pendientes para el segundo.

Sería falso sostener que ningún avance se hizo en esta materia. Por el contrario, en materia de verdad y de reparación en el ámbito del enclave ético-simbólico, por ejemplo, el informe de la Comisión Rettig (a la que nos hemos referido ya) y en materia de aislamiento político de los núcleos autoritarios duros, se logró un avance nada despreciable. No así en el enclave institucional y en la dimensión institucional de los derechos humanos y de las relaciones cívico militares.

En el gobierno de Eduardo Frei, la insensibilidad respecto del tema de los derechos humanos fue manifiesta, pese a una interesante iniciativa de tres proyectos de ley sobre reconciliación y democracia presentada, más bien reactivamente, en agosto de 1995. Dichos proyectos de ley (juicios sobre derechos humanos y problema de detenidos-desaparecidos, reformas constitucionales y reforma a la ley orgánica constitucional de las fuerzas armadas) se referían a los tres enclaves autoritarios y apuntaban en la dirección adecuada de enfrentarlos en conjunto. Pese a las reacciones contrarias de las fuerzas armadas y a la ambigüedad de sectores políticos de oposición y de otras instituciones, esta proposición tuvo efectos positivos al permitir perfilar un sector de derecha democrático en tensión con la fracción más autoritaria y al llevar a una aceptación generalizada del *Informe Rettig*. Igualmente positiva fue la posibilidad teórica de eliminar del servicio activo en el Ejército a quienes participaron en las violaciones de derechos humanos.

Sin embargo, el carácter tardío de esta propuesta global, no le permitió convertirse en un paso definitivo para completar la transición y asegurar la reconciliación en el sentido aquí propuesto. Aunque la propuesta habría podido ser en términos generales un avance, en cada una de sus dimensiones era claramente insuficiente, debido a las concesiones que se hacían para incorporar al acuerdo a sectores de derecha y militares, lo que tampoco se logró. Así y sólo como ilustración parcial en relación con el tema de derechos humanos, si bien se progresaba respecto de la situación en ese momento, se consagraba la impunidad a partir de determinado plazo. En relación con el enclave institucional y con el papel del actor militar, se mantenía el carácter de garante de éstos de la institucionalidad y de la inamovilidad de los comandantes en jefe, con lo que no se aseguraba ni su carácter no deliberante ni su subordinación al poder político. Las observaciones del Ejecutivo para mejorar las posibilidades de acuerdo con la derecha sobre el tema, significaron un retroceso sustantivo que dejaba sin resolver el problema mismo y, al no recuperar la globalidad de la propuesta inicial en las otras materias, postergaba indefinidamente completar la transición y ser un paso efectivo de reconciliación. Todo ello llevó al fracaso de la iniciativa.

De ahí la paradoja que hemos indicado en otros trabajos: no se completó el proceso de transición y reconciliación, pero se consolidó el régimen post-autoritario. Sólo que lo que se consolidó fue un régimen de democracia imperfecta y de mediocre calidad. Entre otras cosas, ello se expresa en la permanente irrupción de los problemas no resueltos de la transición en toda la vida social y política del país, impidiendo enfrentar las nuevas tareas de modernización y democratización social, en la capacidad de deliberación e intervención político militar cada vez que se sientan afectados, con lo que su subordinación al poder político es más aparente y formal que real, en el poder de veto de una minoría política conformada por sectores de derecha, más preocupados de ser portavoces de los militares que de apostar a su papel de alternativa democrática.

Pero más allá de las políticas de gobierno y luego de la Comisión Rettig, a veces relacionadas con ella y a veces en forma independiente, se sucedieron diversas situaciones que significaron un avance sustantivo en materia de derechos humanos y reconciliación, promovidas en parte por las agrupaciones de familiares de víctimas, abogados de derechos humanos, organismos y personalidades internacionales o, incluso, elementos del Poder Judicial. Entre ellas, y por nombrar sólo algunas, el enjuiciamiento y encarcelamiento de los principales inculcados en el asesinato en Washington D.C. en 1976 del ex-Canciller del gobierno de la Unidad Popular; los juicios y sentencias sobre crímenes masivos cometidos en diversos momentos de la dictadura, entre los cuales dos de los más significativos son el juicio a la *Caravana de la Muerte* a comienzos del gobierno militar que implica al mismo Pinochet y el juicio en Argentina por el asesinato del ex-Comandante en Jefe del Ejército general Carlos Prats, en el cual también están implicados los altos mandos militares de los organismos de seguridad y el propio Pinochet.

Pero sin duda el avance más sustantivo ocurrió con la detención de Pinochet en Londres en 1998. El gobierno de Chile actuó en esta materia totalmente presionado por los militares y la derecha, de espaldas a la opinión pública e incapaz de formular una política basada en la ética, la viabilidad política y la demanda del país. Por ello fue también errático dentro de

una línea que significó, lo quisiera o no, identificarse con la suerte de Pinochet. En otra parte hemos analizado esta cuestión por lo que no volveremos sobre ella. Pero hay que reconocer que desde ese momento, las cosas en materia de derechos humanos y reconciliación dieron un giro copernicano, basado en la percepción de que un principio estructurador de la sociedad chilena desde 1973 había sido derrumbado: la impunidad. Es decir, era posible pensar en justicia. Igualmente positivo fue entonces el resultado –hacia mediados del 2000– de la decisión de los tribunales de justicia de desaforar a Pinochet por considerar los cargos contra él como delitos y crímenes y por existir fundadas sospechas sobre su participación en los hechos, lo mismo que el país reclamaba desde hacía más de veinticinco años.

Como respuesta a la crisis generada en el gobierno de Frei debido a su actuación en la detención de Pinochet en Londres, que lo enfrentó a la vez a los militares y al mundo de los derechos humanos, el Ministro de Defensa de ese momento propuso la instalación de una *Mesa de Diálogo* para resolver “el problema pendiente de los derechos humanos”. Cualesquiera fueran las intenciones de esa Mesa de Diálogo, tanto de quienes la convocaron como de las fuerzas armadas que participaron en ella –y es obvio que la intencionalidad oculta principal era buscar una salida que permitiera resolver “el caso Pinochet”–, lo cierto es que la presencia de los abogados de derechos humanos, llevó a un acuerdo final que consagraba la responsabilidad de las fuerzas armadas de entregar, en un plazo de seis meses, información de los detenidos-desaparecidos, para después pasar los casos al Poder Judicial. En la parte declarativa sobre “la verdad histórica” quedaba implícitamente reconocida la responsabilidad de las fuerzas armadas en los crímenes y violaciones cometidos.

Las cuestiones pendientes y los problemas no resueltos

Quedan así pendientes tres grandes cuestiones en materia de reconciliación. La primera es la verdad completa, con la información y paradero de los detenidos-desaparecidos. La segunda es la justicia, reparación y castigo de todos los crímenes y violaciones cometidos. Este castigo sólo podría eventual-

mente ser reemplazado por el reconocimiento y solicitud de perdón público, institucional y personal, de los involucrados en los crímenes. La tercera cuestión, estrictamente vinculada con el punto anterior, se refiere a una dimensión simbólica que tiene que ver tanto con la calidad de la democracia y de la convivencia futuras, como con lo que se denomina la reconciliación, a lo que nos referiremos más adelante.

Por el momento, señalemos algunos de estos problemas de futuro no enfrentados hasta ahora debido a la persistencia de los enclaves autoritarios. El primero de ellos es la ausencia de una política de defensa y de relaciones cívico-militares sanas. El segundo es que a medida que este país crece económicamente, aumentan sus desigualdades, lo que plantea un desafío a la unidad nacional. En tercer lugar, a diferencia del pasado, este país sufre de un congelamiento político, institucional y cultural en relación con la dinámica desatada por la globalización económica, que lo hace incapaz de insertarse creativamente y como conjunto –más allá de algunos sectores exitosos– en el nuevo ordenamiento mundial: desaparece así el sentido de comunidad política nacional.

Todos saben que hoy día el tema de la defensa en un país como Chile pasa cada vez menos por la pura dimensión militar de la integridad territorial y cada vez más por la forma de insertarse en el mundo preservando el medio ambiente y las identidades culturales. Las instituciones de defensa nacional dejan de identificarse exclusivamente con las instituciones militares, y deben ser reconvertidas. Y ello no puede abordarse maduramente mientras estén presentes las cuestiones de derechos humanos y de institucionalidad militar, arrastradas del pasado reciente.

No hay posibilidad, tampoco, de discutir y replantear el modelo distributivo ni un nuevo sistema político-institucional, si la referencia a los traumas del pasado es permanente y si se concibe la actual institucionalidad como una barrera insalvable para mantener los privilegios conquistados bajo el régimen militar.

Las nuevas relaciones cívico-militares en las que se redefina una política de defensa nacional, la superación de las desigual-

dades y de la inadecuación de las estructuras político-institucionales en todos los campos de la vida social, no podrán, entonces, enfrentarse sanamente y abordarse plenamente sin la superación de los enclaves autoritarios. En tanto éstos se mantengan, se producirá gradualmente una crisis de legitimidad de la política y de la democracia. A la larga, ello puede crear condiciones para regresiones autoritarias.

Nos hemos referido principalmente a los aspectos político-institucionales de la transición y profundización democrática. Pero hemos indicado que hay pendiente una dimensión simbólica que tiene que ver tanto con la calidad de la democracia y la convivencia futuras, como con lo que denominamos al inicio la *reconciliación histórica*.

No hay ningún actor social y político, excepto los militares y quienes actúan como sus representantes políticos, que actuaría de la misma manera que lo hizo cuando se desencadenaron la crisis y el derrumbe de la democracia en 1973. Nadie, ni quienes conformaron la Unidad Popular, ni la Democracia Cristiana, ni los actores sociales o las instituciones culturales o espirituales. Todos ellos han hecho uno o múltiples actos efectivos de reconocimiento de errores del pasado, sin renunciar a su identidad. No es el caso de quienes salieron triunfantes de una experiencia trágica que ellos mismos califican como “gesta gloriosa” y que son los responsables principales de las violaciones de derechos humanos. Interpretar la historia pasada –en este caso el golpe y el régimen militares– como un acto de liberación, los lleva a intentar proyectar ese acto en las actuales instituciones como se pueda y a no reconocer, no errores, sino crímenes como los que perpetraron. Convertido esto en doctrina oficial de un ejército victorioso y exitoso, será un obstáculo permanente a toda reconciliación, un símbolo de impunidad y un instrumento de deliberación e intervención en política. No habrá, mientras esta visión se mantenga, posibilidad de superación de enclaves autoritarios. A lo más habrá soluciones parciales que expresan sobre todo la presión militar y de sus representantes políticos.

Hay que reconocer que es muy difícil que pueda producirse un cambio en esta materia mientras permanezca en sus puestos

la generación de oficiales o de sus familiares, comprometida directa o indirectamente con el régimen militar y con las violaciones de derechos humanos. Su reemplazo aparece como una necesidad urgente: lo cultural-simbólico exige nuevamente una solución institucional, pues no es cuestión solamente de subjetividades personales. Por más iniciativas que se tomen y aunque ellas mejoren la situación actual, no se completará la transición ni se avanzará sustantivamente en la reconciliación, si no se abandona la ideología de un ejército victorioso en un golpe y un régimen militar, reemplazándola por la simple doctrina constitucional de un ejército que se subordina al poder político.

Pero cabe aquí reconocer cierta transformación ocurrida en los últimos dos años, especialmente como secuela de la detención de Pinochet en Londres, su desafuero en Chile, los juicios en curso contra él y otros responsables de crímenes y violaciones a los derechos humanos ocurridos bajo la dictadura e iniciativas como la Mesa de Diálogo. En efecto, se está más cerca, cuando haya una completa renovación general, de que las fuerzas armadas retomen su identidad histórica estableciendo su distancia con el régimen militar y sus crímenes. Ello es menos pensable en el caso de la derecha política, cuya identidad básica se constituyó bajo la dictadura y siente que cualquier reconocimiento podría significar su auto-destrucción.

En síntesis, mientras se mantenga el enorme desfase entre el juicio ético de la opinión pública sobre la necesidad de verdad y castigo en materia de derechos humanos y de asegurar una institucionalidad democrática eliminando los privilegios y prerrogativas de los militares, por un lado, y la auto percepción de éstos y su aspiración de impunidad, que los lleva, por otro lado, a presiones e intervenciones permanentes sobre las autoridades políticas, no sólo mantendremos una transición y una democracia incompletas, sino que el tema de la reconciliación quedará confinado a un *slogan* más.

Completar la transición, superar los enclaves autoritarios, avanzar en la reconciliación, son condiciones necesarias de la profundización de una democracia de mayor calidad, relevancia

y legitimidad. En tanto tales condiciones no se cumplan, estaremos frente a permanentes intervenciones indebidas de los militares en política y ciertos sectores civiles de derecha continuarán jugando el rol de representantes políticos de éstos, desvirtuando su propio papel como actores políticos democráticos. Sobre todo, el país no podrá enfrentar las tareas de futuro, que estarán siempre atravesadas por los problemas pendientes del pasado, desgarrando a todo actor que participe en ellas.

III

COMISIONES DE LA VERDAD

No concluye sin embargo con los juicios penales la función de las organizaciones de derechos humanos con respecto al pasado. Existe otra tarea igualmente importante que no concluirá nunca y es la construcción y la consolidación de la memoria social.

E. Mignone

LAS COMISIONES DE LA VERDAD. INTRODUCCIÓN

Patricia Valdéz

En marzo de 2001 la sociedad argentina conmemoró el XXV aniversario del último golpe de Estado que inició la dictadura militar más cruel que conoció el país. La consigna contundente repetida en los actos de recuerdo fue: “Terrorismo de Estado: Nunca Más”, derivación del significativo título del Informe de la CONADEP¹, creada para conocer lo ocurrido con los detenidos-desaparecidos. En el mismo mes y cuando ha transcurrido una década, Chile recordó la labor de la *Comisión Verdad y Reconciliación* que investigó los crímenes cometidos durante la dictadura de Pinochet.

En los años siguientes se sucedieron comisiones con mandatos similares en El Salvador, Haití, Guatemala y Sudáfrica, para mencionar sólo las más relevantes para nuestra región. Estas comisiones, cuyo mandato es investigar sucesos específicos ocurridos durante graves conflictos internos en los países, se crean en momentos históricos de recuperación del Estado de derecho, con el advenimiento de un régimen democrático o al producirse intervenciones internacionales que tienen como misión apoyar procesos de paz y establecer premisas básicas para la convivencia. Su creación tiene el objetivo de investigar los hechos, conocer las causas que los motivaron y establecer las responsabilidades de los diversos sectores involucrados.

Numerosos estudios han abordado los problemas conceptuales que la existencia de estas comisiones plantean y se han

¹ Comisión Nacional para la Desaparición de Personas (CONADEP), creada por Decreto Presidencial en 1983. Publicó el informe titulado “Nunca Más”.

publicado investigaciones comparativas sobre sus formas de organización, las estrategias de acción que utilizaron y los resultados obtenidos. Los ejes centrales del debate planteado se orientan a evaluar:

- El rol cumplido por las comisiones como uno de los instrumentos que pueden utilizar los Estados para cumplir su obligación de investigar, perseguir y castigar a los autores de violaciones a los derechos humanos y dar respuesta a la verdad requerida por las víctimas.
- La relación entre estas comisiones especiales de investigación o reconocimiento de la verdad y la aplicación de justicia para los autores de los crímenes, por parte de tribunales ordinarios.
- Los procedimientos utilizados por las comisiones para realizar sus investigaciones, su carácter no jurisdiccional y la coherencia o distancia de estos procedimientos con las normas del debido proceso.
- Las medidas que estas comisiones son capaces de impulsar o desencadenar a través de las recomendaciones que formulan para las instituciones del Estado (medidas de reparación de las víctimas a nivel individual o social; de depuración de las fuerzas armadas y de seguridad; de modificaciones en el funcionamiento de instituciones políticas, etcétera) y para otros sectores significativos de la vida nacional en el país respectivo (partidos políticos, organizaciones de la sociedad civil, entre otros).
- El nivel de contribución de estas comisiones a los procesos de democratización inmediatamente posteriores a los regímenes que violaron los derechos humanos.

La distancia temporal de los hechos que les dieron origen, la empecinada permanencia del tema –*cómo rendir cuentas sobre los crímenes del pasado*– en algunos contextos nacionales y la apertura de nuevos espacios sociales que permiten pasar del recuerdo o la memoria individual y privada al conocimiento y al reconocimiento colectivo de lo ocurrido, convocan a conti-

nuar el análisis pero exigen situarse en una perspectiva más abarcadora:

Entender a las comisiones de la verdad como *una* de las medidas de una política pública más amplia destinada a resolver el tema de los crímenes del pasado, que coloca a los derechos humanos como un elemento de contribución vital en el *proceso de democratización* de los regímenes precedidos por dictaduras, por gobiernos autoritarios o surgidos luego de acuerdos de paz que ponen fin a conflictos armados.

Si consideramos que las comisiones que resultan más relevantes para América Latina se iniciaron en 1983 y que hoy la región atraviesa una crisis política significativa, resulta imperioso incluir en el análisis el vínculo posible entre el aporte de estas comisiones y el devenir de las democracias en los respectivos países. Para lograr lo anterior, resulta indispensable avanzar desde una descripción comparativa de las características de las mismas, hacia la consideración de los procesos sociales y políticos en que las comisiones se desarrollaron, los hechos que generaron y los procesos colectivos que contribuyeron a desencadenar.

Para acercarnos a esta perspectiva, es necesario evaluar:

- La sucesión temporal de comisiones de la verdad en muchos países de América Latina indudablemente tiene que ver con la reiteración –a partir de los años setenta– de regímenes autoritarios y dictatoriales. De la misma manera que estos últimos encontraron razón de ser en el contexto de la guerra fría, las comisiones de la verdad han sido posibles en un mundo unipolar. Esto es, cuando la historia demostró que los regímenes opresivos combatieron no al enemigo extra-continental, sino a sus propios ciudadanos, convirtiéndose en agresores de la sociedad a la que decían defender en términos nunca antes conocidos.
- El efecto producido por estos hechos en un grueso sector de ciudadanos de distintas ideologías y posición social, que horrorizados por lo que fueron capaces de hacer las dictaduras, revalorizaron la democracia y la libertad y vencieron

suspicias para afirmar como condición ineludible de la convivencia social, la vigencia irrestricta de los derechos humanos.

- Su contribución al establecimiento de la “verdad” en cuanto tal, punto de partida del reconocimiento social y público de lo ocurrido por parte de la población. La verdad que estas comisiones difunden, forma parte de la experiencia crítica de los habitantes que ven así confirmado lo que ellos ya conocían y que siempre les fue puesto en duda.
- La forma en que fueron asumidos los hallazgos de estas comisiones por parte de las autoridades democráticas que las impulsaron y por parte de aquéllas que las sucedieron en el ejercicio del poder democrático.
- El lugar social y político ocupado por los autores de los crímenes al momento de la transición y las modificaciones que se operaron o no con posterioridad a la aplicación de estas medidas de “política pública de derechos humanos en relación al pasado”.
- Su eficacia para modificar situaciones de impunidad y superar procedimientos arraigados en las principales instituciones involucradas en la comisión de los hechos criminales que fueron objeto de la investigación.
- El papel jugado por las comisiones para la actuación posterior de los tribunales nacionales e internacionales.
- Su contribución a la satisfacción del derecho a la verdad por parte de las víctimas.
- Su contribución a la reconciliación nacional, entendida como reconciliación con el propio pasado y con la comunidad de pertenencia y los beneficios que este proceso colectivo puede tener en términos de alivio o “curación” de heridas en el nivel individual, comunitario y social.
- Los efectos “pedagógicos” de las comisiones sobre la sociedad civil, es decir, su capacidad de contribuir a la modifica-

ción de percepciones sociales sobre la eficacia de las instituciones estatales para alcanzar verdad y justicia, que pueden redundar en aprecio o escepticismo por parte de la ciudadanía hacia la institucionalidad democrática.

- El papel jugado por estas medidas de política pública de derechos humanos para el avance de los desarrollos jurídicos internacionales relacionados con la materia.

La importancia que los hechos del pasado están teniendo en el desarrollo de los regímenes políticos latinoamericanos, constituye un desafío para los analistas de las transiciones democráticas.

Al describir los modos en que los países afrontaron su pasado violento, es clave intentar responder a la siguiente pregunta: *¿Cuál es el momento en el que las democracias ponen en riesgo su estabilidad, cuando castigan o cuando perdonan a quienes violaron los derechos humanos?*².

Es común que los líderes políticos o los funcionarios de gobierno anuncien –en la transición– escenarios potencialmente desestabilizadores para el nuevo régimen democrático si se avanza en la búsqueda de la verdad y posteriormente actúa la justicia. Promueven en cambio medidas de “olvido”, de “cierre” de la etapa del pasado doloroso para dar paso a un período de convivencia y “reconciliación”, arrogándose la representación de las víctimas de los hechos que se pretende investigar, cancelando las posibilidades de actuación de las instituciones democráticas en aras de la “pacificación” y la “reconciliación”.

Es central que gobierno y ciudadanos sean conscientes de las dificultades inherentes al período transicional. Pero es igualmente importante que los riesgos a la gobernabilidad se ubiquen más en las instituciones que mantienen comportamientos y procedimientos autoritarios y poco transparentes propios del régimen político previo, que en el funcionamiento ajustado a las normas del Estado de derecho de comisiones de investigación o de los tribunales ordinarios.

2 Acuña, Carlos. “Transitional Justice in Argentina and Chile: A never ending story?”. *Mellon Seminar on Transitional Justice*. Columbia University, December 1998.

Saltar etapas, buscar atajos en el camino de la verdad y la justicia con el argumento de sostener la gobernabilidad, erosiona las posibilidades de fortalecer a la propia democracia que se pretende proteger. Es el debate político público y la dinámica de relaciones entablada entre grupos, organizaciones y líderes sociales y políticos lo que produce aprendizajes democráticos, madurez en las instituciones y protagonismo de los ciudadanos.

El funcionamiento de comisiones de la verdad que, dotadas de prerrogativas especiales, pueden acceder a fuentes de variada naturaleza, solicitar información a testigos, recibir testimonios de civiles y militares, investigar en el país y en el extranjero para buscar y establecer el patrón sistemático que animó la operación del régimen represivo, puede desencadenar un proceso colectivo de reconocimiento de lo ocurrido y de propuestas hacia el futuro.

Una manera de medir la eficacia de las comisiones organizadas en los diversos países, es estimar su contribución a la democratización de las sociedades en las que actuaron: espacios nuevos de debate, pluralidad de visiones para construir una “historia común” en la que los ciudadanos pueden reconocerse y la anulación de la perspectiva de eliminación del opositor como una forma de acción política.

En el presente se trata de pensar si es posible identificar con un grado mayor de precisión cuáles y cuán profundas son las huellas que las dictaduras y los autoritarismos dejaron en los ordenamientos sociales, políticos y económicos de nuestros países. Y ubicar en ese contexto los aportes de las comisiones de la verdad, que pueden ser múltiples: demuestran que es posible encontrar responsables; contribuyen al restablecimiento de la confianza social; su acción es preventiva de repeticiones, porque –entre otras cosas– demuestran que la impunidad no es inexorable y, finalmente, puede dar sustento y fortalecer a la acción judicial ordinaria, a la que no reemplaza.

LAS COMISIONES DE LA VERDAD

Rodolfo Mattarollo

I. Definición y objetivos fundamentales: investigación de la verdad y preservación de pruebas

Las Comisiones de la Verdad de las que se tratará aquí son organismos públicos de carácter no jurisdiccional. Su función principal es la investigación –generalmente referida a un período pasado y a lo ocurrido en un solo país– de graves abusos cometidos contra la dignidad humana. Esos abusos pueden constituir violaciones graves de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional. Junto con la investigación, las Comisiones de la Verdad tienen como objetivo primordial la preservación de la prueba de tales hechos.

Las Comisiones son organismos públicos

Cuando se dice que las Comisiones son *órganos públicos*, se excluye a las organizaciones no gubernamentales (ONG). Sin embargo, las investigaciones de éstas últimas pueden constituir un valioso antecedente para las Comisiones de la Verdad y facilitar considerablemente su trabajo¹. Por otra parte, destacadas personalidades de la sociedad civil, incluidos miembros de las ONG de derechos humanos, pueden ser designados miembros titulares de la Comisión o integrar su personal.

¹ Chile y Argentina son un buen ejemplo de ello. En este último país, sin la labor de las organizaciones de derechos humanos realizada en condiciones límite bajo la dictadura militar instaurada en 1976, el informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) no hubiera sido posible. Una mención particular debe hacerse aquí a la labor del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y a su Presidente y fundador Emilio Fermín Mignone, quien había logrado identificar 340 centros clandestinos de detención con anterioridad al restablecimiento del gobierno constitucional.

La gran variedad de situaciones en las cuales ha existido una Comisión de la Verdad invita a matizar las definiciones tajantes. Así es como la Comisión Internacional de Investigación de las Violaciones de Derechos Humanos en Rwanda (International Commission of Investigation on Human Rights Violations in Rwanda), que tuvo un cierto grado de reconocimiento oficial, no fue nombrada por los poderes públicos y estuvo integrada exclusivamente por miembros de ONG internacionales.

Las Comisiones son organismos no jurisdiccionales

Las Comisiones son órganos no jurisdiccionales, vale decir, no ejercen funciones propias del Poder Judicial. Tampoco desempeñan las funciones que corresponden al ministerio público. En efecto, no corresponde a una Comisión de la Verdad el establecimiento de la responsabilidad jurídica individual de los autores, cómplices y encubridores de los hechos investigados, ni la acusación de los procesados ante los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, las Comisiones de la Verdad deben respetar ciertas normas básicas del debido proceso legal en sus investigaciones.

Sin que esto altere el carácter no jurisdiccional de las Comisiones de la Verdad, en los casos de El Salvador y Sudáfrica los resultados de la investigación de esos organismos podía originar consecuencias jurídicas inmediatas para los individuos, en lo que se refiere a la amnistía de las conductas investigadas.

Por cierto las Comisiones deberían remitir a la justicia el resultado de sus investigaciones, con el carácter de denuncia, incluso en los países en los que se ha adoptado una amnistía que puede intentar cerrar el camino a los procesos penales en el derecho interno².

2 La amnistía no puede cubrir las violaciones de los derechos humanos constitutivas de crímenes de derecho internacional –como los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Por lo tanto, las Comisiones de la Verdad deberían remitir siempre las denuncias a la justicia, a la que corresponde determinar si los hechos caen o no dentro de los límites de la amnistía.

Si bien la denominación o el mandato de algunas Comisiones hizo también referencia a infracciones penales del derecho interno o del derecho internacional, esto no altera su carácter no jurisdiccional.

Una particularidad se presenta en Etiopía, donde se ha confiado al mismo organismo –The Chief Special Prosecutor’s Office– la tarea de elaborar el “registro histórico” (“historical record”) y de formular las acusaciones por genocidio, crímenes de guerra y otras graves infracciones penales, contra miembros de la dictadura militar de Mengistu Haile Mariam. Sin embargo, el fiscal especial Ato Girma Wakjira ha manifestado su comprensión de la distinta naturaleza jurídica de ambas tareas.

Generalmente las Comisiones investigan el pasado

En general, el período de referencia de las Comisiones de la Verdad se sitúa en el pasado. Sin embargo, las Comisiones de Filipinas y Rwanda investigaron violaciones cometidas hasta la creación de la Comisión y durante su funcionamiento.

Por otra parte es importante conceder más atención a la relación entre una *misión de derechos humanos* establecida por organizaciones intergubernamentales –que “monitorea” el presente– y una *Comisión de la Verdad* –que investiga el pasado. En efecto, en El Salvador coexistieron en un momento dado la Misión de Observadores de las Naciones Unidas para El Salvador (ONUSAL), que contaba con una dirección de derechos humanos y la Comisión de la Verdad para El Salvador. Algo similar ocurrió en Guatemala. A su vez la Misión Civil Internacional OEA/ONU en Haití (MICIVIH), coincidió con la Comisión Nacional de Verdad y Justicia (CNVJ) de ese país.

Ahora bien, mientras que en El Salvador no hubo ninguna relación orgánica entre la Dirección de Derechos Humanos de la ONUSAL y la Comisión de la Verdad (por decisión de esta última), en Haití hubo una estrecha colaboración entre la MICIVIH y la CNVJ. Por cierto la situación era distinta. Ante todo la Comisión de la Verdad para El Salvador pareció muy celosa de preservar su imparcialidad, ante la marcada hostilidad de las fuerzas armadas de ese país. Al mismo tiempo

contaba con considerables medios humanos y materiales. En Haití, la CNVJ se instaló luego de restaurado el orden constitucional con la vuelta del Presidente Jean Bertrand Aristide el 15 de octubre de 1994, quien había solicitado con anterioridad la presencia de la MICIVIH en el territorio. No obstante la ayuda internacional que recibió, por sus propias debilidades orgánicas la CNVJ tuvo gran necesidad de recibir el apoyo de la MICIVIH, tanto antes de su instalación, como durante su funcionamiento. Aún después de presentado el informe de la CNVJ, La Misión Civil continuó dirigiéndose a las autoridades haitianas para recomendarles el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión. Asimismo, ante las grandes demoras en la distribución del informe de la CNVJ, la MICIVIH propuso su colaboración al Ministerio de Justicia para la distribución del informe a escala nacional.

Generalmente las Comisiones investigan hechos cometidos en un solo país

Generalmente las Comisiones investigan hechos ocurridos en un solo país, pero esto está sujeto a excepciones, como lo muestran varias experiencias. La necesidad de investigar violaciones cometidas fuera de las fronteras nacionales, puede derivar del hecho de que los distintos actores cometieron esas violaciones no sólo en el territorio nacional, sino también en el exterior (casos de Chile y Sudáfrica, entre otros). Pero también hay situaciones en las que las violaciones se cometieron en el marco de un Estado que había estallado –como la ex Yugoslavia– o en un marco regional –como los Grandes Lagos en el centro de África o el Cono sur de América Latina. Esta última situación fue analizada no sólo por varias Comisiones de la Verdad sino también por el Poder Judicial en diversos países sudamericanos, por ejemplo en lo referido al secuestro de hijos de las personas desaparecidas. La coordinación represiva en el Cono Sur de América Latina también se examina actualmente en los procedimientos que se tramitan ante la Audiencia Nacional de Madrid, España, en los que se ha pedido la extradición del ex dictador chileno Augusto Pinochet Ugarte³.

3 Se debe reconocer que entre los antecedentes de la *Operación Condor*, que permitieron al juez Baltasar Garçon librar una orden de captura internacional contra Pinochet, se encuentran los “Archivos del Terror” de Paraguay, que documentaron la coordinación represiva

Tal vez la Comisión que en su momento llegó más lejos en lo que se refiere al estudio de la colaboración externa con el régimen represivo fue la del Chad. En efecto esta Comisión, sin emprender un análisis sistemático de la cuestión, incluyó información sobre la ayuda financiera externa que recibió el régimen investigado y sobre la formación recibida por los servicios de inteligencia responsables de los peores abusos.

En el caso de El Salvador, la única referencia a la intervención externa parece ser la mención de que el gobierno de Estados Unidos toleró y aparentemente no se dio por enterado oficialmente de la existencia de un grupo de exiliados salvadoreños en Miami, Florida, que financió directamente y ayudó indirectamente a ciertos escuadrones de la muerte en El Salvador.

Por su parte, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación en Chile (en adelante Comisión Rettig), debía investigar graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el país, o en el extranjero si estas últimas tenían relación con el Estado de Chile o con la vida política nacional.

Un ejemplo de investigación de las violaciones de derechos humanos en una subregión, es el proporcionado por la sección dedicada por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas de Argentina (CONADEP, en adelante Comisión Sábato) a la coordinación represiva en Latinoamérica.

La dimensión internacional de las violaciones tiene especial importancia en Sudáfrica. En efecto, según la Comisión de Verdad y Reconciliación (Truth and Reconciliation Commission), un gran número de víctimas de graves violaciones de los derechos humanos residía fuera de Sudáfrica cuando se cometieron las violaciones. El capítulo respectivo del informe de la Comisión, muestra el involucramiento de las fuerzas sudafricanas de seguridad, o de sus agentes y colaboradores en nueve estados de la región: Botswana, Lesotho, Swazilandia, Angola, Mozambique, Zimbabwe, Zambia, Tanzania y las Sey-

entre las dictaduras militares del Cono Sur y mostraron la importancia decisiva de la conservación de los archivos para el descubrimiento de la verdad.

chelles. Asimismo, el informe de la Comisión sudafricana considera probada la intervención de estos elementos represivos en varios países de Europa Occidental.

Las Comisiones realizan una investigación oficial de los hechos

Establecer la verdad de manera oficial no es lo mismo que hacerlo en un informe académico o de una o varias organizaciones no gubernamentales, por valiosos que estos puedan ser. El reconocimiento oficial de la verdad implica la responsabilidad política y moral del Estado, con consecuencias concretas en el orden jurídico, como la reparación de los perjuicios causados a las víctimas. Sobre esto hay poca discusión, aunque las políticas de reparación muchas veces se hacen desear, por falta de voluntad política o escasez de recursos o una conjunción de ambas cosas.

La otra consecuencia de esta constatación oficial de la existencia de violaciones de los derechos humanos, es la obligación de investigar y juzgar a los autores, cómplices y encubridores, ante los tribunales de justicia. Si bien a este respecto hoy existe un creciente consenso en la comunidad de los derechos humanos sobre la existencia de una obligación jurídica de investigar, juzgar y castigar a los autores de las violaciones flagrantes de los derechos humanos fundamentales, las soluciones políticas varían enormemente de una situación a otra.

Las Comisiones deben preservar las pruebas de los hechos

Cuando se afirma que las Comisiones tienen por finalidad preservar la prueba de los hechos, se hace referencia a la preservación de los indicios y pruebas documentales y materiales, al igual que de los testimonios de víctimas y testigos. Esto incluye, en especial, la preservación de los archivos estatales y paraestatales para evitar su sustracción, destrucción, disimulación o falsificación.

Se trata de una cuestión que no siempre ha merecido la atención debida. Sin embargo, tanto el experto de la Subcomisión de Lucha contra las Discriminaciones y de Protección a las

Minorías de las Naciones Unidas, señor Louis Joinet, como varias Comisiones de la Verdad, señalaron la importancia fundamental de esta cuestión. Lo hizo con particular énfasis la Comisión para la Verdad de El Salvador. Esta Comisión propuso la creación de una Fundación de la Verdad, que tendría la misión fundamental de conservar los archivos, vale decir, la memoria histórica del trágico período de la historia salvadoreña que le tocó investigar.

El tardío descubrimiento en el Paraguay –a la caída de la larga dictadura de Alfredo Stroessner– de archivos que documentan la coordinación entre diferentes dictaduras del Cono Sur de América Latina, volvió a mostrar la importancia de esta cuestión.

En la Argentina, la dictadura militar, en su última etapa, promulgó un decreto que ordenaba la destrucción de los archivos. Las responsabilidades legales por esta destrucción, al igual que los diferentes remedios posibles, continúan debatiéndose aún hoy ante los tribunales de justicia de ese país.

En Sudáfrica, a comienzos de la década de los años 90, comenzó la destrucción en gran escala de los archivos oficiales. Esta situación se prolongó hasta una fecha tan tardía como 1996, dos años y medio después de las primeras elecciones democráticas⁴.

II. Verdad individual y verdad global

Las Comisiones de la Verdad se ven abocadas a establecer –a la vez– la *verdad individual* (o sea el conocimiento de lo ocurrido en casos determinados) y la *verdad global*, vale decir, el análisis de las estructuras y metodologías de la represión ilegal y del contexto político, económico, social y cultural en el que se cometieron las violaciones.

4 El capítulo respectivo de la Comisión de Verdad y Reconciliación incluye la constatación siguiente: “The mass destruction of records...has had a severe impact on South Africa’s social memory. Swaths of official documentary memory, particularly around the inner workings of the apartheid state’s security apparatus, have been obliterated ... Ultimately, of course, all South Africans have suffered the consequences -all are victims of the apartheid state’s attempted imposition of a selective amnesia”.

En lo que se refiere a la verdad individual, el objetivo máximo de una Comisión de la Verdad debería ser esclarecer la mayor parte de los casos concretos que haya llegado a conocer. Esto debería hacerse a través de una investigación que le permita estudiar el más amplio universo posible de casos concretos y al mismo tiempo lograr un conocimiento lo más completo posible de esos casos. Pocas Comisiones han logrado hacerlo. La posibilidad de estudiar la totalidad de los casos individuales está relacionada, entre otras cosas, con la magnitud del universo de casos a estudiar.

La Comisión Rettig en Chile se propuso esa tarea, ante un universo de casos que era factible investigar dentro del término asignado a su mandato, que duró en su totalidad nueve meses.

La Comisión tomó decisiones en 2130 casos de víctimas de violación de los derechos humanos atribuidas al Estado y 168 casos de víctimas de la violencia política atribuida a los particulares. Hubo 634 casos en los que la Comisión no pudo formarse convicción. El total de casos tratados objeto de una decisión fue de 2932. Su tarea fue continuada por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Sin embargo, a pesar del estudio pormenorizado de la totalidad de los casos que llegaron a su conocimiento, la Comisión Rettig no logró establecer la suerte de las personas desaparecidas, lo que constituía uno de sus principales objetivos. Este fracaso se debió, fundamentalmente, a la falta de colaboración de las fuerzas armadas y de seguridad.

En El Salvador, la Comisión de la Verdad registró más de 22,000 denuncias de graves hechos de violencia ocurridos en ese país durante el período comprendido entre enero de 1980 y julio de 1991. Los testimonios atribuyeron casi el 85% de los casos a los agentes del Estado, a grupos paramilitares aliados de éstos y a los escuadrones de la muerte. Las denuncias registradas responsabilizaron aproximadamente en el 5% de los casos al Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN).

En gran parte debido a la magnitud de los fenómenos considerados, esa Comisión estudió fundamentalmente los

patrones de violencia –tanto de la ejercida por el Estado como por el FMLN: la llamada *verdad global*– y un conjunto reducido de casos ilustrativos –lo que se denomina *verdad individual*. De esta manera se estudiaron veintidós casos atribuidos al Estado y diez casos atribuidos a la guerrilla. En el acuerdo de paz, las partes dejaron en definitiva librada la Comisión de la Verdad la selección de los casos en los que debería establecerse la verdad individual.

También en Haití correspondió a la Comisión Nacional de Verdad y Justicia seleccionar los casos en los que se procedió a una investigación profundizada. Sin embargo, en este último país la tarea realizada por la Comisión en ese aspecto fue notoriamente insuficiente.

Por el contrario, como bien se ha señalado en los estudios sobre el tema, el informe del Comisionado de Honduras hubiera carecido de toda credibilidad si no hubiera intentado estudiar cada uno de los 179 casos de desapariciones conocidos en ese país y esto en razón del carácter restringido del universo de casos a estudiar.

La metodología adoptada por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas de Argentina fue estudiar el contexto de la represión y sus distintos aspectos metodológicos –*verdad global*– e ilustrar estos análisis con testimonios, indicios y pruebas relativos a los casos concretos –*verdad individual*.

En el centro de la investigación de una Comisión de la Verdad se encuentra la cuestión de las víctimas. Es fundamental que el estudio de las víctimas no se reduzca a un enfoque cuantitativo, no obstante la importancia de las estadísticas incluso para el estudio de cuestiones cualitativas, tales como el establecimiento de tendencias y los patrones de la represión.

Al estudiar la situación de las víctimas desde el punto de vista cualitativo, ocupa un lugar central la recuperación de la identidad de cada víctima, que es parte del derecho a la verdad y del derecho a la reparación. Por ese motivo, la elaboración de una lista nominativa de víctimas, con todos los datos posibles, es siempre un objetivo deseable. Pero también lo son los estu-

dios de los casos relativos a los distintos individuos y grupos que han sido los objetivos de la represión. Esto exige el enfoque narrativo que permite comprender el contexto socio-político e histórico, la secuencia de los hechos, las historias de vida y la identidad individual y colectiva de las personas y grupos que han sido el blanco de los abusos (Ver más adelante *Quiénes son las víctimas*).

También en este aspecto la Comisión argentina realizó una tarea pionera, al estudiar en el Capítulo II de su informe diversas categorías de víctimas, ilustradas por casos concretos: niños desaparecidos y mujeres embarazadas, adolescentes, familias, inválidos y lisiados, religiosos, soldados conscriptos, periodistas, gremialistas.

En efecto, habría que tener en cuenta que la búsqueda de la verdad no se agota al término del mandato de una Comisión de la Verdad. Las informaciones generales no son una respuesta suficiente para los familiares y los allegados de las víctimas, tal como ha sido ilustrado dramáticamente por las desapariciones forzadas de personas, que en su mayoría continúan sin ser esclarecidas en distintas regiones del mundo. Esto permite plantear desde ahora la necesidad de establecer algún tipo de seguimiento de los informes de una Comisión de la Verdad, al término de su mandato.

III. Los otros objetivos fundamentales de una Comisión de la Verdad: abrir el camino a la justicia y a la reparación

A más del establecimiento de la verdad y la preservación de las pruebas, se pueden enunciar como objetivos primordiales de una Comisión de la Verdad la preparación de las otras dos grandes dimensiones de la lucha contra la impunidad: la realización de la justicia y la obtención de la reparación.

La realización de la justicia

La experiencia de numerosos países muestra que existe una relación profunda, aunque también compleja, entre el derecho a la verdad, el derecho a la justicia, el derecho a la reparación y la reconciliación nacional. Es difícil que haya una reconcilia-

ción real y duradera sin que se otorgue una respuesta adecuada a las demandas de justicia y reparación, basadas en el conocimiento pleno de la verdad y en su reconocimiento por parte del Estado y de la sociedad.

La impunidad constituye un incumplimiento de las obligaciones de los estados de investigar las violaciones, de tomar las medidas adecuadas respecto a sus autores, especialmente en el dominio de la justicia penal, para que respetando el debido proceso legal, sean investigados, juzgados y si corresponde, condenados a penas apropiadas. La impunidad es también falta de reparación adecuada.

Un tema central es el de saber si las Comisiones de la Verdad constituyen una experiencia preparatoria de procesos judiciales o si por el contrario se presentan como un sustituto de la justicia. Esto depende de las características de los diferentes procesos de transición democrática.

En algunos países las Comisiones de la Verdad fueron precedidas por el dictado de leyes o decretos-leyes de amnistía. En una transición pactada como la de Chile, el decreto-ley de amnistía promulgado por Augusto Pinochet en abril de 1978 se consideró parte del derecho vigente. La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación partía entonces del supuesto de que los crímenes cometidos en el período de referencia estaban amnistiados y, por tanto, no habría juicios penales⁵.

En la Argentina, la auto-amnistía militar no sólo fue derogada por el Congreso sino declarada nula, lo que equivale a decir que, desde el punto de vista jurídico, es como si nunca hubiera existido. Por lo tanto los militares y otros individuos implicados no podían invocar derechos adquiridos bajo una "ley penal más benigna". Esta anulación de la auto-amnistía militar precedió tanto el funcionamiento de la Comisión Sábato como a la realización de diversos procesos penales, entre ellos la causa número 13/84, contra los ex comandantes militares.

5 Aunque los desarrollos recientes, especialmente después de la detención de Pinochet en Londres, parecen relativizar que la autoamnistía de 1978 sea un obstáculo a las acciones penales.

Es sabido que con posterioridad hubo un retroceso –mediante la promulgación de las leyes de *punto final* y de *obediencia debida* primero y los indultos presidenciales después. Sin embargo, la presión de la sociedad y fundamentalmente de la comunidad de los derechos humanos, logró reabrir recientemente diversas causas judiciales, en especial por la desaparición de niños. Como consecuencia de estas causas se decretó nuevamente la prisión preventiva del ex dictador Jorge Rafael Videla.

También en el caso de Haití hubo una amnistía previa a la formación de la Comisión Nacional de Verdad y Justicia. Sin embargo, conforme con el artículo 147 de la Constitución, en Haití sólo es posible acordar la amnistía en materia política, por lo que se consideró que las violaciones de derechos humanos constitutivas de delitos comunes tales como torturas, ejecuciones sumarias, desapariciones, violaciones con motivación política o detenciones ilegales y arbitrarias, no estaban cubiertas por la amnistía.

De hecho, en Haití, la Comisión Nacional de Verdad y Justicia fue contemporánea de la instrucción judicial o de procesos penales intentados con suerte desigual luego del restablecimiento del orden constitucional, el 15 de octubre de 1994⁶.

En procesos tan distintos como los de Argentina, la ex Yugoslavia y Rwanda, las diferentes Comisiones que funcionaron precedieron la realización de procesos penales ante tribunales internos o internacionales. En otras situaciones, las Comisiones de la Verdad fueron seguidas de amnistías.

Una semana después de la publicación del Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador –en Nueva York, en la sede de las Naciones Unidas– en marzo de 1993, se decretó una amplia amnistía en favor de todos los autores identificados en el informe como responsables de serios actos de violencia.

6 Tal fue el caso, entre otros, de los procesos penales por los asesinatos de Antoine Izmerly, un conocido empresario y partidario de Jean-Bertrand Aristide y de Guy Malary, Ministro de Justicia del gobierno constitucional, de su chofer Theus Antoine y del agente de seguridad Joseph Argand.

En Sudáfrica, en un contexto en el que parecía poco realista el enjuiciamiento masivo de los responsables del crimen de apartheid y los demás delitos conexos, la Comisión de Verdad y Reconciliación pudo garantizar la amnistía como aliciente para testimoniar ante la Comisión. Por esto mismo no se trata de una amnistía general. La amnistía se aplica sobre bases individuales. Quienes la solicitan deben confesar ampliamente las violaciones de los derechos humanos, en procedimientos públicos. Se concede amnistía sólo por actos políticamente motivados y no por actos dictados por intereses personales y a condición de que la confesión sea veraz, completa y sobre delitos concretos. El Comité de Amnistía, que a la fecha de la presentación del informe en noviembre de 1998 aún no había terminado su tarea, había recibido ya más de 7,000 solicitudes de amnistía.

En lo que se refiere a la reivindicación esencial de la justicia, sería falso presentar a las Comisiones de la Verdad –por razones de oportunidad política o de pacificación nacional– como una alternativa deseable a la acción de la justicia. Como se ha discutido en varias transiciones democráticas, el perdón es un acto privado que el Estado no puede otorgar en nombre de las víctimas. El perdón requiere conocer al victimario y que éste lo solicite. Ahora bien, en varios países, los sectores vinculados con la represión ilegal no han demostrado ningún propósito de enmienda. En algunos casos han reivindicado abiertamente sus acciones.

En todos los casos en que esto sea posible, deberían satisfacerse los imperativos de la justicia, ya que es a través de un procedimiento contradictorio, con plena aplicación de las garantías judiciales y del derecho de defensa, como puede establecerse mejor la verdad de los hechos y las consiguientes responsabilidades legales de todas las personas y organismos concernidos.

Es cierto que muchas veces las Comisiones de la Verdad han sido creadas por la debilidad de la administración de justicia, que está lejos de reunir las garantías de independencia, imparcialidad, objetividad y competencia de un poder judicial digno de ese nombre. Sin embargo, en más de un caso las

Comisiones han sido parte de un vasto esfuerzo nacional e internacional de lucha contra la impunidad a través de la justicia.

Pero si las Comisiones de la Verdad no son una alternativa para la realización plena de la justicia, tampoco constituyen un obstáculo para su realización y más bien pueden allanarle el camino. Esto ocurrió en la Argentina y debería volver a ocurrir en Sudáfrica, en aquellos casos en que no se otorgue la amnistía.

La obtención de la reparación

La impunidad es también la negativa de garantizar a las víctimas la reparación moral y material de los perjuicios sufridos y de tomar todas las medidas destinadas a evitar la renovación de las violaciones. La reparación comprende un conjunto muy amplio de medidas, entre las cuales se cuentan:

- la restitución o restablecimiento de la víctima en la situación anterior, cuando esto es posible;
- la indemnización de perjuicios morales y materiales;
- la readaptación en el plano médico, psicológico, jurídico y social y
- la satisfacción moral y las garantías de no renovación de las violaciones de los derechos humanos.

Estas medidas son parte de una política de las autoridades del Estado y dependen en gran parte de iniciativas adoptadas por los poderes políticos –ejecutivo y legislativo– y, en ese sentido, son algo mucho más amplio que las condenas a indemnizar daños y perjuicios pronunciadas por los tribunales de justicia.

En especial las garantías de *no renovación* han planteado, en la mayoría de los países que se han hecho cargo de esta obligación, una profunda transformación del aparato del Estado en sentido republicano y democrático, que incluye una reforma de la justicia y del derecho y una refundación institucional y doctrinaria de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales. En un caso –el de Haití, una vez restaurado el

orden constitucional en octubre de 1994– las fuerzas armadas fueron disueltas.

Asimismo, en ciertas regiones del mundo aparecen nuevas instituciones independientes –como el *ombudsman* y las comisiones oficiales de derechos humanos– encargadas de velar por el respeto de los derechos humanos, en especial, por parte de la administración pública y la policía. Estas instituciones nacionales de derechos humanos tienen, en general, la facultad de proponer medidas legislativas y de otro tipo para aumentar el respeto y la garantía de los derechos humanos.

Precisamente una cuestión a explorar es la relativa al papel que podría esperarse de las llamadas organizaciones nacionales de derechos humanos –el *ombudsman* y las comisiones nacionales de derechos humanos– en el seguimiento de las recomendaciones efectuadas por una Comisión de la Verdad (ver más adelante).

Las Comisiones de la Verdad, a través de sus recomendaciones, han jugado un papel esencial en los países en los que se adoptó una política administrativa de reparaciones –como Argentina y Chile–. Las recomendaciones de las Comisiones de la Verdad son también una referencia para los que luchan por la adopción de tales políticas –como es el caso de las ONG haitianas en la actualidad– en países que no han adoptado medidas de fondo sobre esta materia crucial. En los próximos tiempos habrá que seguir atentamente la experiencia de Sudáfrica a este respecto, a partir de la presentación del informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, en noviembre de 1998.

IV. Algunos condicionantes de la labor de conjunto de una Comisión de la Verdad

La composición de la Comisión debe asegurar, a la vez, la independencia y la competencia, que son condiciones de su autoridad moral. Sin embargo, la credibilidad de su informe depende igualmente de la claridad de su mandato, de las reglas de procedimiento y evidencia aplicadas y del rigor de las investigaciones, tanto de la verdad general como de la verdad

individual en los casos concretos analizados. Asimismo, la importancia histórica que puede adquirir un informe de la Comisión de la Verdad en un proceso de transición democrática, está vinculada con la calidad y con la profundidad de sus conclusiones y recomendaciones, incluidas las relativas al seguimiento de su informe.

Sin embargo, deberían hacerse algunas referencias previas a ciertas realidades que condicionan tanto la organización y el funcionamiento de una Comisión de la Verdad, como el porvenir de sus trabajos, vale decir su *continuidad*. Estas referencias tienen que ver con las características de las víctimas, la lógica de la represión y el papel de la sociedad civil.

Quiénes son las víctimas

En ciertas situaciones, las víctimas han sido poblaciones predominantemente campesinas y analfabetas, todavía apegadas a las pautas de una sociedad tradicional, en países en los que es limitado el desarrollo de la prensa escrita y es difícil registrar la identidad y el estado civil de las personas. Esto ha ocurrido en distintos continentes y tanto en situaciones de conflicto armado como en ausencia de conflicto armado. Tal ha sido el caso de las víctimas de masacres perpetradas tanto en Rwanda como en Haití, El Salvador o Guatemala.

Ahora bien, documentar esos casos, especialmente en la manera propia del establecimiento de la verdad individual sobre las víctimas, es algo que presenta dificultades particulares, ya sea por la magnitud de los fenómenos, ya sea por sus características. Por eso en determinadas situaciones muchas veces habrá que establecer la verdad *global* –contexto, estructura y mecanismos de la represión– y realizar investigaciones individuales profundizadas en un cierto número de casos en los que eso sea factible, de acuerdo con los recursos y con el tiempo disponible.

Asimismo habrá que tener en cuenta, para la selección de los casos, el carácter simbólico de los mismos –cuidando de no confundir el carácter simbólico con la notoriedad de las víctimas, ya que el caso de víctimas anónimas puede ser tan signifi-

cativo por sus características como el de víctimas notorias. En la selección de los casos habrá que tener en cuenta también la riqueza de la evidencia recogida.

La “lógica” de la represión

Una Comisión de la Verdad se encuentra ante el desafío de descubrir la “lógica” de la represión, vale decir, el conjunto de elementos clave de un sistema represivo ilegal, lo que a su vez va a condicionar su propia metodología de investigación. En el caso de la Argentina, por ejemplo, el elemento clave fue el centro clandestino de detención.

En efecto, el centro clandestino de detención permitió la desaparición forzada prolongada, con sus secuelas de torturas, abusos sistemáticos para extraer información de inteligencia por parte de las fuerzas armadas y ejecuciones sumarias generalizadas. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas llegó a identificar 340 centros clandestinos de detención en todo el país. El estudio de la ubicación, dependencia orgánica, estructura y funcionamiento de estos centros, tuvo una importancia decisiva para trazar el mapa de la represión y reconstruir el calvario seguido por las víctimas.

Tomando el centro clandestino de detención como el eslabón que permitía asir la cadena, se procedió al estudio sistemático de la información y de los testimonios de las personas que habían sido vistas en esos centros clandestinos, en gran parte gracias al valioso testimonio de los sobrevivientes de esa experiencia límite. Esto permitió el cruzamiento de los testimonios y la recomposición del plan de la represión clandestina, guiada por la “lógica” de la doctrina de seguridad nacional, que tendía a la destrucción de un sector de la sociedad al que consideraba ideológicamente enemigo.

La “lógica” de la represión es completamente distinta en varios países del África subsahariana, en donde las violaciones de los derechos humanos parecen responder a patrones de persecución étnica y no necesariamente política o ideológica.

Tal es el caso de la tragedia de Rwanda, que corresponde enteramente a la definición del crimen de genocidio de la

Convención de las Naciones Unidas aprobada el 9 de diciembre de 1948, que incluye a los grupos étnicos entre los grupos protegidos.

Sin embargo, también en África, la experiencia de Etiopía bajo el régimen de Mengistu Haile Mariam, muestra patrones de persecución política que permiten considerar configurado el crimen de genocidio tal como lo definen la Declaración de las Naciones Unidas y el Código Penal del Imperio de Etiopía de 1957 (artículo 281), que incluyen a los grupos políticos entre los grupos protegidos. En efecto, en Etiopía bajo el régimen del Derg la represión fue predominantemente política e ideológica y no étnica o social.

El papel de la sociedad civil

Otra referencia tiene que ver con el papel de la sociedad civil respecto de una Comisión de la Verdad, ya mencionado en este artículo. Si bien puede ser utópico plantear que la formación de una Comisión de la Verdad deba ser sometida a un referéndum popular, es cierto que el apoyo de la opinión pública y particularmente de la comunidad de los derechos humanos, tiene una importancia fundamental. Y esto al menos en dos aspectos. En primer lugar para alimentar a la Comisión con las informaciones indispensables (lo que la Comisión Nacional de Verdad y Justicia de Haití llamó las “fuentes secundarias” –entre otras, las ONG de derechos humanos– en oposición a las “fuentes primarias” –las informaciones obtenidas directamente por la misma Comisión).

Es así como las Comisiones de Argentina y Chile pudieron utilizar el acopio de informaciones y análisis realizados por las ONG de derechos humanos durante las respectivas dictaduras militares, muchas veces en condiciones heroicas, como una preciosa fuente de datos.

El apoyo de la sociedad civil tiene también una importancia considerable para asegurar la continuidad del trabajo de la Comisión y su impacto en las políticas estatales.

Un ejemplo de lo que se viene diciendo puede encontrarse en el clima favorable a las investigaciones que envolvió el

trabajo de algunas Comisiones nacionales, como la Comisión Sábato. Cuando ésta entregó su informe final al Presidente de la República frente a la Casa de Gobierno en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, se realizaba una manifestación contra la impunidad y en apoyo al informe de 200,000 personas, la mayor que el movimiento de derechos humanos había realizado hasta ese momento en aquel país.

En varios casos en los que no se dieron las condiciones o faltó la voluntad política para la instalación de una Comisión de la Verdad de carácter oficial, las ONG trataron de llenar el vacío. Es lo que ocurrió en el Uruguay gracias a la labor del *Servicio Paz y Justicia* (SERPAJ), en Rusia con *Memorial*, en el Paraguay con el Proyecto *Nunca Más* sostenido por el Comité de Iglesias o en el Brasil con la compilación *Nunca Más*, realizada gracias al respaldo del Arzobispado de Sao Paulo y el Consejo Mundial de Iglesias.

V. Composición de la Comisión

La independencia y la competencia de una Comisión son requisitos indispensables de su autoridad moral. La cuestión de la composición plantea a la vez el problema del origen de su designación y de las calidades que deben reunir las personas designadas. Existen al respecto distintas posibilidades.

Una Comisión puede estar compuesta tan sólo de nacionales, como en Bolivia, Argentina y Chile. Puede estar compuesta sólo de personalidades extranjeras con prestigio internacional, como en El Salvador; o puede reunir a personalidades extranjeras y a nacionales del Estado en el que se realiza la investigación, como en los casos de Haití y Guatemala y como debería ocurrir en la proyectada Comisión de Verdad y Reconciliación para Sierra Leona, prevista en los Acuerdos de Paz de Lome del 7 de julio de 1999.

Asimismo, en cuanto al origen de la designación, ésta puede resultar de un acto de las autoridades nacionales o de un organismo internacional como las Naciones Unidas en consulta con las partes –el gobierno y la oposición–, en un proceso de negociación.

Si bien en general la presencia de personalidades extranjeras está vinculada con el papel desempeñado por las Naciones Unidas en un proceso de transición –como ha sido el caso en El Salvador, Guatemala y también en Sierra Leona–, esto no es necesariamente así. La Comisión Nacional de Verdad y Justicia de Haití fue una iniciativa enteramente local y la Comisión estuvo integrada por cuatro comisionados haitianos, incluida su Presidenta, y tres internacionales, con prestigiosa trayectoria en organismos intergubernamentales de protección de los derechos humanos.

También había sido una iniciativa local la primera Comisión creada en Latinoamérica, que fue la formada en Bolivia por el Presidente Hernán Siles Zuazo en octubre de 1982, integrada por ocho miembros: el Subsecretario de Justicia, un miembro de cada cámara del Congreso, un representante de las fuerzas armadas, un representante sindical, un representante campesino y dos representantes de ONG de derechos humanos.

La Comisión Rettig en Chile estuvo también compuesta por ocho comisionados y la Comisión Sábato en Argentina por trece y en ambos casos se trató de reunir a un grupo de personalidades suficientemente representativo y pluralista.

La composición de una comisión y su carácter nacional –en todo o en parte– y también internacional –en todo o en parte–, depende de las características de cada proceso. Existen ventajas e inconvenientes en cada solución.

Una Comisión internacional puede parecer más objetiva e imparcial que una Comisión nacional, por la distancia de sus miembros frente a los hechos e intereses en juego, al igual que por el origen de su designación –con intervención en distinta medida de un organismo internacional como las Naciones Unidas– y la discusión de los términos de su mandato –también bajo los auspicios de las Naciones Unidas–.

Sin embargo el carácter internacional de una Comisión es susceptible de indisponer a parte de la opinión, que puede percibir la actividad de ese organismo como una injerencia

externa o utilizar ese argumento para desacreditar a la Comisión. Por otra parte, difícilmente los comisionados extranjeros tengan un conocimiento de los hechos a investigar comparable al de las personalidades nacionales.

Es cierto que si se analizan empíricamente algunas experiencias nacionales frustradas en todo o en parte –el Chad, Uganda, Filipinas, Bolivia– es posible señalar que varias Comisiones nacionales no han contado con los medios humanos y materiales necesarios y especialmente con un presupuesto adecuado. En algunos supuestos –el Chad– la seguridad de sus miembros no se garantizó adecuadamente. En general estas dificultades no se presentaron cuando se trató de una Comisión internacional bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

En definitiva, lo decisivo aquí es el carácter de los diferentes procesos de transición democrática. En general el elemento internacional ha sido inevitable en procesos en los que ha habido un conflicto armado, a la salida del cual la sociedad se encontraba extremadamente polarizada –como en El Salvador y Guatemala–. El elemento internacional también ha sido necesario cuando el Estado y la sociedad civil eran extremadamente débiles –como en Haití– o había estallado el Estado que previamente existía –como en la ex Yugoslavia–.

Sin embargo, siempre que fuera posible habría que favorecer la formación de Comisiones nacionales en todo o en parte, como una forma de estimular la asunción de responsabilidades y desarrollar la autonomía de decisiones en la construcción del estado de derecho y la lucha contra la impunidad. Tal ha sido lo ocurrido en experiencias tan diversas como las de Argentina y Chile, por un lado, y la de Sudáfrica por el otro. Si bien esta última constituye una experiencia que todavía es prematuro evaluar, Sudáfrica presenta uno de los mayores desafíos que se han planteado en este fin de siglo a la promoción de los derechos humanos por la lucha contra la impunidad.

VI. Mandato de la Comisión

Las Comisiones pueden tener distinto nombre. Varias hacen referencia a *la verdad* en su designación (Comisiones de

Chile, El Salvador o Haití). Otras mencionan la violación fundamental que están llamadas a investigar, como es el caso de las Comisiones creadas *para investigar las desapariciones forzadas de personas* (Argentina, Uruguay, Bolivia). Las denominaciones pueden también ser muy amplias como la “Comisión de Investigación de Violaciones de los Derechos Humanos” de Uganda (*Commission of Inquiry into Violations of Human Rights*) o el Comité de Derechos Humanos de Filipinas (*Committee on Human Rights*).

Algunas Comisiones deben explícitamente investigar hechos constitutivos de infracciones penales como la de Chad, *Commission of Inquiry into the Crimes and Misappropriations Committed by Ex-President Habré, His Accomplices and/or Accessories*. En Haití se encomendó a la Comisión Nacional de Verdad y Justicia, no sólo la investigación de graves violaciones de los derechos humanos, sino también de crímenes de lesa humanidad. Entre estos pueden incluirse las violaciones sexuales con motivación política, que se practicaron en vasta escala durante el régimen de facto de Raoul Cedras.

En el *Apéndice* al capítulo relativo a la interpretación de su mandato, la Comisión sudafricana definió su posición sobre el apartheid, al que consideró un crimen de lesa humanidad:

“...the Commission ... affirms its judgment that apartheid, as a system of enforced racial discrimination and separation, was a crime against humanity ... At the same time, the Commission acknowledges that there are those who sincerely believed differently and those, too, who were blinded by their fear of a Communist ‘total onslaught’”.

La definición del mandato

El mandato de una Comisión, definido en el instrumento de creación o en sus términos de referencia, debe ser claro y preciso.

Por supuesto, la aplicación de un mandato no constituye un acto mecánico, sino algo que requiere un sólido sentido político, jurídico y moral. Un mandato restringido puede ser aplica-

do de manera creadora por comisionados suficientemente motivados, y un mandato amplio puede ser aplicado con criterios restringidos, si lo que predomina es un criterio discutible de la oportunidad política o actitudes excesivamente formalistas.

En algunas ocasiones, la complejidad de la negociación tendiente a buscar una salida a un doloroso y prolongado conflicto armado, llevó a una formulación genérica del mandato de la Comisión. Tal fue el caso de la Comisión de la Verdad para El Salvador, cuyo mandato fue definido más en términos sociológicos que jurídicos en los Acuerdos firmados en la Ciudad de México el 27 de abril de 1991 y en el artículo 5 del Acuerdo de Paz de Chapultepec. De acuerdo con su mandato la Comisión debía efectuar:

“(...) La investigación de graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad”.

Otra definición general del mandato puede encontrarse en los Acuerdos de Guatemala, según los cuales la Comisión tendrá por función el esclarecimiento de:

“... actos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, vinculados al conflicto armado”.

Frente al derecho internacional de los derechos humanos, como frente al derecho constitucional, de acuerdo con una concepción clásica, el sujeto susceptible de violar los derechos humanos es el Estado. Extender la calidad de sujeto violador de los derechos humanos a entidades no estatales, puede concurrir a debilitar el papel del Estado como garante de los derechos y libertades y facilitar la banalización de las responsabilidades estatales por las violaciones que pueden cometerse.

Sin embargo, todas las partes contendientes en un conflicto armado, interno o internacional, pueden violar las normas de comportamiento del derecho internacional humanitario de los conflictos armados. Por ello todas las partes en un conflicto armado están sujetas a las normas de represión del derecho

penal internacional, que hoy se consideran aplicables para reprimir las infracciones graves cometidas tanto en los conflictos armados internacionales como en los conflictos armados internos (ver a este respecto el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y, actualmente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, como también el proyecto de Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona).

Asimismo, grupos armados de delincuentes comunes, mercenarios, traficantes de drogas o de armas, entre otros, pueden cometer graves infracciones del derecho penal interno o del derecho penal internacional.

Una Comisión de la Verdad, en un contexto de transición democrática o de solución negociada de un conflicto armado, puede verse abocada a la investigación de fenómenos como los arriba mencionados, tanto en el plano de un solo Estado como en un plano regional.

Lo que parece conveniente en el futuro es reafirmar la importancia del deber de garantía del Estado en materia de derechos humanos, tal como ha sido claramente establecido por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, y evitar la extensión de la noción de agente violador de los derechos humanos a entes no estatales. Estos no quedarán al margen del escrutinio de la Comisión, si ésta ha recibido el mandato de investigar además violaciones del derecho internacional humanitario de los conflictos armados y preservar las pruebas de infracciones del derecho penal interno o internacional.

Una Comisión que trató de extender la noción de agente violador de los derechos humanos a sujetos no estatales fue la Comisión Rettig, lo que despertó considerable debate y mereció justificadas objeciones. Hay que reconocer, sin embargo, que un efecto del informe Rettig fue mostrar, en el contexto concreto estudiado, el carácter sistemático de los ilícitos cometidos por el Estado y sus agentes y el carácter no sistemático de los ilícitos reprochados a los particulares.

Por cierto, no se trata de justificar así la violencia de la oposición, sino de evitar la peligrosa banalización que consiste

en decir que “todos han violado los derechos humanos” en el período de referencia. En efecto, esa violación generalizada produciría, al menos en el plano psicológico, una anulación recíproca de las responsabilidades. Una forma que adopta esta actitud es la llamada “doctrina de los dos demonios” impulsada en la Argentina por el gobierno de Raúl Alfonsín. Según esta concepción, hubo un combate entre el “terrorismo de Estado” y la “subversión”, en el que ambas partes habrían cometido violaciones similares de los derechos humanos.

En un contexto de conflicto armado interno como el de El Salvador, fue por el contrario lógico que se investigaran las infracciones que podían reprocharse a ambas partes contendientes. También aquí los estudios estadísticos del informe *De la Locura a la Esperanza* mostraron el carácter sistemático de las infracciones atribuidas a las fuerzas armadas, de seguridad y policiales del Estado salvadoreño y el carácter no sistemático de las infracciones reprochadas a la guerrilla.

En el caso de Filipinas, se estuvo más cerca de la concepción tradicional, en lo que se refiere a los conflictos armados internos. En efecto, la Presidenta Corazón Aquino estableció el “Presidential Committee on Human Rights” poco después de haber accedido al poder en 1986. El mandato de la Comisión consistió en investigar los abusos cometidos por “government officers or their agents, or by persons acting in their stead or under their orders”. Esta definición respondía a la concepción según la cual las infracciones cometidas por la guerrilla constituían delitos comunes cuyo conocimiento correspondía a los tribunales de justicia.

Puede haber situaciones crepusculares, en que fuerzas de guerrilla en proceso de convertirse en ejércitos regulares comiencen a ejercer funciones estatales en zonas progresivamente bajo su control. Tal puede ser el caso en situaciones como las que se han presentado o se presentan en países como Afganistán y Camboya, por ejemplo, en la zona de los Grandes Lagos en África, en las zonas bajo control del Frente Unido Revolucionario en Sierra Leona y quizás también en algunas regiones de Colombia. En dichos supuestos y en la medida en que, independientemente del reconocimiento internacional,

esos entes ejerzan crecientemente funciones de soberanía estatal sobre un territorio y la población que en él se encuentra, los mismos tendrían todas las obligaciones que corresponden al Estado según el derecho internacional de los derechos humanos.

El mandato de una Comisión está entonces definido en el instrumento de creación y éste resulta a su vez de un acto del poder ejecutivo –lo que ha sido hasta ahora lo más frecuente–, del poder legislativo o de un acuerdo entre el gobierno y la oposición, que puede realizarse bajo los auspicios de un organismo internacional como las Naciones Unidas.

Las definiciones de los objetivos de la investigación pueden ser restrictivas o amplias.

Se ha señalado ya que en la región latinoamericana varias Comisiones e instancias de investigación se centraron exclusivamente en el fenómeno de las desapariciones forzadas de personas: tal fue el caso de las Comisiones de Bolivia, Argentina y Uruguay y de la investigación realizada por el Comisionado de Honduras.

Esta limitación pudo explicarse en algunos casos, pero no en todos, por la urgencia de tratar de establecer el paradero o la suerte corrida por las personas desaparecidas. Sin embargo, esto –en las diversas experiencias conocidas– no se logró como resultado inmediato del trabajo de la Comisión, por la falta de colaboración de las autoridades militares, de seguridad y policiales y por complejas redes de complicidades políticas, incluida la actitud de la administración de justicia en gran parte heredada de las dictaduras y de los regímenes autoritarios.

Esta limitación del mandato a una sola categoría de violaciones fue particularmente incoherente en el caso del Uruguay. En ese país, el parlamento había establecido una “Comisión Investigadora de la Situación de las Personas Desaparecidas”, en abril de 1985. La Comisión investigó 164 desapariciones, estableció la intervención de las fuerzas de seguridad en los hechos y remitió la evidencia recogida a la Corte Suprema. Sin

embargo, a diferencia de países como Argentina, Guatemala y en menor medida Chile, las desapariciones forzadas no habían adquirido carácter sistemático o masivo en Uruguay, donde las dos violaciones más generalizadas fueron la tortura y las detenciones ilegales y arbitrarias.

En el caso de Chile sólo se investigaron las violaciones estatales que tuvieron como resultado la desaparición o la muerte de la víctima, lo que hizo que numerosos casos de torturas y detenciones ilegales y arbitrarias no fueron investigados.

La duración del mandato

Por lo menos cuatro Comisiones tuvieron un mandato que en su totalidad duró nueve meses: las de Argentina, Chile, El Salvador y Haití. Otras han durado algo menos –la del Uruguay 7 meses– otras algo más –la del Chad 10 meses–. Un ejemplo a evitar es un mandato ilimitado en el tiempo, como el de la Comisión de Uganda, creada en 1986 y que en 1994 andaba por su noveno año de existencia, con el desaliento –fácil de imaginar– de quienes esperaban ver un día el fruto de sus trabajos. En Bolivia, después de tres años, y en las Filipinas, después de un año, las respectivas Comisiones se disolvieron sin producir un informe final.

Si bien la duración del mandato está en relación con los objetivos, la duración del período de referencia, el universo de casos a estudiar y los medios disponibles, es preciso adoptar un punto de vista realista y proponerse la realización de un programa factible. La limitación del mandato en el tiempo y la obligación de producir un informe final parecen indispensables. Una cuestión tal como el número de casos a investigar para el establecimiento de la verdad individual, en cambio, puede quedar librado a la Comisión, porque depende de circunstancias que varían considerablemente de un país a otro.

Algo que parece tan importante como la duración del mandato es saber cuándo debe instalarse una Comisión. Esto también está en relación con las características de cada situación. En las transiciones democráticas más o menos pacíficas en

las que no ha habido un conflicto armado, parecería que es oportuno aprovechar las grandes expectativas creadas por el inicio del nuevo régimen, ese período a veces llamado “estado de gracia”, en el que es más factible tomar medidas en ciertos dominios sensibles de la realidad. En general, en ese momento existen mejores condiciones para la creación y el funcionamiento de una Comisión de la Verdad.

Cuando las Comisiones han sido creadas en el curso de la negociación de acuerdos de paz, la cuestión se relaciona con la agenda de la negociación y la evolución del conflicto armado. La definición del mandato de la Comisión y su instalación suelen ser un resultado de los acuerdos y de los progresos en su ejecución.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la lucha contra la impunidad tiene grandes objetivos, que se presentan como valores a realizar y que se encarnan en la realidad de manera casi siempre imperfecta:

- el conocimiento de la verdad, el cumplimiento del deber de memoria y la preservación de pruebas,
- la realización de la justicia y
- la reparación, que incluye las garantías de no renovación.

Ahora bien, este último aspecto está estrechamente vinculado con los avances de la negociación. En efecto, las garantías de no renovación, a través de la modificación del aparato del Estado en el sentido de su democratización, así como el desarme de los grupos irregulares, son medidas que pueden crear confianza en las partes para seguir avanzando. En tal sentido, tampoco cuando se prevé la creación de una Comisión de la Verdad a la salida de un conflicto armado debe demorarse el momento de su instalación, investigación y elaboración de su informe.

VII. Inmunities y facultades de investigación

En general, las Comisiones que han existido hasta el presente han tenido, en distinta medida, las facultades de realizar su misión con un conjunto de garantías otorgadas por el acto de

creación, entre las que se cuentan la inmunidad de sus miembros y de sus archivos, el hecho de poder solicitar informes y testimonios en función de las investigaciones en curso e incluso de solicitar o adoptar medidas cautelares, ya sea en favor de víctimas o testigos, ya sea para preservar los indicios y las pruebas.

La extensión y las características de esas facultades varían según el carácter nacional o internacional de las distintas Comisiones. Estas facultades son mayores en el caso de la Comisión sudafricana, cuyo informe tiene consecuencias jurídicas concretas en materia de amnistía y procesamiento de los individuos investigados.

Sin embargo, este conjunto de garantías es necesario para asegurar la independencia, objetividad e imparcialidad de toda Comisión de la Verdad y tales garantías pueden considerarse como un conjunto de prerequisites indispensables para la credibilidad de las investigaciones de toda Comisión de este tipo.

Las lecciones recogidas en diferentes experiencias enseñan que muchas veces es necesaria una interpretación activa del mandato de la Comisión, para hacer respetar sus facultades de investigación. Las Comisiones de la Verdad investigan hechos que pueden constituir infracciones penales reprimidas por el derecho interno e incluso por el derecho internacional. En general, las Comisiones no han encontrado colaboración en las fuerzas armadas, de seguridad y policiales. Más aún, han debido actuar ante la marcada hostilidad de esos sectores del aparato del Estado, en muchos países en los que ha habido una continuidad institucional, no obstante la transición hacia la democracia o la solución política negociada del conflicto armado.

Sin embargo, algunas Comisiones han mostrado cómo la capacidad de investigación puede lograr resultados positivos aún en contextos difíciles, si existe determinación en la búsqueda de la verdad y si se han reunido algunos requisitos previos, tales como una cierta acumulación de información realizada durante el período de referencia.

Las facultades de investigación deben prever también las dificultades propias de cada situación y el temor justificado de las víctimas y testigos de sufrir todavía nuevas persecuciones, a título de represalia por sus denuncias. Por ello, la Comisión Sábato tuvo que realizar una importante labor en el exterior, al recibir testimonios de víctimas que vivían fuera de la Argentina y que habían decidido permanecer en el exilio no obstante la instalación del gobierno constitucional, porque no se sentían seguras en su país.

VIII. Reglas de procedimiento y evidencia

Reviste gran importancia la adopción de reglas de procedimiento y evidencia adecuadas para guiar las investigaciones y evaluar los indicios y pruebas recogidos. En este sentido existe ya una vasta experiencia acumulada por las Comisiones de la Verdad en materia de acopio de pruebas documentales, declaraciones de testigos, inspección de lugares –centros de detención, fosas comunes, etcétera. Esta experiencia comprende también el recurso a la prueba científica, incluida la antropología forense. Asimismo, existen precedentes tanto en materia de los procedimientos que deben observarse en el curso de una investigación, como sobre los estándares de prueba aplicables por parte de una Comisión de la Verdad.

En determinadas experiencias se ha llegado a precisar considerablemente las reglas de procedimiento para la investigación de los casos. Por ejemplo, se ha previsto la designación de un investigador, que al cabo de la instrucción del caso debe presentarlo a un panel con sus conclusiones. El panel, en definitiva, adoptará una decisión sobre el caso o podrá solicitar una ampliación de la investigación antes de pronunciarse. Los medios de prueba admisibles son muy amplios y el contacto directo entre la Comisión y los testigos debe garantizarse en toda la medida de lo posible.

En general, lo relativo a las reglas de procedimiento y evidencia puede confiarse al reglamento interno de la Comisión que ésta misma debería estar facultada para elaborar. También puede tratarse como un capítulo de su informe. Lo importante es que se hayan adoptado reglas claras en la materia.

Habría que elegir entre la adopción de un procedimiento de investigación público o un procedimiento reservado, lo que no quiere decir necesariamente confidencial o secreto. Por supuesto el informe en todos los casos debe ser público.

En muchas experiencias conocidas, las Comisiones debieron actuar con discreción, debido a la tarea altamente sensible que realizaban. Esto abarca tanto las transiciones a la democracia como las negociaciones para poner fin a un conflicto armado.

Protección de víctimas y testigos

En efecto, es imperioso preservar la seguridad de víctimas y testigos. Sin embargo, debería considerarse que las fuentes de información no pueden quedar en el anonimato y preverse la manera de registrar la identidad de esas fuentes, aún cuando las mismas nose den a publicidad en lo inmediato. Precisamente una de las mayores dificultades que han encontrado algunas Comisiones de la Verdad, es el temor a represalias que sienten las víctimas y los testigos.

Algunos autores han abogado por un procedimiento de investigación público, sin advertir el clima de terror o de inquietud que todavía perdura en muchas transiciones democráticas, incluso ante la presencia que se supone disuasiva de una misión de las Naciones Unidas. Asimismo, debe tenerse en cuenta la timidez del nuevo gobierno constitucional, que muchas veces teme despertar los demonios del pasado con una presentación abierta ante la opinión pública de los testimonios de la represión ilegal.

Por eso, un problema que debe encararse en todos los casos, es el de la protección de las víctimas, de sus derechohabientes y de los testigos (e incluso de los expertos), que desean presentar sus testimonios ante una Comisión de la Verdad en un proceso de transición democrática o de negociación de un acuerdo de paz.

A este respecto, una vez más es conveniente recurrir al proyecto de conjunto de principios sobre la lucha contra la

impunidad elaborado por Louis Joinet, que ha tratado de codificar una serie de garantías que se revelan necesarias sobre la base de la experiencia recogida a lo largo de dos décadas:

- Las víctimas sólo pueden ser llamadas a testimoniar ante la Comisión sobre una base estrictamente voluntaria.
- Puede admitirse el testimonio anónimo cuando se trata de víctima de agresiones sexuales, si un miembro de la Comisión puede garantizar la identidad del testigo y si el testimonio se incluye en el informe de la Comisión.
- Personal especializado debe asistir a las víctimas, en su lengua, especialmente cuando se trate de violencia sexual.
- Los gastos de los testigos deben estar a cargo del Estado.

En ocasiones es preciso ofrecer a los testigos y a las víctimas apoyo psico-social –como lo demuestra la actual experiencia de Haití en la preparación del proceso de Raboteau (suburbio de Gonaïves donde se produjo una ejecución sumaria colectiva atribuida a elementos de las fuerzas armadas y a una organización paramilitar, en abril de 1994, bajo el régimen de facto).

Estándares de prueba

Si bien las Comisiones de la Verdad no son organismos jurisdiccionales, es importante que se guíen por estándares de prueba claramente establecidos, para que sus conclusiones sean equitativas y convincentes. Es cierto que los estándares de prueba de una Comisión de la Verdad no son los mismos que los admitidos ante la justicia penal.

En efecto, en los procedimientos penales de los principales sistemas jurídicos, el principio de la presunción de inocencia tiene varios corolarios. La duda beneficia al acusado y éste sólo puede ser considerado culpable cuando la evidencia así lo indique –como lo suele expresar toda una corriente jurisprudencial– “más allá de toda duda razonable”. Una Comisión de la Verdad, que como se ha dicho no tiene funciones jurisdiccionales, aplica estándares de prueba menos severos, incluidos los criterios estadísticos (más pruebas a favor que en contra de las conclusiones de la Comisión).

A la fecha de la terminación de su informe, la Comisión Nacional de Argentina estimaba en 8,960 el número de personas desaparecidas, aunque indicaba que esa cifra no podía considerarse definitiva. Ahora bien, cuando el ministerio público formuló su acusación ante el tribunal contra los ex comandantes militares, lo hizo por sólo 709 casos de ese universo de casi 9,000 desaparecidos. Esto se debió a que los fiscales estimaron que en los 709 casos seleccionados, existían indicios y pruebas suficientes para que un tribunal de justicia considerara suficientemente acreditada la responsabilidad penal de los acusados en los hechos de la causa.

La Comisión de la Verdad para El Salvador sostuvo que en cada uno de los casos descritos en el informe especificaría el grado de certeza sobre el cual fundamentó su conclusión final. Los distintos grados de certeza definidos por la Comisión eran los siguientes:

- pruebas abrumadoras: pruebas contundentes o altamente convincentes en apoyo a las conclusiones de la Comisión;
- pruebas sustanciales: pruebas muy sólidas en apoyo a las conclusiones de la Comisión;
- pruebas suficientes: más pruebas en apoyo que en contra de las conclusiones de la Comisión.

¿Mencionar nombres?

Es una de las cuestiones que más se debatieron desde la aparición de los informes de la Comisión Sabato en Argentina en 1984, la Comisión Rettig en Chile en 1991 –que no hicieron alusión a nombres– y las que adoptaron la decisión opuesta: la Comisión del Chad, la primera en mencionar nombres en su informe publicado en mayo de 1992 y la Comisión de la Verdad para El Salvador, en marzo de 1993 (que mencionó a unos cuarenta funcionarios y magistrados –la mayoría oficiales de las fuerzas armadas– y a varios líderes guerrilleros).

Sin embargo, el estado del debate en la actualidad debe tener en cuenta los desarrollos de la protección internacional de los derechos humanos en la última década de este siglo, en particular después de la reciente publicación (en noviembre de

1998) del informe de la Comisión sudafricana de Verdad y Reconciliación. En efecto, este informe contiene más de 7,000 solicitudes de amnistía y puede ser la base de acciones penales contra determinadas personas mencionadas en el mismo.

Los argumentos son conocidos a favor y en contra de nombrar a los presuntos responsables de los abusos investigados. La negativa a nombrarlos se basa en el carácter no jurisdiccional de las Comisiones. Se sostiene que no pueden formularse cargos cuando los procedimientos no han sido contradictorios y no se han respetado las garantías del debido proceso legal.

Sin embargo, la Comisión de El Salvador recordó a este respecto que las partes en los Acuerdos de Paz:

“Dejaron muy en claro que era necesario llegar al ‘conocimiento cabal de la verdad’ y fue por eso por lo que se creó la Comisión. Sin embargo, no se puede decir toda la verdad omitiendo nombres. Al fin y al cabo, a la Comisión no se le encomendó redactar un informe académico sobre El Salvador. Se le pidió investigar y describir hechos de violencia de singular trascendencia y recomendar medidas destinadas a prevenir la repetición de tales hechos en el futuro. Este cometido no se puede lograr en abstracto, suprimiendo información (como por ejemplo, los nombres de los responsables de estos hechos) cuando se cuenta con testimonio fidedigno sobre la misma, sobre todo cuando las personas identificadas ocupan altos cargos y desempeñan funciones oficiales que guardan relación directa con las violaciones o su encubrimiento. El dejar de mencionar nombres reforzaría ese mismo manto de impunidad que las Partes encargaron a la Comisión levantar”.

Es un hecho que el organigrama de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales, la cadena de mandos, la estructura del estado mayor y del ministerio de defensa, deben ser investigados por una Comisión de la Verdad. Se trata a este respecto de la investigación de las responsabilidades funcionales, que tiene carácter previo a cualquier imputación de responsabilidad penal, civil o administrativa.

La relevancia de esta cuestión es patente en Haití, donde el secuestro de los archivos de la organización paramilitar putschista Frente Revolucionario por el Avance y el Progreso de Haití (FRAPH) y de las fuerzas armadas de Haití por parte de las fuerzas multinacionales bajo comando norteamericano, han privado de una fuente importante de información a la Comisión Nacional de Verdad y Justicia de ese país.

La importancia de las responsabilidades funcionales fue resaltada por el Comisionado de Honduras. Precisamente, el informe de Honduras en este aspecto trató de preparar el camino a la justicia. La investigación se centró en la responsabilidad institucional del alto mando del ejército, de los organismos de inteligencia y de otras unidades especiales. Asimismo, el informe elaboró una lista de los nombres de los responsables de dichas unidades, como funcionarios que eventualmente podrían ser investigados por la justicia. Además, el informe reproduce testimonios escritos y orales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los que se menciona a personas presuntamente vinculadas con casos concretos de desapariciones forzadas.

Evidentemente los problemas de este tipo no tienen tan sólo una dimensión jurídica. En determinadas transiciones democráticas pactadas, como en el caso de Chile, pudo ser difícil nombrar a los grandes responsables de la represión ilegal, que todavía ocupaban posiciones de poder en el aparato del Estado, ya sea porque no se tenía interés en hacerlo, ya sea porque se temía la reacción del estamento militar.

Los escrúpulos jurídicos encuentran una solución en las propuestas del tipo de las formuladas por el relator especial de la Subcomisión Louis Joinet en el proyecto de principios. En efecto, el principio 8 se refiere a las garantías correspondientes a las personas cuestionadas por una Comisión de la Verdad. Según dicho principio, si la Comisión, de acuerdo con su mandato, está autorizada para divulgar el nombre de esas personas, la Comisión debería asegurar un conjunto de garantías basadas en el principio de un procedimiento contradictorio.

Según el Proyecto, la Comisión debe esforzarse por corroborar las informaciones recogidas por otras fuentes. La persona implicada debe ser escuchada, o por lo menos convocada a tal efecto, y tener la posibilidad de hacer valer su versión de los hechos por una declaración. En su defecto debe poder agregar al *dossier*, en los plazos fijados, un documento escrito que corresponda a un derecho de respuesta.

IX. Personal, base de datos, centro de documentación, equipos de ciencia forense

Una Comisión que trate de investigar en profundidad casos complejos y numerosos, requiere un *staff* adecuado en cuanto al número y a la especialización de sus efectivos. Tal fue el caso de ciertas Comisiones latinoamericanas como la argentina y la chilena (alrededor de 60 miembros cada una). Otras Comisiones tuvieron *staff* muy reducido –Uganda, Chad, Rwanda, y Filipinas–, lo que dejó gran parte del peso del trabajo a los mismos comisionados.

En el caso de El Salvador, se excluyó a personas que habían trabajado previamente en el campo de los derechos humanos en ese país por el temor de que, ante la perceptible hostilidad militar hacia la Comisión, se considerara que sus análisis podían estar de alguna manera “sesgados” por su experiencia previa.

Es cierto que la composición del *staff* puede estar en alguna medida condicionada por el contexto político. Sin embargo, aceptar condicionamientos arbitrarios en la composición del *staff* sería, en definitiva, tan peligroso como aceptarlos en la designación de los comisionados. La reciente experiencia del Congo (Kinshasa), muestra lo peligroso de realizar concesiones en cuestiones de principio. En efecto, allí se aceptó el veto por parte del gobierno de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que debía encabezar una investigación que en definitiva se frustró –no obstante las numerosas concesiones realizadas– por falta de colaboración de ese mismo gobierno.

La calidad ética y profesional del *staff* y su carácter equilibrado y armónico, incluso desde el punto de vista psicológico,

tanto a nivel individual como colectivo, reviste gran importancia para personas que deberán actuar sobre el terreno, muchas veces sometidas a tensiones, hostigamiento e incluso, en algunas circunstancias, situaciones de peligro.

El proceso de reclutamiento debe ser cuidadosamente preparado y no hacerse de manera burocrática. En general, un *curriculum vitae* no basta para el reclutamiento de un candidato destinado a una función de estas características. Cuando la entrevista personal no es fácil de realizar –como suele ocurrir en la contratación del personal internacional– por lo menos debe haber una entrevista telefónica suficientemente detallada y profunda, como para que el entrevistador pueda hacerse una idea acabada de las características personales y profesionales de los candidatos. Las candidaturas deberían presentarse ante un panel que debería resolver sobre la base de un informe presentado por el entrevistador.

La estructura del *staff* debería guardar relación con las características de la investigación que se propone efectuar, la magnitud y naturaleza de los fenómenos analizados, etcétera. Es evidente que las limitaciones de recursos humanos y financieros pueden obligar a apartarse de esa norma ideal y a aproximarse a un funcionamiento artesanal, riesgo que han corrido algunas Comisiones nacionales.

En términos organizativos y sobre la base de diversas experiencias, es posible sostener que hay dos departamentos claves: el de los investigadores y el de los analistas legales, que deben a su vez tener una visión amplia y no formalista del derecho. Otros departamentos especializados, como el de los técnicos en la base de datos y los antropólogos forenses, se fortalecen si están encuadrados por los dos anteriores.

En efecto, es preciso señalar que actualmente es imperioso recurrir a la prueba científica y en especial a la antropología forense, cuando se investigan ejecuciones sumarias individuales o colectivas, o desapariciones forzadas de personas.

Es igualmente indispensable el instrumento informático para el conjunto de las investigaciones. La base de datos debe

estar orientada al objetivo mayor que es la organización y preservación de los indicios y pruebas recogidos por la Comisión. Esto significa que debe configurarse precisamente en función de una clara comprensión de los fenómenos analizados, lo que requiere un conocimiento acabado de lo que se ha llamado antes la “lógica” de la represión.

En los distintos sistemas jurídicos, una disciplina muy sistematizada es el derecho penal, que ha elaborado el concepto de “tipicidad” de las infracciones. En el derecho internacional de los derechos humanos aún no existe el mismo consenso sobre la tipología de las violaciones. Esto ha planteado problemas prácticos a muchos organismos de terreno que verifican la violación de los derechos humanos, tales como los componentes de derechos humanos de las misiones de mantenimiento de la paz. Dichos problemas deben ser resueltos por los responsables de una Comisión de la Verdad, una vez escuchados los criterios técnicos de los asesores especializados.

La contribución de los especialistas en las diversas áreas debe ser armónica y corresponder a la dirección general impresa a la investigación. Esto exige una clara asignación de funciones, que puede estar graficada en el organigrama del *staff*, con funciones bien definidas para el secretario general o ejecutivo, el responsable de investigaciones, el asesor jurídico en jefe, los responsables de la base de datos, el equipo de antropólogos forenses, etcétera.

Además, el centro de documentación puede colaborar activamente con la preservación de los archivos, para lo cual muchas veces no existe la experiencia ni los medios necesarios en muchos países. La cuestión de los archivos es en efecto una cuestión de importancia política e histórica mayor, como se ha dicho varias veces en este artículo.

Pero la cuestión de los archivos es algo más complejo que el mero procesamiento de las informaciones. Una Comisión de la Verdad es la única, en muchas circunstancias, que puede organizar la memoria colectiva de un período especialmente doloroso y conflictivo en la vida de un pueblo. Tal como lo han mostrado algunas experiencias de las últimas décadas, como

los distintos Memoriales del Holocausto⁷, ésta es una cuestión que exige esfuerzo y talentos aplicados a las técnicas de la museología, la iconografía, etcétera.

Un aspecto al que no siempre se ha prestado la atención debida, es a la contribución de la cultura en el rescate de la memoria colectiva. A este respecto, tal vez sea útil señalar como experiencia concreta, que el estilo memorable de la acusación fiscal en el juicio a los integrantes de las tres primeras juntas militares en la Argentina, es el resultado del talento de un escritor y autor dramático –Carlos Somigliana– que a la vez fue durante largos años funcionario judicial en su país.

X. Las conclusiones y recomendaciones de la Comisión de la Verdad

El informe de la Comisión y en especial sus conclusiones y recomendaciones, en los países en los que dichos informes tuvieron mayor influencia, han sido un acto fundacional, vale decir, un acto que mostró la decisión de la sociedad de dar vuelta a una página de su historia. Ese acto expresa al mismo tiempo las aspiraciones de la sociedad hacia la instauración de una nueva etapa de imperio del derecho, construcción de la democracia y respeto, garantía y promoción de los derechos humanos.

En efecto, un aspecto importante de las Comisiones de la Verdad, que se evidencia especialmente en sus conclusiones y recomendaciones, es la voluntad de ruptura con el pasado, que debe expresarse a través de un acto oficial. De ahí la importancia del carácter oficial de la Comisión, sobre el que se ha insistido aquí.

Las Comisiones han aparecido en períodos de salida de regímenes dictatoriales o autoritarios y de transición hacia la democracia o en el curso de la solución negociada de un conflicto armado, muchas veces resultado de injusticias estructurales, de violaciones sistemáticas de los derechos humanos y

7 Puede tenerse en cuenta, por ejemplo, el organizado por el escritor francés Marek Halter en Lyon durante el juicio de Klaus Barbie.

de la inexistencia del estado de derecho. Esto hace que uno de los requisitos de la estabilidad política y del desarrollo sostenible en la nueva situación, sea la vigencia plena de la democracia y de los derechos humanos. Para ello, en algunos casos, es preciso reconstruir un estado de derecho que alguna vez existió. Sin embargo, son aún más numerosos los casos en que el estado de derecho no ha existido nunca o adolecía de deficiencias estructurales a lo largo de la historia de los respectivos países.

Por eso el capítulo de conclusiones y recomendaciones es importante y también lo son los mecanismos de seguimiento, que pueden ser variados, pero cuya existencia debería preverse en el informe.

Si bien lo ideal sería que todo informe comporte tanto investigaciones adecuadas como sólidas conclusiones, es un hecho que en determinados informes muy valiosos, el capítulo de las conclusiones es más bien sucinto –como en el caso de Argentina– y en otros muy desarrollado –como en el caso de Chile, e incluso en el de Haití.

Sin embargo, no se debe olvidar que lo esencial es el aspecto dinámico de un informe, su impacto en la sociedad, el hecho de que sea seguido o no de acciones judiciales y de una política de reparación. Pero también es importante que el informe pueda estimular la reforma del Estado y en especial de la justicia y de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales, en un sentido republicano y democrático.

Mayor atención deberá dedicarse en el futuro, tanto en los procesos de transición democrática como en los de negociación de conflictos, a las garantías del cumplimiento de las recomendaciones de una Comisión de la Verdad.

Se debería tratar de evitar experiencias tan frustrantes como la de El Salvador que se ha referido aquí o la de Chile, en donde la coyuntura política hizo que pocas semanas después de la publicación del informe, el mismo se enterrara prácticamente sin debate.

La experiencia indica que allí donde se aplicó una política bastante coherente de reparación –como en Argentina y Chi-

le–, hubo organismos de ejecución que se encargaron de este aspecto esencial en materia de derechos humanos: la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio del Interior en el caso de Argentina –a pesar del retroceso en la lucha contra la impunidad constituido por los indultos concedidos por el Presidente Carlos Menem a condenados y procesados por el terrorismo de Estado– y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación en el caso de Chile –no obstante las enormes dificultades que se opusieron y todavía se oponen a la acción de la justicia en ese país.

Por el contrario, una de las mayores deficiencias en el caso de El Salvador fue que se desoyeran las recomendaciones de la Comisión, incluida la de creación de una Fundación.

Evidentemente, el campo de las conclusiones y recomendaciones de una Comisión es muy amplio. Un aspecto específico es el referido a las responsabilidades individuales en Comisiones como las de El Salvador y Sudáfrica, cuyo informe era relevante para la situación jurídica individual de las personas.

En lo que se refiere al catálogo de recomendaciones, sería útil referirse como fuente de inspiración al intento de codificación representado por los proyectos de conjuntos de principios de los que son autores los señores Louis Joinet y Theo van Boven, sobre la lucha contra la impunidad y la reparación, respectivamente (el segundo de ellos revisado actualmente por Cherif Bassiouni).

En efecto, sobre la base de ambos documentos y la experiencia recogida por las Comisiones que han existido hasta el presente, es posible enunciar como temas para las recomendaciones, un vasto arco de cuestiones, a más de las que específicamente tienen que ver con la verdad, la justicia y la reparación. Estas recomendaciones pueden incluir también aspectos importantes de la reforma del Estado y en especial del poder judicial, de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales, que parecen de importancia primordial para asegurar las llamadas garantías de no repetición de las violaciones de los derechos humanos.

Por último, cabe reiterar que una cuestión que debería merecer más atención en lo sucesivo, es la relativa al seguimiento de las recomendaciones de una Comisión de la Verdad. En la experiencia de Haití varias veces mencionada en este artículo, el aspecto probablemente más valioso del informe de la Comisión Nacional de Verdad y Justicia es el constituido por el capítulo de las recomendaciones, que incluye la de instalar un Comité de Seguimiento que a su vez deberá contribuir a la creación de una *Comisión de Reparaciones*, con participación de la sociedad civil. Ahora bien, esas recomendaciones fundamentales aún se encuentran pendientes de cumplimiento, cinco años después de presentado el informe al Presidente de la República.

El seguimiento puede estar previsto en el informe de la Comisión, que puede proponer la creación de un organismo específico o puede atribuirse a un organismo nacional de protección de los derechos humanos –como el *ombudsman* y las comisiones nacionales de derechos humanos. También puede confiarse a otros organismos estatales o paraestatales. Las soluciones son variadas y algunas ya han sido mencionadas aquí. En todos los casos, es deseable que en el seguimiento de las recomendaciones del informe se asegure una amplia participación de la sociedad civil y, en particular, de las ONG de derechos humanos.

Algunas referencias bibliográficas

- Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*. Primera edición. EUDEBA, Buenos Aires, Argentina, 1984.
- Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Reedición. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago de Chile, 1996.
- Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, *Informe sobre Calificación de Víctimas de Violaciones de Derechos Humanos y de la Violencia Política*. Primera edición. Santiago de Chile, 1996.

- Comisión de la Verdad para El Salvador, *De la Locura a la Esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador. Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador*. Naciones Unidas, San Salvador y Nueva York.
- Commission Nationale de Vérité et de Justice, *SI M PA RELE (Si yo no grito...)*. Informe de la Commission Nationale de Vérité et de Justice. Nueva edición. Haití, 1997.
- *Final Report of the Commission of Inquiry into Involuntary Removal or Disappearance of Persons in the Western, Southern and Sabaragamuwa Provinces*. Printed on the orders of the Government of Sri Lanka. September 1997.
- Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), *Guatemala, Memoria del Silencio. TA'INIL NA'TAB'AL. Conclusiones y Recomendaciones del Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico*. Ciudad de Guatemala. Febrero de 1999.
- Cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos (civiles y políticos). Informe final revisado del señor Louis Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión de Lucha contra las Discriminaciones y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas. El anexo de ese informe contiene el proyecto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad. Documento ONU E/CN.4/Sub.2/1996/18.
- Estudio sobre el derecho de restitución, indemnización y readaptación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe final presentado por el señor Théo van Boven, Relator Especial. Documento ONU E/CN.4/Sub.2/1993/8.
- Hayner, Priscilla B., Fifteen Truth Commissions, en *Human Rights Quarterly*, noviembre de 1994.
- Hayner, Priscilla B., *Unspeakable Truths* Routledge, New York, 2000.

- Popkin, Margaret and Naomi Roht-Arriaza, Truth as Justice; Investigatory Commissions in Latin America, 20 *Law and Social Inquiry* 79 (1995).
- Albon, Mary, *Truth and Justice: The Delicate Balance-Documentation of Prior Regimes and Individual Rights*.
- Buergenthal, Thomas, The United Nations Truth Commission for El Salvador, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Número 3, Tomo 27, octubre de 1994.
- Cassel, Douglass W., International Truth Commissions and Justice, 5 *The Aspen Institute Quarterly* 69, 1993.
- Kritz, Neil J. (editor) *Transitional Justice*. Foreword by Nelson Mandela. Volume I, General Considerations. United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995 (Se pueden consultar también extractos de los informes de diversas Comisiones de la Verdad en el Volumen III de esta obra).
- Scharf, Michael P., The Case for a Permanent International Truth Commission, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, Volume 7, No. 2.
- Méndez, Juan E., Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos, en Martín Abregú y Christian Courtis (compiladores) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS-Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- Oliveira, Alicia y María José Guembe, La verdad, derecho de la sociedad, en Martín Abregú y Christian Courtis (compiladores) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS-Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1997.

LA EXPERIENCIA DEL CONO SUR EN MATERIA DE COMISIONES DE LA VERDAD

Felipe Michellini

El presente artículo analiza el trabajo de las “Comisiones de la Verdad” de Argentina, Chile y Uruguay, en el marco de las transiciones políticas del terrorismo de Estado y su legado de violaciones a los derechos humanos, a las nóveles democracias.

Asimismo, se exploran y ubican las iniciativas actuales en relación con el pasado reciente y en particular, la situación de los detenidos desaparecidos, en el marco de los regímenes democráticos ya consolidados, luego de las transiciones políticas ocurridas.

Por último, es un homenaje a las víctimas y también un reconocimiento a todos aquellos que continúan, en forma cotidiana y anónima, la lucha contra la impunidad, por la verdad y la memoria.

I. Marco general

Las Comisiones de la Verdad, independientemente de su naturaleza¹, denominación², funciones³ y resultados concretos,

1 José Zalaquett expresa: “Las comisiones de la verdad procuraron funcionar como jurados morales, no como tribunales de corte jurídico. Una excepción sería, en términos relativos, la de la Comisión Verdad y Reconciliación de Sudáfrica...” Zalaquett, José, “Procesos de Transición a la democracia y políticas de derechos humanos en América Latina”, en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos, Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, IIDH, San José, 1998. Página 126.

2 Phillipe Joinet las denomina “Comisiones no Judiciales de Investigación” en su informe final presentado ante la Comisión de Derechos Humanos: “*La administración de la Justicia y los derechos humanos de los detenidos - La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*”, (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rév.1).

han sido uno de los instrumentos de las nóveles democracias a *posteriori* de los regímenes militares en el Cono Sur, para abordar la verdad sobre su pasado reciente de terrorismo de Estado y construir una memoria viva para que estos hechos no vuelvan a repetirse.

Revisar los trabajos de estas Comisiones de la Verdad en Argentina, Chile y Uruguay en el año 2000, nos impone referirnos a los procesos políticos de las transiciones⁴ que ocurrieron en estos países, como también recordar el legado de graves violaciones a los derechos humanos. Si no lo hiciéramos así, perderíamos la perspectiva de cómo operaron las Comisiones de la Verdad en estos países.

No se puede obviar el proceso de consolidación de la democracia en estos tres países, lejana ya la dictadura y la transición, más teniendo en cuenta que se incorporan a la vida cívica quienes nacieron justamente durante aquellos acontecimientos.

Por otra parte, la lucha contra la impunidad cuenta en su haber muchos triunfos y muchas derrotas, pero se ha atesorado una vasta experiencia a todo nivel: práctico, teórico y judicial.

En esa línea de acción, se han superado las etapas más difíciles en cuanto a la lucha contra la impunidad y en relación con las Comisiones de la Verdad *de la segunda etapa*⁵, sin desmerecer el trabajo de las primeras, pero siendo un testimonio viviente que se está otra vez en la ofensiva.

3 Hayner identifica cuatro características propias de las “Comisiones de la Verdad”: a) estudia el pasado, b) analiza un patrón de violaciones a los derechos humanos en un determinado período de tiempo, c) son organismos con un plazo determinado para sus trabajos y d) investidura oficial para obtener información. Hayner, Priscilla, “Fifteen Truth Commissions - 1974 to 1994: A Comparative Study”, en *Human Rights Quarterly*, volumen 16, número 4 (1994) citado en Krítz, Nel J. *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*, United States Institute of Peace, página 225 (1995).

4 Zalaquett: “En los últimos catorce años el tema de cómo tratar las violaciones del pasado reciente, durante una transición hacia la democracia, se ha convertido en un campo especializado de la práctica política y de los derechos humanos, tales como la teoría política, la ética y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Op. cit.*, página 107.

5 Más adelante se pondrá a discusión si es posible denominar Comisiones de la Verdad *de la segunda etapa* a las constituidas en Chile y Uruguay, actualmente.

Repasemos entonces los procesos que tuvieron estos tres países, que no por conocidos, dejan de ser importantes para la ubicación real de estos temas. Durante la década de los años setenta, América Latina vivió una época de dictaduras militares y autoritarismo. En el Cono Sur, estos regímenes presentan características que los distinguen de sus antecedentes próximos. Por una parte, fueron gobiernos de facto inspirados en la doctrina *de la seguridad nacional*, alentada por los Estados Unidos de Norteamérica en el marco de la confrontación en la región de los bloques generados a nivel mundial luego de la segunda guerra mundial, en lo que fue la *guerra fría*. En este contexto, las fuerzas militares ejercieron el control absoluto del poder étático, con mayor o menor legitimación, sin perjuicio de que desde el punto de vista constitucional significaron –en todos los casos– un quiebre flagrante de la institucionalidad vigente.

Los gobiernos militares, sus gobernantes y embajadores, fueron reconocidos como representantes de sus estados por parte del conjunto de la comunidad internacional. La reacción de ésta frente al incumplimiento de las obligaciones de aquéllos en materia de derechos humanos, no fue homogénea. De cualquier forma, los diversos mecanismos de supervisión de los derechos humanos de la época constataron en Argentina, Chile y Uruguay la violación de los derechos que hacen a la dignidad humana.

El dolor y sufrimiento de las víctimas y sus familiares igualaron a estas formas de dominación política, en prácticas muchas veces coordinadas. El avasallamiento del derecho a la vida y la a seguridad personal fueron un denominador común de estos regímenes, con violaciones masivas, graves y sistemáticas a estos derechos, así como la restricción de las libertades políticas y civiles –incluidas las libertades de expresión, de prensa y de asociación–, la detención y la prisión arbitrarias, la falta de recursos administrativos y/o judiciales efectivos contra los abusos del poder, la cárcel o el confinamiento, el exilio y el destierro, la desaparición forzada o el asesinato político.

Asimismo, es notoria la participación de los tres regímenes conjuntamente con los de Bolivia, Brasil y Paraguay en la

llamada integración de las bayonetas, conocida como la “Operación Cóndor”, a través del plan y de la acción coordinada de eliminación física de opositores y disidentes políticos.

Estos regímenes de Argentina, Chile y Uruguay coincidieron tristemente en materia de violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, desde una perspectiva más analítica y precisa, fueron distintos en la metodología y en la forma específica y notoria de violación de la dignidad humana. Todas las prácticas reflejo de una política de Estado, motivadas primero por la consolidación del poder fáctico, luego por el afán de mantenerlo y en definitiva por el sólo hecho de que la víctima no conculcase el credo de dichos regímenes.

En efecto, en la República Argentina se implementó un plan sistemático de desaparición forzada, con el fin de lograr el exterminio de opositores y disidentes políticos y sociales. En Chile se presentó un cuadro de ejecuciones extrajudiciales y arbitrarias a manos del régimen del general Pinochet y en Uruguay se generó una situación de tortura sistemática, prisión prolongada y detenciones arbitrarias.

Fue ésta la situación que las nóveles democracias encuentran: sociedades profundamente heridas en su esencia ética más íntima, que hasta el día de hoy padecen y que no han logrado recuperarse del impacto de tales agresiones en el entramado social.

Las autoridades civiles, en el marco de transiciones complejas, tenían que desarrollar medidas activas en pos de la realización de la justicia, la averiguación de la verdad, la construcción de la memoria, la compensación a las víctimas, la depuración de los cuerpos de seguridad de aquellos funcionarios más comprometidos con las violaciones de derechos humanos, e intentar reconciliar a una sociedad dividida por estos hechos. Todo ello, sin perjuicio del resto de la acción política y administrativa del Estado y el gobierno.

El compromiso político con los objetivos referidos de quienes fueron los primeros jefes de Estado y de gobierno luego del traspaso de éste por parte de las autoridades militares y que

asumieron la conducción de la administración de Argentina, Chile y Uruguay, no era idéntico. A su vez, las alianzas y soportes políticos y sociales también eran dispares, como era distinta la situación en que se encontraban las fuerzas armadas. Esta combinación de factores explica en cierta medida la ausencia o la implementación de políticas en puntos claves relacionados con nuestro pasado reciente, así como las políticas erráticas en otras áreas⁶.

En la misma línea de razonamiento, existe una aproximación a estos temas que justifica ciertas políticas concretas o la falta de ellas, sobre la base de las restricciones reales que existieron o que existen, como por ejemplo: la imposibilidad de juzgar a todos los militares o lo inadecuado del marco jurídico. Otros apuntan a que las propias transiciones políticas *encorse-taron* toda la política en materia de derechos humanos en relación con el pasado reciente.

Es cierto que fue distinta la transición del régimen autoritario al democrático (elección de autoridades por el pueblo, vigencia del principio de la mayoría y un voto por persona) que recorrieron cada uno de estos países. También fue distinto el hecho determinante a partir del cual se inició la transición, a saber: la imprevisible derrota política de los militares uruguayos en el plebiscito constitucional de 1980, el resultado de la

6 Elin Skaar señala que las opciones de las políticas de los gobiernos post-régimen sobre el régimen anterior, dependen de la tensión entre la fuerza del régimen saliente para que se garantice la impunidad y la de las fuerzas que reclaman verdad y justicia. Para Skaar, el gobierno tiene las siguientes opciones: a. no hacer nada; b. establecer una Comisión de la Verdad y c. realizar juicios penales. Skaar, Elin “Truth commissions, trials - or nothing? Policy options in democratic transitions”. en *Third World Quarterly*, volumen 20, número 6, página 1123 (1999).

Zalaquett, analizando las opciones políticas post-régimen, identifica nueve tipos, que resumimos en forma sumaria: a) régimen saliente luego de una derrota militar; b) y c) pacto o adhesión a una salida política de la oposición y el régimen saliente mantiene el control de las fuerzas armadas; d) perdón popular por el paso del tiempo; e) nuevo gobierno enfrenta un conflicto armado y tiene que acudir a los principales del anterior régimen como aliados, f) unidad nacional puesta en riesgo por las divisiones étnicas, nacionales o religiosas; g) caída de los regímenes comunistas; h) acuerdos de paz; e i) la situación de Sudáfrica. *Op. cit.*, página 112.

Tanto Skaar como Zalaquett parten de la base de que el régimen quiera tomar alguna medida en relación con el pasado reciente sin observar que puede ocurrir –y el caso uruguayo sería uno de ellos– que la nueva administración se transforme en el principal defensor de la impunidad, no ya por omisión o inacción, sino en forma proactiva.

aventura bélica del general Galtieri en Argentina en 1982 y la transición restringida aceptada por la oposición en Chile en 1989.

Pero el asumir que las transiciones fueron peculiares y entender que existieron y existen restricciones políticas y sociales de importancia que limitan la voluntad de los gobernantes⁷, es muy distinto a justificar la falta de voluntad para tener políticas claras, consistentes y sostenidas en esta materia y es un asunto que no puede ser dejado de lado cuando se pasa revista a estos hechos⁸.

Tampoco se puede dejar de considerar que, a la falta de esa voluntad gubernamental se le ha opuesto una sociedad civil organizada, que en forma constante –aunque con distinta intensidad de acuerdo con el momento–, ha reclamado justicia, verdad y memoria.

En esta tensión, el reclamo de justicia centró el debate y desplazó en principio los otros reclamos. La auto amnistía de la junta militar chilena de 1978, las leyes de “obediencia debida”, de “punto final” y los indultos en Argentina, como la “ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado” en Uruguay, no fueron, de cualquier manera, suficiente obstáculo para el debate sobre la verdad histórica y colectiva, así como sobre la verdad individual y concreta, debate que hace a la propia construcción de la identidad de nuestros pueblos y a la consolidación del régimen democrático basado en el respeto irrestricto de los derechos humanos.

No obstante, a más de diez años de iniciada la transición política chilena después de la dictadura, a casi veinte años del cambio en Argentina y a quince años de que los civiles asumie-

7 Zalaquett distingue entre *voluntad política* y *viabilidad política*. *Op. cit.*, página 110.

8 Juan Méndez agrega: “Pero la situación difiere de cuando los gobiernos avalan la impunidad y luego, como un gesto de lástima hacia las víctimas, les dan un informe a cambio y esperan que todo quede rápidamente olvidado”. Méndez, Juan “Responsabilidad por los Abusos del Pasado” en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez, IIDH, San José, 1998. Página 89.

ran el gobierno en Uruguay, el tema de la dilucidación de la verdad sobre nuestro pasado reciente sigue aún vigente⁹.

II. Las Comisiones de la Verdad: primera etapa

Las Comisiones de la Verdad en la primera etapa de los gobiernos civiles, fueron una respuesta para asumir la verdad y la memoria. La verdad como una explicación general y colectiva –no particular– más allá de casos paradigmáticos, con el fin de establecer un relato oficial del Estado, apuntando a generar una base conceptual para mantener una memoria viva de lo ocurrido en el pasado reciente.

En esta primera respuesta encontramos como Comisiones de la Verdad a nivel nacional (sin desconocer que se llevaron adelante algunas iniciativas locales o provinciales), la *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* de la República Argentina¹⁰, las dos Comisiones Investigadoras de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay¹¹ y la *Comisión Verdad y Reconciliación* de la República de Chile¹².

9 Elin Skaar afirma claramente el proceso dinámico de la lucha contra la impunidad: “Todo muestra que la dinámica del poder establecida en la transición no está fijada en forma permanente. El reclamo mantenido o aumentado (...) puede alentar o presionar a un gobierno democrático inicialmente renuente a implementar más políticas a favor de los derechos humanos”. *Op. cit.*, página 1124 (traducción del autor).

10 Decreto número 187/83 del 15/12/83, por el que se creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP).

11 *Comisión Investigadora sobre la Situación de las Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron* (9/04/1985 al 7/11/1985, informe final: tomo 620, página 540. d.s. 1856) y *Comisión Investigadora sobre Secuestro y Asesinato Perpetrados contra los ex legisladores Héctor Gutiérrez Ruíz y Zelmar Michelini* (9/04/1985 al 13/10/87, informe final: tomo 631, página 599. d.s. 1968).

12 Decreto número 355/90, del 25/04/1990 que crea una Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig). Integrantes: Presidente Raúl Rettig Guissen; miembros Jaime Castillo Velasco, José Luis Cea Egaña; Mónica Jiménez de la Jara, Ricardo Martín Díaz, Laura Novoa Vásquez, Gonzalo Vial Correa, José Luis Zalaquett Daher, Secretario Jorge Correa Sutil.

Mandato: artículo 1°:

- 1) Establecer un cuadro lo más completo posible sobre los graves hechos de violación a los derechos humanos, sus antecedentes y circunstancias.
- 2) Reunir información que permitiera individualizar a sus víctimas y establecer su suerte o su paradero.
- 3) Recomendar las medidas de reparación y reivindicación que estimara de justicia y

Con excepción de la iniciativa chilena, las otras Comisiones de la Verdad no llevan en su denominación el término *Verdad*. No obstante, a todas se las puede clasificar precisamente en esta categoría, ya que se ubican, desde el punto de vista orgánico-institucional, fuera del Poder Judicial, en tanto claramente no tienen como fin “aplicar la ley” en el caso concreto, fallando sobre hechos en clave de verdad judicial para penar o sancionar personas por actos u omisiones. Tanto es así que para esos efectos, todas terminan enviando sus actuaciones en forma concreta o genérica, a los tribunales de justicia.

El objetivo de estas Comisiones fue establecer un relato sobre el pasado reciente de las violaciones a los derechos humanos, recurriendo a diferentes fuentes. Una de sus principales debilidades fue carecer del poder coactivo contra aquel que no se presentara voluntariamente a testificar y no disponer de acceso a documentación oficial.

El ámbito en Argentina y Chile fue una Comisión independiente o autárquica creada especialmente a estos efectos, a través de resoluciones del Poder Ejecutivo. En Uruguay, el ámbito fue parlamentario.

En Argentina, la Comisión de la Verdad fue integrada por personalidades independientes, incluyendo legisladores¹³. En Chile, en cambio, se integró por afinidad con el Presidente de la República, contando la Comisión con algún simpatizante notorio del régimen militar¹⁴. En Uruguay las Comisiones se

4) Recomendar las medidas legales y administrativas que a su juicio debieran adoptarse para impedir o prevenir la comisión de nuevos atropellos graves a los derechos humanos.

13 El Presidente Alfonsín convocó a las siguientes personalidades: Ricardo Colombres, René Favalaro, Hilario Fernández Long, Carlos T. Gattinoni, Gregorio Klimovsky, Marshall T. Meyer, Jaime F. de Nevares, Eduardo Rabossi, Magdalena Ruiz Guiñazú y Ernesto Sábato. Se organizó bajo la presidencia del escritor Ernesto Sábato, con cinco secretarías encabezadas por Graciela Fernández Meijide, Daniel Salvador, Raúl Aragón, Alberto Mansur y Leopoldo Silgueira. Los legisladores integrantes fueron los Diputados Santiago Marcelino López, Hugo Diógenes Pucill y Horacio Hugo Huarte, de la bancada de la Unión Cívica Radical.

14 Weissbrodt an Paul Frase, “Book Review: report of the Chilean National Commission on Truth and Reconciliation” verKritz, Neil J., *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*, United States Institute of Peace, 1995. Página 225.

integraron con la correspondiente cuota política de orden en un ámbito parlamentario¹⁵.

En Argentina y en Chile se le dio amplia difusión a los informes finales de ambas comisiones; en Uruguay, en cambio, los trabajos de las Comisiones eran secretos o reservados y si bien el debate parlamentario sobre las conclusiones de las mismas fue público, el trabajo de fondo no fue difundido en forma oficial y masiva.

Es muy interesante establecer el paralelismo entre las fechas de ratificación de los principales instrumentos de protección de los derechos humanos de los tres países con el contexto político-institucional¹⁶. Es bueno tener presente el papel que tuvieron los pactos internacionales en tales temas. En efecto, la incorporación de esos instrumentos a los respectivos órdenes jurídicos, reforzó el compromiso ante la comunidad internacional de velar por el respeto irrestricto de los derechos humanos. Al mismo tiempo, significó un avance en la protección nacional de los mismos.

Como expresamos anteriormente, el trabajo de estas Comisiones de la Verdad fue opacado por el debate sobre la responsabilidad penal de los autores, coautores y cómplices de las graves violaciones de los derechos humanos de los regímenes militares.

15 La Comisión Investigadora sobre Personas Desaparecidas estaba integrada por los diputados Mario Cantón (PC), Víctor M. Cortazzo, Francisco A. Forteza (PC), Hugo Granucci (PC), Nelson Lorenzo Rovira, Oscar López Balestra (PN), Edén Melo Santa Marina (FA), Elías Porras Larralde, Víctor Vaillant (PC), Alfredo Zaffaroni Ortiz, Edison H. Zunini.

La Comisión Investigadora Michelini-Gutiérrez Ruiz estaba integrada por los diputados Yamandú Fau (FA), Alem García (PN), Luis Alberto Heber (PN), Luis Hierro López (PC), Mario Daniel Lamas (PC), Oscar Magurno (PC), Luis José Martínez Villalba (PN), Ramón Pereira Pabén (PC), Carlos Pita (PN), Edison Rijo (PC), Yamandú Sica Blanco (FA).

(PC: Partido Colorado; PN: Partido Nacional; FA: Frente Amplio).

16 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Argentina: 8 de agosto de 1986, Chile: 10 de febrero de 1972, Uruguay: 1 de abril de 1970); Convención Americana de Derechos Humanos o *Pacto de San José* (Argentina: 5 de septiembre de 1984, Chile: 21 de agosto de 1990, Uruguay: 19 de abril de 1985); Convención Intemacional contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles e Inhumanos (Argentina: 24 de septiembre de 1986, Chile: 30 de septiembre de 1988, Uruguay: 24 de octubre de 1986); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Argentina: 28 de febrero de 1996, Chile: estado signatario que no la ha ratificado aún, Uruguay: 2 de abril de 1996).

El caso argentino es paradigmático: el 24 de marzo de 1976 ocurrió en Argentina el anunciado golpe militar. Las que no fueron previsibles fueron las consecuencias que el futuro próximo enseñaría. La destitución de la Presidenta Constitucional, señora María Estela Martínez de Perón, ponía fin a una etapa de gobierno constitucional en la transición Cámpora - Perón - Martínez de Perón.

La falta de legitimidad constitucional del régimen militar no puede ocultar el hecho de que en esos años la sociedad argentina enfrentó un grado creciente de violencia política e institucional y que la irrupción del factor militar fue percibida por importantes sectores de la sociedad como de orden imprescindible e inevitable.

El régimen militar instaló un sistema de genocidio contra la población civil a través de la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas, a una escala masiva comparable con el genocidio perpetrado por el nacional-socialismo alemán.

Nueve años después de tomar el poder, luego de la derrota militar sufrida a manos de los británicos en la aventura armada del general Galtieri en la disputa del control de hecho de las islas Malvinas, la dictadura militar argentina traspasará la jefatura del Estado.

El reconocimiento oficial de la dictadura militar de las violaciones a los derechos humanos se desarrolló en el contexto del total y absoluto desprestigio de las fuerzas armadas argentinas y del flamante gobierno del socialdemócrata Presidente Raúl Alfonsín. Éste, máximo líder del tradicional partido Unión Cívica Radical, llegó al gobierno con un discurso político con un énfasis superlativo en los derechos, deberes y garantías de las personas, tal como estaba establecido en la Constitución de la República Argentina.

Es esta primera transición que experimenta la región la que enfrenta el desafío de responsabilizar a los autores de las violaciones más graves de los derechos humanos perpetradas

durante el régimen anterior¹⁷. A ello hay que sumarle que no había experiencia ni tradición latinoamericana de juzgar a ningún dictador y menos a la casi totalidad de integrantes de las fuerzas armadas. Asimismo, el cuadro de violaciones a los derechos humanos nunca había sido tan grave, masivo, ni extendido en el tiempo.

Lo que en el idioma y derecho anglosajón está expresado concretamente con el giro idiomático de “accountability”¹⁸, puede desglosarse en el derecho a la justicia, el derecho a saber y el derecho a la reparación. Es bueno hacer notar que en la doctrina latinoamericana estos tres elementos no tuvieron un desarrollo simultáneo, sino que su reconocimiento jurídico y doctrinario es posterior. Ese marco teórico-jurídico no existía en ese entonces¹⁹.

La transición argentina fue la primera y se dio en un contexto internacional aún de confrontación ente los Estados Unidos y la entonces Unión Soviética, que en América Latina se expresaba fuertemente en Centroamérica, en el desarrollo de conflictos de “baja intensidad”.

En el relato de cómo Argentina trató su pasado reciente de violaciones a los derechos humanos, en esta primera etapa tiene un papel protagónico la creación de la *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, conocida como la *Comisión Sábato* por haber sido presidida por el conocido escritor. El informe del “Nunca Más” argentino aparece como una contribución importantísima a la lucha contra la impunidad.

El informe y su publicación, como las numerosas reimpressiones y traducciones, constituyen un manifiesto de denuncia contra el terrorismo de Estado.

17 Las experiencias de la transición de España y Portugal no eran un buen ejemplo, tal vez sí la experiencia griega.

18 Juan Méndez utiliza el concepto “responsabilización”.

19 Recién años más tarde se realiza el Informe *Joinet* (ver cita 2).

Para comprender el desarrollo del marco jurídico a nivel internacional ver: Tyler, Guilder, “La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas – Notas para la Reflexión” y Cassel, Douglas, “Lecciones de las Américas: Lineamientos para una respuesta internacional ante la amnistía de atrocidades”, En *Revista IIDH / Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 24, San José, Julio-diciembre de 1996.

El trabajo de la Comisión fue un esfuerzo superlativo para sintetizar miles de testimonios y de documentos sobre el plan de represión sistemática organizado por la dictadura militar argentina. En perspectiva, el informe de la CONADEP es sumamente positivo. Su lectura aún hoy estremece a cualquier lector que tenga la mínima sensibilidad hacia la dignidad humana²⁰.

Este inmenso trabajo fue inspiración para otras Comisiones de la Verdad como la *Rettig* en Chile –de la que hablaremos más adelante– y la Comisión de la Verdad en el Salvador. Los sudafricanos analizaron especialmente la experiencia argentina en relación con esta Comisión.

A la explicación y reconocimiento de lo sucedido en Argentina se sumaron los juicios a las juntas militares, cuando –una vez que la jurisdicción militar no asumió competencia– la jurisdicción federal realizó el juicio histórico a los comandantes.

La espectacularidad de los procedimientos del juicio a las juntas y su difusión, fue un elemento que contribuyó sin duda al reconocimiento de la verdad. El hecho de que se llevara a juicio –por primera vez– a los militares argentinos en un proceso público que investigó, juzgó y condenó a los comandantes de las juntas militares, impactó a la opinión pública nacional e internacional. La promulgación de las leyes de *punto final*²¹ y *obediencia debida*²², desplazó el debate sobre la verdad y la contribución del “Nunca Más” argentino.

En su momento, muchos percibieron como un hecho natural y obvio la existencia de una Comisión con tales cometidos. En Argentina hubo voluntad política y jurídica para al menos esclarecer ante la opinión pública nacional e internacional la verdadera cara del régimen militar, a diferencia de lo ocurrido del caso uruguayo.

20 CONADEP, *Nunca Más*, Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. EUDEBA, Buenos Aires, Argentina, 1984.

21 Ley 23492, promulgada el 24 de diciembre de 1986.

22 Ley 23521, promulgada el 8 de junio de 1987.

La necesidad de incorporar algún tipo de solución política para “consolidar” la democracia y para supuestamente protegerla de futuros “putsch” militares como el de la “Semana Santa” de 1987²³, ubicó el debate público en la esfera *democracia versus justicia*, como dos valores contrapuestos.

El posterior indulto²⁴ dispuesto por el Presidente Menem a los jefes militares condenados por delitos de lesa humanidad, fue sin duda un retroceso en la lucha contra la impunidad. El indulto alentó la idea de que la impunidad no sólo era posible sino también deseable para el “establishment” latinoamericano.

La situación uruguaya en esta primera etapa de transición es bien diferente.

El gobierno de Jorge Pacheco Areco (1968 – 1971) gobernó el país bajo un constante estado de excepción, como preámbulo del autogolpe de su sucesor, Juan María Bordaberry (1972 – 1976), el 27 de junio de 1973. Éste disolvió el Parlamento e instauró la más sangrienta dictadura cívico-militar que conociera el Uruguay en toda su historia. Pese a la oposición manifestada durante una huelga general que duró 15 días, el régimen se consolidó paulatinamente y duró más de una década.

El saldo en materia de derechos humanos es revelador: miles de presos y torturados, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, limitación de todo tipo de libertades y control absoluto del poder étático, constituirían durante once años moneda corriente en el Uruguay. La comunidad internacional demoró un largo tiempo en reconocer esta situación.

Más allá de Bordaberry, la Junta de Comandantes en Jefe del Ejército, la Marina y la Aviación constituían el poder real. Estos destituyeron al propio Bordaberry en 1976 e iniciaron un proceso de legitimación política que debía culminar con la

23 Mignone, Emilio, *Derechos Humanos y Sociedad, el caso argentino*, CELS – EPN, Buenos Aires, Argentina, 1991.

24 Tres decretos de indulto del 6 de octubre de 1989 y decretos del 29 de diciembre de 1990, Mignone, Emilio, *Op. cit.*, páginas 165 y siguientes.

aprobación por voto popular de un proyecto de reforma constitucional en 1980.

Pese a la falta de libertades públicas, el plebiscito se llevó adelante. La oposición política, los partidarios del NO, cosecharon el triunfo con la derrota de los militares en las urnas y de su proyecto legitimante de la dictadura.

El hecho de que ganara la oposición y de que no se produjera fraude tomó por sorpresa a la comunidad internacional. Cuatro años más tarde, luego del acuerdo político o pacto entre militares y algunos partidos políticos, se convoca a elecciones nacionales y accede al gobierno el doctor Julio María Sanguinetti, el primero de marzo de 1985.

La administración del primer presidente electo impulsó un marco normativo de impunidad, rompiendo filas con parte de la oposición política a la dictadura, con la cual había acordado que las violaciones a los derechos humanos serían investigadas por los tribunales competentes, caso por caso a denuncia de parte.

El hecho fue que no bien se presentó la oportunidad para que un militar fuese convocado a declarar por dichos tribunales el Parlamento aprobó –en diciembre de 1986– la ley que decretaba de hecho la impunidad, bajo el argumento y temor de la crisis institucional²⁵.

La “Comisión Nacional Pro Referéndum” promovió la presentación del recurso constitucional de referéndum a través del mecanismo de la recolección de firmas, lográndose cumplir los requisitos que exige la norma constitucional (la firma del 25% de los habilitados para votar, en el plazo de un año) para que se sometiera a plebiscito dicha ley.

El propio Presidente Sanguinetti, personalmente, realizó la campaña contra la utilización del mecanismo del referéndum contra la impunidad, acuñando la frase de que los promotores

25 Ley número 15848, publicada en el Diario Oficial el 31/12/1986, denominada “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”.

tenían “los ojos en la nuca”, e instando a integrantes de su partido a obstaculizar al máximo el proceso de verificación de dichas firmas.

La Corte Electoral, en procedimientos *ad hoc* por carecer de reglamentación general, aceptó el recurso interpuesto y, en definitiva, el 16 de abril de 1989 se plebiscitó la ley, confirmándose la misma por 60% a favor y 40% en contra. La transición uruguaya concluía.

El debate justicia - amnistía para los responsables de delitos de lesa humanidad, ocupó el mayor esfuerzo de las organizaciones de derechos humanos, de los familiares de las víctimas y de los partidos políticos de oposición. Desde la aprobación de la ley hasta el plebiscito, se configuró un juego de “doble o nada”, en un derrotero bien distinto al recorrido por Argentina y Chile, en sus procesos de transición, en relación con el reconocimiento de los hechos violatorios de la dignidad humana.

Sin embargo, a nivel del Poder Legislativo hubo dos comisiones investigadoras (sobre Personas Desaparecidas y sobre el secuestro y posterior asesinato de los legisladores Gutiérrez Ruiz y Michelini), a las que diferentes autores les otorgan muy poca importancia²⁶. Su integración fue político-partidaria y los poderes con que contaban eran los comunes al ámbito parlamentario; ¡como si no hubiese habido golpe de Estado once años antes!

Éstas no contaron con la colaboración del Poder Ejecutivo sino que solamente con testimonios voluntarios, por lo que sus capacidades de investigación fueron mínimas y no se llegó a conclusiones definitivas.

26 Hayner integra a su investigación la Comisión de Personas Desaparecidas como Comisión de la Verdad, *Op. cit.* página 232. Zalaquett, por su parte, analizando la Comisión sobre Desaparecidos, la reporta sin pena ni gloria. En *Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Applicable Principles and Political Constraints in State Crimes: Punishment or Pardon* (Aspen Institute, 1989). Ver Kritz, Neil J., *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes*, United States Institute of Peace, 1995, página 225 y en un artículo posterior la descalifica (“Procesos de Transición...”, *Op. cit.*, página 126). En cambio, Elin Skaar directamente considera como Comisión de la Verdad en Uruguay, al informe no gubernamental producido por el Servicio Paz y Justicia “Uruguay, Nunca Más” (*Op. cit.*, página 1124, nota 19).

A ello hay que sumarle que sus trabajos eran secretos o reservados y sus conclusiones no fueron debidamente publicadas. Pasaron –para los uruguayos– *sin pena ni gloria*. Por último, los antecedentes eran enviados al Poder Judicial que, para cumplir con la *Ley de Caducidad*, solicitaba al Poder Ejecutivo que informase si los hechos denunciados estaban en el marco de dicha ley de impunidad. El Presidente de la República sostuvo siempre que las denuncias estaban comprendidas en la ley, por lo que nada se pudo investigar en los tribunales.

Por último, la propia ley permitía –de acuerdo con el artículo cuarto²⁷– que se investigara la suerte corrida por los detenidos desaparecidos. Sin perjuicio de ello, nada se hizo, nada se investigó, nada se supo. La impunidad triunfó en toda la línea en 1989-1999.

Es necesario señalar el discurso oficial durante este período: *el país vivió una guerra interna promovida por los dos demonios, uno izquierdista, guerrillero y marxista, otro los militares, que se apoderaron del poder y cometieron algunos excesos*.

Toda otra interpretación del pasado reciente –según Sanguinetti– es una visión extremista, subversiva y revanchista, que llama al golpe de Estado. No hay un derecho de los familiares de las víctimas reconocido como legítimo a conocer qué pasó con sus seres queridos, sino tan sólo una aspiración humanitaria, siempre supeditada a intereses superiores y colectivos como la democracia y la paz social. Algún día se podrá saber, pero ese conocimiento no es un deber al que el Estado este obligado, sino que es de la sociedad en forma difusa.

27 Ley número 15 848, artículo 4º: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, el Juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonios de las denuncias presentadas hasta la fecha de la promulgación de la presente ley referentes a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones.

El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos.

El Poder Ejecutivo dentro del plazo de ciento veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia dará cuenta a los denunciados del resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada”.

El Estado y el gobierno permanecen ajenos a la verdad y a su búsqueda, incluso en los casos de resoluciones de los organismos internacionales de supervisión²⁸.

Hubo sin embargo un esfuerzo desde la sociedad civil de escribir y testimoniar el horror vivido. Así, desde el “Servicio de Paz y Justicia” se escribió y sistematizó toda la información disponible sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el gobierno militar. El informe es tan contundente que ha sido aceptado como el “Nunca Más” uruguayo, aunque es totalmente un esfuerzo y un logro de las organizaciones de derechos humanos no gubernamentales.

La experiencia chilena es distinta: el once de septiembre de 1973 las fuerzas armadas chilenas inician a punta de metralla el golpe de Estado contra el gobierno de Salvador Allende.

La caída del gobierno de Allende y su desaparición física, más la persecución de miles, consternó al mundo entero. La vía pacífica al “socialismo” y a través de las urnas, se frustraba en una dictadura militar sangrienta.

El régimen de Pinochet fue, a diferencia del argentino y del uruguayo, una dictadura unipersonal, concentrándose en una única figura pública –el general Pinochet– todo el poder del aparato estatal.

El régimen de Pinochet se consolidó bajo la violación de todos y cada uno de los derechos fundamentales, en particular las ejecuciones arbitrarias y extrajudiciales, así como la tortura y la desaparición forzada.

La respuesta de la comunidad internacional fue inmediata, a diferencia de la que se observó en los casos de Argentina y Uruguay, siendo fundamental el trabajo y el tesón de exilados chilenos, que pusieron en la palestra pública, en forma permanente, la brutalidad del régimen.

28 Informe número 29/92 Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.372 –2 de octubre de 1992– Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993, Organización de Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.83/página 162 y siguientes.

La existencia de un respaldo importante de la sociedad chilena en relación con la legitimidad del régimen recién instalado y la paralela represión de toda expresión contraria al mismo, le permitió a la dictadura su convalidación política y jurídica en las urnas en el plebiscito de 1980, ratificando sus normas jurídicas, entre las cuales se encuentra la de impunidad²⁹ para todos los actos de sus funcionarios vinculados con conductas violatorias de los derechos humanos.

El creciente aislamiento de Chile en el contexto internacional, el juicio al ex ciudadano estadounidense Townley en relación con el asesinato del ex canciller Letelier en Washington, las transiciones políticas exitosas tanto en Argentina, como en Brasil y en Uruguay, descartada de hecho la vía armada para derrocar al régimen y fracasado el atentado contra la vida del dictador, fueron todas condiciones para que la concertación de la oposición política en Chile se fortaleciera para ganar el plebiscito sobre la continuidad de Pinochet en el poder.

Se llegó así a una transición en la que aquel quedara como comandante en jefe –primero– y senador vitalicio después, en una transición *de adhesión*.

Es esta forma peculiar de transición *de adhesión* la que permite una salida política, pero manteniendo al general Pinochet –al menos al inicio de la misma– con una cuota importante de poder y, por ende, al aparato militar que lo sustenta. El pueblo chileno enfrentaba el desafío de resolver las situaciones de su pasado reciente, en un contexto claramente contradictorio.

Sin embargo, la ciudadanía chilena contaba a su beneficio con una sociedad civil fuertemente organizada y con experiencia en el campo de trabajos de base en materia de derechos humanos, así como con la reciente experiencia de las transiciones argentina y uruguaya y con un marco internacional más amigable, en tanto ya se estaba operando la caída de los países de socialismo real.

29 Decreto-Ley (DL) 2191 de auto amnistía, de 19 de abril de 1978.

Asimismo, la reflexión teórica y académica sobre el derecho a la verdad había comenzado y a nivel del sistema de protección interamericano de los derechos humanos ya existía la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Velázquez Rodríguez³⁰, como marco de referencia jurisprudencial justamente en materia de desaparición forzada.

La importancia de la Comisión Nacional Verdad y Reconciliación, conocida como *Comisión Rettig* debe ser evaluada en ese contexto.

La Comisión fue creada por decreto del Presidente Aylwin³¹, como la principal herramienta para reconocer las pasadas violaciones de los derechos humanos, asumiendo como un hecho las restricciones que la situación política imponía, entre ellas la de la dificultad de anular o derogar la autoamnistía de 1978 ya que, entre otras cosas, no tenía mayoría en el Senado.

Al igual que la Comisión Sábato en Argentina, fue integrada por personalidades de la sociedad y presidida por una persona intachable. A diferencia de aquella, integró algunos partidarios del régimen militar.

Es bueno tener presente que, a diferencia de la experiencia argentina, los responsables de las violaciones de los derechos humanos no habían sido derrotados política ni militarmente, sino que aún ocupaban espacios importantes de poder en el Estado chileno. El informe analiza también la suerte corrida por militares durante el pasado de violencia política en el país andino.

Los trabajos demoraron nueve intensos meses y el informe fue entregado al señor Presidente de la República, Aylwin, el 18 de febrero de 1991.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C. número 4.

31 Decreto número 355/90 del 25/04/1990, que crea una Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig), presidida por Raúl Rettig Guissen.

Éste presenta a la sociedad chilena el informe final de la Comisión el 4 de marzo de ese mismo año y, en discurso público a la Nación, expresa que hace suyas las conclusiones y recomendaciones del informe presentado. Así, el informe de la Comisión está indisolublemente asociado a la figura del Presidente Aylwin y a esta etapa de la transición chilena a un sistema democrático pleno.

Como primera respuesta a la historia de horror que han vivido los pueblos del Cono Sur, las Comisiones de la Verdad cumplieron sin duda un papel fundamental para la reconstrucción de la historia, la generación de ese *relato oficial*, pero no cerraron en forma definitiva el capítulo de este pasado reciente.

Como se concluye a través de la breve retrospectiva realizada anteriormente, a principios de la década del noventa, la impunidad –de una u otra forma– se había instalado en Argentina, Chile y Uruguay, en relación directa con los procesos de transición política llevados a cabo en cada país. Las “Comisiones de la Verdad” fueron –al menos– un oasis en dichos procesos.

En 1991 Emilio Mignone escribe frente a los indultos “Para las organizaciones de derechos humanos el indulto concedido debe constituir un acicate para impulsar su acción ...”³², concluyendo que “desde el punto de vista interno resulta claro que la actividad procesal contra los violadores de los derechos humanos está concluida”³³. Cuatro años más tarde, Martín Abregú muestra la dinámica judicial que se inició luego de las declaraciones del capitán Scilingo sobre el terror en Argentina³⁴.

En Uruguay, luego de dos días de jornadas intensas, el Tribunal Permanente de los Pueblos³⁵ en la sesión de Uruguay en

32 Mignone, Emilio, *Op. cit.*, página 167.

33 *Op. cit.*, página 168.

34 Abregú, Martín, “La Tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina”, en *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 24, San José, Costa Rica, julio-diciembre de 1996, página 11.

35 El *Tribunal Permanente de los Pueblos* es continuador del Tribunal Russel.

abril de 1990 no cierra la misma con un veredicto, sino que la tarea fue la de sistematizar y reflexionar sobre la experiencia del plebiscito y su derrota. El doctor Tognoni expresa “... a interpretar ‘derrotas’ no como el cierre, sino como un paso más al protagonismo de los pueblos. Parece ser algo con caracteres de utópico, algo a nivel de fantasía, siendo que se trata de ser realista”³⁶. Es obvio que el momento de lucha contra la impunidad estaba en su peor momento.

En Chile, más allá de los impactos positivos del Informe Rettig que ya hemos señalado, el posterior asesinato de Jaime Guzmán, el principal asesor civil de Pinochet y arquitecto de la Constitución chilena, generó sin duda alguna una situación adversa para la denuncia del terrorismo de Estado y, como bien lo dijo *Americas Watch*, ese asesinato significa que la reconciliación es aún un desafío demasiado grande³⁷.

Éste era el panorama –sin duda negativo– a principios de la década de los noventa. Pero, parafraseando al doctor Ramón Torres Molina, *si en el corto plazo se trata de un movimiento triunfante, en el largo plazo es una tesis derrotada*³⁸.

III. Comisiones de la Verdad, ¿Segunda Etapa?

Se puede concluir que, a inicios de la década del noventa, finaliza un proceso: transición política, “Comisiones de la Verdad”, promoción de acciones penales y –como colofón– un marco de impunidad.

A partir de allí se inicia un período de *consolidación de hecho* de la democracia, a pesar de las políticas de impunidad. Curiosamente, en este tiempo todas las administraciones dejaron de lado las tímidas políticas –sí acaso alguna impulsaron– relacionadas con los temas de la agenda de nuestro pasado reciente en

36 Tribunal Permanente de los Pueblos 1990, *La impunidad en América Latina*. Sesión Uruguay. Montevideo, Uruguay, 1990, página 174.

37 *Americas Watch*, *Human Rights and the politics of Agreements in Chile during President Aylwin's first year*. An Americas Watch Report, USA, julio de 1991.

38 Torres Molina, Ramón, *Los Derechos Humanos en la Argentina. Inconstitucionalidad de una amnistía de un gobierno de facto*, Buenos Aires, Argentina, 1990, página 45.

el Cono Sur. Se llegó incluso a aplicar la misma lógica a hechos ocurridos luego de las transiciones. El caso del chileno Berríos es emblemático³⁹; ninguna administración civil de Uruguay o de Chile, hasta ahora, ha intentado al menos desentrañar ese oscuro episodio. En definitiva, estos temas quedan a la deriva o, en todo caso, bajo el solitario impulso de la sociedad civil.

Hasta mediados de 1995 se vive una relativa calma en relación con el pasado del terror. Así, se instala una peculiar versión del pragmatismo y una renovada interpretación de la máxima política del “dejar hacer, dejar pasar”, la convierte en *dejar pasar el tiempo*, ya que en tanto pase el tiempo, todo se olvida.

Sin embargo, desde 1995 en adelante, las iniciativas y acciones judiciales, políticas y sociales tendientes a replantear el tema de la verdad, la memoria y la justicia, han sido múltiples y con diversos resultados.

Es necesario repasar –al menos someramente– el proceso que vivió cada país con democracias ya consolidadas (Chile va por el tercer presidente de la Concertación; Uruguay por el cuarto presidente civil y Argentina por el tercero, todos luego de procesos electorales nacionales y locales).

Tiene una especial significación el tema de los detenidos-desaparecidos y la forma en que cada país intentó resolverlo. Esta situación es sin duda el elemento más irritante del legado del terrorismo de Estado. Por la propia naturaleza del crimen, el reclamo mantiene su vigencia permanente.

39 El 13 de abril de 1995 se encontró un cadáver a treinta kilómetros de Montevideo que en enero de 1996 fue identificado como Eugenio Berríos. Berríos había arribado a Uruguay en 1991 y fue secuestrado de una comisaría en otro apacible balneario de la costa uruguaya en 1992.

Hasta ahora los detalles de estos hechos se encuentran bajo el más estricto secreto por la acción del juez de la causa; ellos demostrarían –entre otras cosas– la actual coordinación ilegal de las fuerzas militares otrora coordinadoras del “Plan Cóndor” (ver Semanario Brecha, Montevideo, 20 de octubre de 2000; año 15, número 777).

El ex Presidente chileno Frei Ruiz Tagle está interesado en este caso en tanto que el científico chileno habría participado en el asesinato de su padre, el también ex Presidente Frei Montalva, en 1982.

Asimismo, a los procesos internos de consolidación de la democracia debe sumárseles un marco internacional unipolar, sin la entonces Unión Soviética y el conflicto centroamericano⁴⁰, solucionado en términos generales.

Como desenlace de este proceso se generaron hechos que terminaron en Chile, primero, en la llamada “Mesa de Diálogo” y en Uruguay, después, en lo que se denominó la “Comisión para la Paz”. En cambio en Argentina se desestimó una iniciativa en ese sentido. A estas dos Comisiones las denominamos, para diferenciarlas de las anteriores, Comisiones “de segunda etapa” o “de segunda generación”.

En efecto, en Argentina se observa cómo las declaraciones públicas del Capitán Scilingo precipitan y generan nuevos escenarios; las acciones judiciales por el derecho a la verdad y las sentencias confirmando el mismo, la doctrina del general Balza⁴¹ y posteriormente la apertura de causas penales por el secuestro y desaparición de niños durante la “guerra sucia”.

El avance y consolidación del derecho regional de protección de los derechos humanos en el orden jurídico argentino como en ningún otro país latinoamericano, la consagración de la reforma constitucional de 1994 (incorporando los instrumentos internacionales más importantes al propio texto constitucional) y la propia Resolución 28/92 de la Comisión Interamericana⁴² –como más adelante de la solución amistosa en el caso Lapacó⁴³– muestran, a nivel jurídico, un panorama inimaginable unos pocos años atrás.

40 En El Salvador y Guatemala se constituyeron Comisiones de la Verdad producto del proceso de paz centroamericano, bajo la supervisión de la Organización de Naciones Unidas. En Honduras también hubo un proceso de búsqueda de la verdad.

41 La “tesis” del general Balza, fue asumir ante la opinión pública –en nombre del ejército argentino– la responsabilidad sobre los hechos del terrorismo de Estado, pidiendo perdón a la sociedad argentina por haberlos cometido y reafirmar que ningún subordinado está obligado a cumplir las órdenes de cometer hechos ilegales o aberrantes.

42 OEA-Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Resolución 28/92, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993”, OEA /Ser.L/V/II.83 Doc.14, página 42.

43 CELS, “15 de noviembre de 1999, solución amistosa”, en *Derechos Humanos en Argentina, Informe Anual 1999*, CELS, Buenos Aires, Argentina, abril de 2000, página 40.

En este contexto hay que agregar el enjuiciamiento del general Pinochet por parte del Juez Garzón y el posterior juicio de extradición en el Reino Unido, más la apertura de varias causas penales en otros países europeos –como Italia y Francia– y la información sobre la existencia de cuentas bancarias en Suiza de conocidos represores del régimen, todos ejemplos de una opinión pública sensibilizada sobre la necesidad de continuar la lucha contra la impunidad.

No puede dejar de señalarse que otros hechos de naturaleza reciente, como el caso del asesinato del reportero gráfico Cabezas⁴⁴ y como la exigencia de una investigación a fondo sobre el atentado terrorista a la AMIA⁴⁵, son factores que tonifican y fortalecen el reclamo del *Nunca Más* argentino.

Este contexto podría haber terminado en una Comisión de la Verdad con un mandato más amplio, como lo planteaba públicamente en 1997 Alfredo Forti⁴⁶. Sin embargo, la idea de crear una comisión de ese tipo no llegó a concretarse y hoy pareciera dudoso que lo sea en el futuro⁴⁷.

No obstante, la frustrada sesión del Congreso de la Nación para la derogación de las leyes *de obediencia debida* y *de punto final*, y la posterior sanción el 24 de marzo de 1998, de una ley que las dejaba sin efecto, son más que claros ejemplos de que el tema aún no está cerrado y de que aún quedan capítulos por venir⁴⁸.

En este contexto y en un plano mucho más modesto, el legado de la CONADEP sigue aún vigente, al formalizarse en

44 El 25 de enero de 1997, apareció muerto José Luis Cabezas dentro de su automóvil, esposado y calcinado con un balazo en la cabeza. CELS, *Derechos Humanos en Argentina, Informe Anual enero-diciembre 1997*. CELS, Buenos Aires, Argentina, junio de 1998, página 20.

45 Un atentado terrorista en la sede de esta institución judía causó decenas de muertos. La organización *Memoria Activa* ha reclamado Verdad y Justicia. *Op. cit.*, página 32.

46 Forti, Alfredo, *El imprescriptible derecho a la verdad*, inédito, Buenos Aires, Argentina, febrero de 1997.

47 CELS, *Derechos Humanos en Argentina, Informe Anual, enero-diciembre 1998*. CELS, Buenos Aires, Argentina, marzo de 1999, página 67.

48 *Op. cit.*, página 59.

la Subsecretaría de Derechos Humanos el registro de desaparecidos y fallecidos (REDEFA)⁴⁹, continuándose con la recopilación de información sobre detenidos-desaparecidos y retroalimentándose con la normativa sobre reparaciones⁵⁰.

A casi una década del informe de la Comisión Rettig, Chile va por la tercera administración en la que la ciudadanía ha elegido libremente a sus autoridades y el sistema democrático parece estar definitivamente consolidado. Ya vimos el legado de esta Comisión y su continuación con la creación por ley de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, en 1992⁵¹. En el artículo sexto de la misma⁵² se declara el derecho inalienable de los familiares de las víctimas y de la sociedad chilena, a la ubicación de las personas detenidas-desaparecidas o de los restos de las personas ejecutadas.

La sociedad chilena no se ha recobrado aún del impacto de algunas causas judiciales dentro de sus fronteras y en particular de todo el asunto Pinochet; el juicio de extradición a España y su posterior regreso a Chile y las causas judiciales dentro de su país, hacen reflexionar sobre la transición chilena. Al momento de escribir estas líneas, el pedido de extradición desde la Argentina por el caso Prats está aún sin dilucidarse.

Vale la pena repasar los considerandos de la resolución de la Comisión Interamericana⁵³ sobre los casos de la ley de autoamnistía en Chile (son sintomáticos y pueden ser ilustrativos de un enfoque sobre el informe Rettig): *En el caso de Chile, la*

49 Resolución 1745/99, publicada el 26 de agosto de 1999.

50 La ley número 24321 del 08/06/1994 y la ley 24411, aprobada el 5/11/97, constituyen el fundamento jurídico para las reparaciones posteriores a los familiares de los detenidos desaparecidos.

51 Ley número 19123 del 31/01/1992, por la que se crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, se establece pensión de reparación y se otorgan otros beneficios en favor de las personas que señala.

52 Artículo 6º.- *Se declara que la ubicación de las personas detenidas desaparecidas como igualmente la de los cuerpos de las personas ejecutadas y las circunstancias de dicha desaparición o muerte, constituyen un derecho inalienable de los familiares de las víctimas y de la sociedad chilena.*

53 OEA-Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Resolución 25/98, Informe Anual de la Comisión Interamericana Derechos Humanos 1997", OEA/Ser.L/V/II.98 Doc. 6 rev página 520 y siguientes.

*Comisión de Verdad y Reconciliación, realizó una meritoria labor reuniendo antecedentes sobre las violaciones a los derechos humanos y la situación de los detenidos desaparecidos con miras a establecer su paradero y medidas de reparación y reivindicación para cada una de ellos. Sin embargo, ello no permitió la investigación de los hechos delictivos por parte de los agentes del Estado, ni la identificación y sanción de sus responsables, precisamente en virtud del decreto ley de amnistía, motivo por el cual el derecho de las víctimas sobrevivientes y de los familiares a conocer la verdad de los hechos, fue vulnerado por el estado chileno*⁵⁴.

La creación primero de la *Mesa de Diálogo*⁵⁵ y las “Reflexiones Fundamentales”⁵⁶ de la misma sobre el pasado reciente en materia de violación de los derechos humanos en Chile, intentan resolver particularmente la situación de los detenidos-desaparecidos. Ha dado un nuevo giro a este tema. La Mesa de Diálogo apunta a que la ubicación de los restos de los detenidos-desaparecidos alivie el dolor de los familiares y ayude a la reconciliación, pero importantes sectores de la sociedad chilena vinculada a la defensa de los derechos humanos reaccionan en forma adversa⁵⁷.

Asimismo, la aprobación de la ley de artículo único sobre la reserva de la identidad de quien informe sobre el paradero de los detenidos-desaparecidos o de los ejecutados (ley chilena número 19123), apunta a una solución definitiva.

La Mesa de Diálogo no es una Comisión de la Verdad, en tanto no reúne las características de un organismo imparcial e independiente que tenga la posibilidad de construir un relato no judicial sobre las violaciones a los derechos humanos.

54 Resolución 25/98, párrafo 97.

55 Mesa de Diálogo – Integrantes: Edmundo Pérez Yoma, Víctor Aravena Neftalí, Guillermo Blanco, Jaime Castillo Velasco, Jorge Carvajal, León Cohen, Ignacio Concha Besa, Angel Flisfisch Fernández, Luciano Fouilloux Fernández, Mario Fernández Baeza, Roberto Garretón, Elizabeth Lira, Pamela Pereira, José Reinado Ríos Cataldo, Juan Carlos Salgado Brocal, Héctor Salazar, Sol Serrano, Claudio Teitelboim, Sergio Valech Aldunate, Gonzalo Vial, Alex Waghorn Jarpa, José Zalaquett.

56 Reflexiones Fundamentales, emitidas por la Mesa de Diálogo el 12 de junio de 2000. Ver en <http://www.mesadedialogo.cl/svurtfos.htm>

57 Por ej., la “Declaración pública de abogados de derechos humanos rechazando el Acuerdo de la Mesa de Diálogo”, 17 de junio de 2000, información del Equipo Nizkor.

No se puede obviar que un sector importante de la sociedad chilena vinculado con la defensa de los derechos humanos ha tenido una reacción adversa a las “Reflexiones Fundamentales”. No obstante, esta iniciativa no es *a priori* necesariamente contraproducente. El tiempo demostrará si es un instrumento efectivo de lucha contra la impunidad.

Sin embargo, la experiencia uruguaya hasta ahora indica que el secreto de las investigaciones no garantiza ningún avance específico conducente al esclarecimiento de situación alguna, ni siquiera de las más graves. Muestra que Chile tiene todavía un largo camino por delante. No se nos escapa que éste es el estado actual del debate en la sociedad chilena, en definitiva, cómo saldar la historia de horror de su pasado reciente.

En Uruguay, perdido el plebiscito, el movimiento por verdad y justicia tiene sin duda un momento de retroceso importante⁵⁸. No obstante, es a partir del año 1996 que se reinicia fuertemente la movilización ciudadana en pos del esclarecimiento del destino de los detenidos-desaparecidos⁵⁹.

Recién en el cuarto período de gobierno luego de la dictadura militar, con la asunción del doctor Jorge Batlle en marzo del 2000⁶⁰, el tema de los detenidos-desaparecidos es asumido

58 Hubo muchos aspectos específicos; sin embargo, a los efectos de este trabajo, vale la pena mencionar la Comisión Investigadora sobre la Desaparición de Elena Quinteros, de la Cámara de Senadores. Creación: 20/06/1990, tomo 330, página 77, diario de sesiones 28 de la Cámara de Representantes, integrada por siete miembros: José Germán Araujo (FA), Carlos Alberto Cassina (FA), Carlos Cigliutti (FA), Raumar Jude (PC), Carlos Julio Pereyra (PN), Ignacio Posadas (PN), Walter Santoro (PN). El 6 de septiembre de 1990 se vota el archivo de los obrados por la Comisión. Esta investigación parlamentaria se basó en la investigación administrativa que condujo la doctora María del Luján Flores en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay, siendo, en definitiva, la única investigación seria que se dio en el Uruguay sobre la persona de un desaparecido. El secuestro de Elena Quinteros de los jardines de la embajada venezolana en Uruguay en 1976, aún no se ha esclarecido. Sin embargo, la acción de amparo presentada por su madre María del Carmen Almeida de Quinteros en 1999, dio como resultado la única sentencia judicial (número 28, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Segundo Turno, del 10 de mayo del 2000) que reconoce el derecho a la verdad en aplicación de instrumentos internacionales ratificados por Uruguay. El incumplimiento en el fondo del asunto por parte del Poder Ejecutivo, muestra las contradicciones de la nueva administración.

59 Michelini, Felipe, “El largo camino de la verdad”, en *Revista IIDH/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 24, San José, Costa Rica, julio-diciembre de 1996, página 157.

60 Del mismo Partido Colorado del doctor Sanguinetti.

por primera vez desde las esferas del Poder Ejecutivo. El doctor Jorge Batlle realizó algunos gestos simbólicos de importancia para la opinión pública uruguaya, tales como el discurso ante la Asamblea General del Parlamento uruguayo en que habla de sellar la paz de todos los uruguayos, el recibir por primera vez a la frágil pero persistente organización de familiares de detenidos-desaparecidos, el interceder personalmente para ubicar el paradero de la nieta del conocido periodista argentino Juan Gelman⁶¹ y, por último, la creación de la *Comisión para la Paz*⁶² a nivel de la Presidencia de la República.

Esta Comisión en el ámbito presidencial, ha sido constituida en forma mixta con delegados político-partidarios, con integrantes de la iglesia y con representantes de las organizaciones de familiares. Tiene un mandato limitado a los detenidos-desaparecidos durante el régimen de facto y debe trabajar garantizando la confidencialidad de sus fuentes; deberá informar al Presidente de la República. Al momento de escribir este artículo, la Comisión se encuentra trabajando a pleno.

Uruguay transita tardíamente una especie de Comisión de la Verdad, aunque al igual que la Mesa de Diálogo, no es tal. En la experiencia uruguaya se innova en tanto no es un ámbito parlamentario, aunque se cuenta con integrantes partidarios⁶³.

61 La diligencia con que el Presidente Batlle resolvió el caso de la nieta de Gelman, evidencia que es posible encontrar la Verdad. Es clara la coordinación represiva de la época y ahora cabría preguntarse qué paso con la nuera de Gelman, que fue vista por última vez en el Hospital Militar de las Fuerzas Armadas uruguayas. Asimismo, es inconcebible que el ex Presidente uruguayo Sanguinetti no pudiese resolver la situación como lo hizo su sucesor. Este solo hecho, como la encendida defensa de Sanguinetti del general Pinochet, explican su postura proactiva a favor de la impunidad. Esta tesis no era la que sosteníamos en nuestro artículo ya citado, porque aún creíamos que el ex Presidente podría inclinarse a favor de una solución por la Verdad.

62 Integrada por personalidades convocadas por el Presidente Batlle a título personal. Sin embargo, se reconoce que el doctor Carlos Ramela es integrante del Partido Colorado, el doctor José Claudio Williman del Partido Nacional, el doctor Gonzalo Fernández del Partido Encuentro Progresista-Frente Amplio. Las otras tres personalidades son dos sacerdotes católicos: Luis Pérez Aguirre S.J., fundador del Servicio Paz y Justicia y propuesto por Madres y Familiares de Uruguayos Detenidos Desaparecidos, y Monseñor Luis Cottugno, arzobispo de Montevideo, y por último José D'Elía, presidente honorario del PIT-CNT (central única de trabajadores). El presidente de la Comisión para la Paz es Monseñor Cottugno.

63 Presidencia de la República, *Resolución número 285*. Diario Oficial 25583, Montevideo, Uruguay, 17 de agosto de 2000.

El instrumento es sin duda tímido, aunque al igual que en Chile habrá que esperar para ver su eficacia.

IV. Conclusiones

Las Comisiones de la Verdad han demostrado ser un instrumento útil para la recomposición de la memoria colectiva de sociedades altamente fracturadas y conmocionadas por los grados de violencia del terrorismo de Estado, sea por la práctica de desapariciones forzadas, de asesinatos y de ejecuciones extrajudiciales, como de la tortura y de la prisión prolongada.

En Argentina y Chile tuvieron un papel fundamental para reconocer ese pasado próximo y revalorizar a las víctimas y a sus familiares, y para honrar su memoria.

Como producto de su labor, fueron también instrumentos útiles para que recogieran testimonios por primera vez, de víctimas que no habían hablado antes.

Los trabajos y resultados de la investigación de ambas no pretendían satisfacer ciento por ciento el reclamo de los familiares, pero sí el de la sociedad civil para que de alguna manera se pudiese dar vuelta la página, como hemos dicho, luego de leerla una y mil veces.

Con las Comisiones de la Verdad no se pretendía prevenir acciones judiciales nacionales o internacionales y si esa fue la voluntad o deseo de algunos, no funcionó de esa manera. Ni las víctimas, ni los familiares, ni sus abogados, ni las organizaciones de derechos humanos, asumieron que el único mecanismo de reparación serían los informes de las Comisiones de la Verdad.

En Chile, como en Argentina, la instalación de las Comisiones de la Verdad fueron dos ejemplos patentes de cómo la voluntad de la flamante administración civil luego de dictaduras militares, podía encarar el pasado reciente y promover acciones concretas contra la impunidad, más allá de que las restricciones imperantes –fueran reales o imaginarias– obstaculizaran otro tipo de medidas.

En cambio, donde no hubo Comisión de la Verdad plena como es el caso uruguayo, a más de 20 años de sucedidos los hechos a investigar, se implementa una –llamada eufemísticamente– *Comisión para la Paz*, que aunque no es una Comisión *strictu sensu*, podrá tener mejores resultados que las comisiones parlamentarias.

Dado el tiempo transcurrido desde los hechos violatorios de los derechos humanos y desde el terrorismo de Estado, se puede afirmar que la sociedad uruguaya en su conjunto perdió varios años para cumplir un paso básico para reconocer oficialmente el grado de violencia del régimen militar. Aún hoy, el propio nombre de la Comisión y el insistente llamado a un nuevo estado del alma, muestra tal ambivalencia.

Se podrá argumentar que estas Comisiones no resolvieron el tema del destino de los detenidos-desaparecidos y que, en consecuencia, los tres países enfrentan la misma situación: arrastran un cuadro de desaparición forzada más o menos extenso que tensa estas sociedades. Uruguay, en definitiva, no habría perdido el tiempo, ya que se encuentra en el mismo lugar que sus vecinos.

No podemos más que señalar que estamos absolutamente en contra de tal tesitura. En primer lugar, la naturaleza permanente de la desaparición forzada no es sólo un invento de la doctrina, sino que es precisamente parte de la forma más degradante de violación a los derechos humanos, porque apunta a borrar de la faz de la tierra y de la memoria a un ser humano.

En segundo término, tanto Argentina como Chile, debido en gran parte a los trabajos de las Comisiones Sábato y Rettig, avanzaron en lo que en Uruguay aún se está procesando y vaya si es importante la diferencia: el reconocimiento oficial de que hubo responsabilidad estatal en las desapariciones forzadas de personas.

Las Comisiones de la Verdad tendrán además una importancia fundamental en los próximos años, en tanto que los dolorosos momentos históricos vividos no son transmisibles a las nuevas generaciones que se incorporan a la vida cívica

activa de nuestros países. Muchos de ellos nacieron en el momento histórico en que se traspasaba el poder gubernamental de los militares a los civiles, en complejas transiciones políticas. Al menos en Uruguay, estudios de opinión pública muestran un importante desconocimiento de los jóvenes sobre estos hechos. Y por si fuera poco, como si el pasado no quisiese abandonarnos, una nueva generación de víctimas –hijos e hijas– de aquellos que el terrorismo de Estado dejó huérfanos, por el hecho de haber desaparecido a sus progenitores.

Es necesario anotar que aunque tanto los trabajos de la Comisión Sábato como los de la Rettig analizan aspectos internacionales, lo cierto es que ninguna de las dos profundiza en la conocida *Operación Cóndor*. Esta es una cuenta pendiente que los gobiernos de la región y el de Estados Unidos de Norteamérica, deberán saldar en forma conjunta.

La recuperación de la memoria colectiva y su reinterpretación, así como el conocimiento de la verdad concreta por parte de las víctimas y sus familiares, es un proceso dinámico que las sociedades argentina, chilena y uruguaya trabajan aquí y ahora y seguirán construyendo en el futuro.

Sin embargo, existen aún fuerzas activas que se oponen enérgicamente a toda revisión del pasado reciente e intentan modificar la interpretación de los hechos y, en algún caso extremo, negar y ocultar la naturaleza histórica del régimen de sufrimiento o dolor que impusieron o consintieron. Entre esas fuerzas se encuentran las jerarquías militares y sus principales portavoces, como los civiles igualmente interesados.

Confrontados con la evidencia histórica de que las Comisiones de la Verdad han sido un factor determinante a establecer, han intentado inútilmente minimizar las graves y sistemáticas violaciones de las que fueron responsables. Se aprovechan de que estas sociedades viven actualmente situaciones de alta fragmentación social y, sin perjuicio de haber pasado ya la experiencia traumática del terrorismo de Estado, sufren violaciones endémicas a los derechos humanos de extrema gravedad.

El impulso gubernamental de promover comisiones *ad hoc* que traten estos temas, muestra que la tarea continúa y que el esfuerzo debe estar orientado a que estas iniciativas signifiquen un avance y no un retroceso en la lucha contra la impunidad. Las dificultades, sin embargo, no pueden ser un obstáculo a continuar con el trabajo de vencer la impunidad. Será la constancia y la firmeza de las víctimas, de sus familiares y de las organizaciones integrantes del movimiento de los derechos humanos, las que tendrán la responsabilidad, una vez más, de poner las cosas en su lugar.

BIBLIOGRAFÍA

- Abregú, Martín: “La tutela judicial del derecho a la verdad en la argentina”, en *Revista IIDH / Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 24, San José, Costa Rica, julio-diciembre de 1996.
- Americas Watch: *Human Rights and the Politics of Agreement in Chile During President Aylwin’s First Year*, An Americas Watch Report, USA, julio de 1991.
- Cassel, Douglas: “Lecciones de las Américas: Lineamientos para una respuesta internacional ante la amnistía de atrocidades”, en *Revista IIDH / Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 24, San José, Costa Rica, julio-diciembre de 1996.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS): *Derechos Humanos en Argentina, Informe Anual, enero-diciembre 1997*. CELS, Buenos Aires, Argentina, junio de 1998.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS): *Derechos Humanos en Argentina, Informe Anual, enero-diciembre 1998*. CELS, Buenos Aires, Argentina, marzo de 1999.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS): *Derechos Humanos en Argentina, Informe Anual 1999*. CELS, Buenos Aires, Argentina, abril de 2000.
- Cuya, Esteban: *Las Comisiones de la Verdad en América Latina*, KO’AGA ROÑE’ETA se.iii (1996) – <http://www.derechos.org/koaga/iii/cuya.html>
- Hayner, Priscilla: “Fifteen Truth Commissions - 1974 to 1994: A Comparative Study”, en *Human Rights Quarterly*, volumen 16, número 4, 1994, citado en Kritz, Nel J.: *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*, United States Institute of Peace, United States, 1995.
- Kritz, Nel J.: *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*, United States Institute of Peace, United States, 1995.
- Joinet, Phillipe: “La administración de la Justicia y los derechos humanos de los detenidos - La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)”, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.
- Méndez, Juan: “Responsabilidad por los Abusos del Pasado”, en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos, Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.
- Michelini, Felipe: “El largo camino de la verdad”, en *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 24, San José, Costa Rica, julio-diciembre de 1996.
- Mignone, Emilio: *Derechos Humanos y Sociedad, el caso argentino*, CELS-EPN, Buenos Aires, Argentina, 1991.
- *Nunca Más*, Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, EUDEBA, Buenos Aires, Argentina, 1984.
- Servicio Paz y Justicia, *Uruguay Nunca Más. Informe sobre la Violación a los Derechos Humanos (1972-1985)*, primera edición, Montevideo, Uruguay, febrero de 1989.

- Skaar, Elin: “Truth commissions, trials - or nothing? Policy options in democratic transitions”, en *Third World Quarterly*, volumen 20, número 6, 1999.
- Torres Molina, Ramón: *Los Derechos Humanos en la Argentina. Inconstitucionalidad de una amnistía de un gobierno de facto*, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- Tribunal Permanente de los Pueblos 1990 - *La impunidad en América Latina . Sesión Uruguay*, Montevideo, Uruguay, abril de 1990.
- Tyler, Guilder: “La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas – Notas para la Reflexión”, en *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 24, San José, Costa Rica, julio–diciembre de 1996.
- Weissbrodt an Paul Frase: “Book Review: report of the Chilean National Commission on Truth and Reconciliation” ver Kritz, Neil J.: *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*, United States Institute of Peace, United States, 1995, página 225.
- Zalaquett, José: “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Applicable Principles and Political Constraints in State Crimes: Punishment or Pardon”, citado por Kritz, Neil J.: *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*, United States Institute of Peace, United States, 1995.
- Zalaquett, José: “Procesos de transición a la democracia y políticas de derechos humanos en América latina” en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos, Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, IIDH, San José, Costa Rica, 1998.

LAS EXPERIENCIAS DE EL SALVADOR Y HONDURAS EN LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

Alfredo W. Forti

Los gobiernos civiles que resultaron tanto de la transición de la dictadura a la democracia en América del Sur, como de los procesos de solución negociada de conflictos armados para lograr la paz en América Central, durante las dos últimas décadas del siglo XX, tuvieron el desafío común de encontrar una respuesta institucional al nefasto legado de impunidad dejado por los gobiernos militares y las políticas contrainsurgentes. Los temas centrales a resolver fueron el esclarecimiento del destino de millares de detenidos-desaparecidos, la autoría material e intelectual de magnicidios, masacres de población civil, ejecuciones sumarias y la ubicación e identificación de cientos de niños hijos de disidentes y víctimas de la represión que fueron ilegalmente entregados en adopción por sus captores.

Estos tipos de crímenes, calificados como delitos de lesa humanidad, que afectaron a esas sociedades, en la mayoría absoluta de los casos no podían ser investigados y sus responsables procesados y condenados por los sistemas nacionales de administración de justicia, ya que éstos no solo habían sido desmantelados por los gobiernos autoritarios, sino que muchas veces se constituyeron de hecho en instancias del Estado cómplices –por acción u omisión– de tales gobiernos en las violaciones a los derechos humanos perpetradas en forma sistemática.

Las demandas por justicia y conocimiento de la verdad ejercidas por parte de familiares de las víctimas, organizacio-

nes de derechos humanos, instancias de la sociedad civil y la comunidad internacional, obligaron a los nuevos gobiernos civiles a buscar fórmulas que llenaran el vacío que los sistemas de administración de justicia no pudieron resolver. Es así que en diferentes países comenzó a aparecer –con diversas composiciones y mandatos– la figura de instancias *ad hoc* denominadas “comisiones de la verdad”.

Sobre este punto, resulta ilustrativo transcribir un elocuente párrafo de las conclusiones de la Comisión de la Verdad para El Salvador:

“Un elemento que se destaca dolorosamente... es la notoria deficiencia del sistema judicial, lo mismo para la investigación del delito que para la aplicación de la ley, en especial cuando se trata de delitos cometidos con el apoyo directo o indirecto del aparato estatal. Tan pronunciado es ese hecho que el Gobierno de El Salvador y el FMLN acordaron la creación de un instrumento como la Comisión de la Verdad para alcanzar metas que, normalmente, deberían estar a cargo de los organismos competentes para poner en marcha la administración de justicia. Si el poder judicial hubiera funcionado a satisfacción, no solo se hubieran esclarecido oportunamente los hechos que ha debido investigar la Comisión, sino que se habrían aplicado las sanciones correspondientes. En ese sentido, la incapacidad de los tribunales de aplicar la ley a hechos de violencia cometidos bajo cobertura, directa o indirecta, del poder público, forma parte integral de la realidad en la cual esos hechos tuvieron lugar y es inseparable de ellos”¹.

Estas comisiones constituyeron instancias oficiales, independientes, no jurisdiccionales, con facultades de acceder a información existente y de investigar las violaciones a los derechos humanos y los graves hechos de violencia ocurridos en el período definido por su mandato.

En términos generales, se podrían identificar tres propósitos u objetivos fundamentales que caracterizan a las comisiones de la verdad. En primer lugar está el investigar y dilucidar la verdad detrás de los casos paradigmáticos que caracterizaron a los períodos de violencia. Esto incluye revelar la estructura y funcionamiento de aquellas instancias del Estado involucradas en las violaciones a los derechos humanos y dar a conocer la identidad de los perpetradores de tales crímenes, para poner fin a la impunidad. Un segundo objetivo asociado a las comisiones de la verdad es el de propiciar el concepto del “Nunca Más” a través de recomendaciones de medidas específicas para evitar el olvido y la repetición de los eventos que caracterizaron a los períodos de barbarie examinados. El tercer elemento común que se observa entre los objetivos de estas comisiones es la promoción de la reconciliación nacional. El razonamiento que sustenta este objetivo es que es posible lograr el perdón y la reconciliación en sociedades fracturadas por la violencia, solo a partir de la presencia de tres factores: el pleno conocimiento de la verdad, el reconocimiento de la responsabilidad por parte de los perpetradores y la aplicación de la justicia y medidas de reparación a las víctimas y a sus familiares.

Un último punto que viene al caso mencionar entre las caracterizaciones generales que rodean a las comisiones de la verdad, es la controversia generada por los enfoques que tales comisiones han tenido en la implementación de sus mandatos. En este sentido se pueden identificar dos tendencias: aquellas comisiones que centran su enfoque en describir lo que pasó y determinar el destino de las víctimas –particularmente de los desaparecidos– y aquéllas que enfatizan en identificar a los responsables de las violaciones.

La controversia radica, por un lado, en el postulado de aquéllos que argumentan que una comisión de la verdad, al nombrar a los responsables de los abusos, da pie a iniciar procesos legales y debates públicos que generan mayor polarización e inestabilidad en contextos de transición gobernados por instituciones democráticas débiles, en sociedades que –por sobre todo– necesitan encontrar la reconciliación. Asimismo ésta línea de pensamiento sostiene que al nombrar

1 Comisión de la Verdad para El Salvador, *De la Locura a la Esperanza: la Guerra de 12 Años en El Salvador, Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador*, Naciones Unidas, San Salvador-New York, 1992-1993. Versión original, página 190.

responsables, siendo instancias no jurisdiccionales, las comisiones de la verdad incurren en transgresiones al debido proceso legal al que tienen derecho tales individuos.

La contraparte argumenta, en primer lugar, que abstenerse de nombrar responsables constituye una verdad incompleta, que no responde a las legítimas expectativas de las víctimas y de la sociedad en general. En segundo término, que el no dar nombres atenta contra el objetivo de evitar la repetición del pasado, pues ello implica la impunidad de los responsables de los graves actos violatorios de los derechos humanos. Finalmente, el no conocer la identidad de los perpetradores impide que éstos deban reconocer sus errores y que las víctimas y sus familiares puedan considerar el perdón, elemento central para viabilizar el proceso de reconciliación, siendo esto último uno de los objetivos principales de las comisiones de la verdad.

La experiencia en El Salvador

La Comisión de la Verdad en El Salvador fue el resultado de un acuerdo entre el gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), en el proceso de búsqueda de una solución negociada al conflicto armado que por 12 años asoló a ese país. Tales negociaciones (1989-1992) se llevaron a cabo bajo el auspicio de las Naciones Unidas, y el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en los Acuerdos de Paz fue subsecuentemente verificado por esa organización internacional².

A la Comisión se le asignaron seis meses para investigar los actos de violencia cometidos por ambas partes del conflicto durante el período 1980-1991. En esa etapa, la guerra interna dejó un saldo estimado de 75,000 víctimas.

El mandato

El mandato asignado a la Comisión consistió primordialmente en “la investigación de los graves hechos de violencia

2 Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador, ONUSAL, establecida el 26 de julio de 1992.

ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad”³. Las partes otorgaron a la Comisión amplias facultades para investigar, recoger todo tipo de información que considere pertinente, acceder a cualquier establecimiento oficial, entrevistar a cualquier persona y solicitar informes, documentos o cualquier otra información al FMLN así como a autoridades y servicios del Estado.

El mandato estableció asimismo la tarea de elaborar recomendaciones de “medidas destinadas a prevenir la repetición de tales hechos, así como iniciativas orientadas hacia la reconciliación nacional”⁴. En resumen, la Comisión de la Verdad en El Salvador fue establecida para investigar los graves actos de violación a los derechos humanos aún cubiertos por el manto de la impunidad y para proponer recomendaciones que eviten su repetición en el futuro. Un aspecto importante del mandato en el caso salvadoreño lo fue el carácter vinculante de sus recomendaciones para las partes⁵.

Composición y metodología

La Comisión de la Verdad para El Salvador fue una instancia internacional conformada por tres miembros designados por el Secretario General de las Naciones Unidas, con el acuerdo de las partes. Los tres miembros fueron el ex-Presidente de Colombia Belisario Betancur, el ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Thomas Buergenthal y el ex-Canciller de Venezuela, Reinaldo Figueredo.

Una vez instalados los comisionados establecieron una Secretaría Ejecutiva compuesta por un grupo de alrededor de 50 personas, incluyendo profesionales en diferentes disciplinas (abogados, sociólogos, antropólogos, politólogos), expertos en informática, administración y personal de seguridad. La

3 Naciones Unidas, “Documento Anexo a los Acuerdos de México, 27 de abril de 1991”, sección *Funciones*, en *Acuerdos de El Salvador: en el Camino de la Paz*, Naciones Unidas, Departamento de Información Pública, Doc. 1208, julio de 1992.

4 *Ibidem*.

5 “11. Las Partes se comprometen a cumplir con las recomendaciones de la Comisión”, *ibidem*.

Comisión ejecutó su mandato en un período de 10 meses y su presupuesto fue de alrededor de US\$2.5 millones, financiado por contribuciones voluntarias de países que apoyaron el proceso de paz en El Salvador⁶.

La magnitud cuantitativa de los hechos a ser investigados fue tan grande que era prácticamente imposible investigar todos los casos en el período de seis meses asignado. Al mismo tiempo existía una gran expectativa entre la población, familiares y organizaciones de derechos humanos, de obtener respuestas a miles de casos individuales. Para confrontar esta situación los comisionados decidieron aplicar una metodología que involucró la implementación del mandato en diversas fases.

Primero, la Comisión llevó a cabo una campaña nacional a través de los medios de comunicación con el fin de informar y explicar a la población el mandato asignado y cómo y dónde toda persona podía presentar sus denuncias y testimonios de casos específicos. En una segunda fase de actividades se abrieron varias oficinas de la Comisión en diversas partes del país, con el fin de “acercarse a la fuente” para recibir testimonios directos de familiares de las víctimas y testigos. Como resultado de ello, en un período de 80 días se recolectaron unos 2,000 testimonios que contenían información sobre alrededor de 7,000 víctimas. Paralelamente, material solicitado y aportado por fuentes secundarias tales como agencias gubernamentales y organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos, resultó en un acopio de información adicional representativa de más de 22,000 denuncias.

Luego de procesar y analizar la información obtenida, la Comisión estuvo en capacidad de identificar los diferentes patrones de abuso, los diferentes períodos en los cuales éstos se llevaron a cabo, las diferentes regiones del país afectadas por la violencia y la tipología de las víctimas. Este proceso de estudiar el universo de casos a profundidad, en términos cualitativos y cuantitativos, permitió a la Comisión seleccionar un grupo de

6 La mayoría de las contribuciones provinieron de los gobiernos de Noruega, Suecia, los Estados Unidos, España, Francia, Holanda y Venezuela.

33 casos paradigmáticos que ilustraban los diferentes patrones de violencia identificados en el análisis de la información recabada. De esta manera la Comisión redujo el universo de casos encontrados a una muestra representativa y se esperó que las conclusiones y recomendaciones emanadas de la investigación de cada uno de ellos, resultara en gran medida aplicable al resto de casos que caían bajo el patrón del caso ejemplar. Esta metodología permitió a la Comisión sortear de manera aceptable los obstáculos presentados por la magnitud cuantitativa de casos, el corto tiempo otorgado para realizar la tarea y las altas expectativas de la población.

La tercera fase de implementación del mandato consistió en llevar a cabo una profunda investigación de cada uno de los casos ejemplares seleccionados. Los resultados de estas investigaciones conformaron el cuerpo central del informe final de la Comisión e incluyeron casos como el asesinato por escuadrones de la muerte de Monseñor Oscar Romero, ejecuciones extrajudiciales como la de los seis sacerdotes jesuitas, masacres como la de El Mozote, desapariciones forzadas cometidas por agentes del Estado contra opositores, como también ejecuciones, secuestros y otras violaciones al derecho internacional humanitario perpetradas por el FMLN.

La cuarta y última fase fue destinada a la redacción del informe con sus respectivas conclusiones y recomendaciones. Esta última tarea de la Comisión fue realizada en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

El reporte final de la Comisión titulado “De la Locura a la Esperanza”⁷, fue presentado a las partes a través del Secretario General de las Naciones Unidas. El documento, que fue hecho público inmediatamente, contenía los resultados de las investigaciones y las recomendaciones. Los principales patrones de violencia asociados con agentes del Estado incluyeron ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, masacres y asesinatos de escuadrones de la muerte. Respecto al FMLN se

7 Comisión de la Verdad para El Salvador, *De la Locura a la Esperanza: la Guerra de 12 Años en El Salvador. Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador*, Naciones Unidas, San Salvador-New York, 1992-1993. Versión original.

detectaron ejecuciones sumarias, extrajudiciales, secuestros y asesinatos. El resultado de la investigación de los casos seleccionados incluyó la identificación de más de treinta individuos encontrados responsables de los graves hechos de violencia investigados. Entre ellos se incluyeron altos oficiales militares, miembros del Poder Judicial, civiles asociados a los “escuadrones de la muerte” y miembros de la comandancia guerrillera.

Las recomendaciones de la Comisión incluyeron en primer lugar aquéllas que emanaron directamente del resultado de la investigación. Éstas incluyeron la separación inmediata de sus puestos en las fuerzas de seguridad y en la administración pública de todas aquellas personas nombradas en el informe como vinculadas a la perpetración o encubrimiento de violaciones. Asimismo se recomendó que las personas nombradas en las conclusiones de los casos “deben quedar inhabilitadas para el ejercicio de cualquier cargo o función pública por un lapso no menor de 10 años y para siempre de toda actividad vinculada con la seguridad pública o la defensa nacional”⁸. Seguidamente se recomendó la implementación de reformas en el sistema de administración de justicia.

Respecto a la erradicación de las causas estructurales ligadas a los actos examinados, la Comisión recomendó la aplicación de reformas a la Fuerza Armada y fuerzas de seguridad pública, enfatizando en la incorporación de una nueva doctrina militar basada en la subordinación al poder civil y en la plena observancia de los derechos humanos. En esta sección, la Comisión recomendó llevar a cabo una profunda investigación de los escuadrones de la muerte.

Con el objetivo de prevenir la repetición de los hechos, la Comisión recomendó una directa vinculación de la reforma judicial con el proceso de democratización, el fortalecimiento de las instancias nacionales de protección a los derechos humanos y de la Policía Nacional Civil, conforme con lo establecido en los Acuerdos de Paz.

8 *Ibidem.*, Sección V “Recomendaciones”, C. “Inhabilitaciones Públicas”.

Entre las medidas tendientes a la reconciliación nacional, la Comisión concluyó que “No basta con la verdad para alcanzar la meta de la reconciliación nacional... El perdón es indispensable”⁹. Al establecer que una de las consecuencias que se coligen del conocimiento de la verdad es la de satisfacer los requerimientos de justicia – “sanción a los responsables y reparación a las víctimas” –, la Comisión reconoció, sin embargo, los obstáculos insalvables que existían para lo primero dadas las características del sistema judicial de El Salvador, que impedían la aplicación de un “proceso regular, en condiciones de igualdad”¹⁰. Ante esto, las recomendaciones para propiciar la reconciliación nacional enfatizaron en medidas de reparación. En esta categoría se sugirió el establecimiento de un fondo especial de reparación material y medidas adicionales de “reparación moral”, tales como un monumento nacional y otras medidas de reconocimiento a la memoria y honorabilidad de las víctimas de la violencia.

El impacto inmediato causado por la divulgación del informe de la Comisión de la Verdad resultó en una purga del alto mando militar, incluyendo, entre otros, al Ministro de la Defensa y la renuncia del Presidente de la Corte Suprema de Justicia. El gobierno reaccionó adoptando una amnistía en beneficio de los presuntos responsables.

Si bien en su análisis del contexto político e histórico que rodeó a los hechos investigados la Comisión no profundizó en la incidencia de los factores externos¹¹, el significativo impacto del informe se tradujo en acciones e iniciativas para investigar

9 *Ibidem.*, página 195.

10 “La cuestión que se plantea no es si se debe sancionar o no a los culpables sino si se puede o no hacer justicia. La sanción a los responsables de los crímenes descritos, es un imperativo de la moral pública. Sin embargo, no existe una administración de justicia que reúna los requisitos mínimos de objetividad e imparcialidad para impartirla de manera confiable”. *Ibidem.*, página 190.

11 “Las causas y condiciones que engendraron el gran número de hechos de violencia en El Salvador, provienen de circunstancias de gran complejidad. La historia del país y sus relaciones de justicia inveteradas, no puede atribuirse solamente a un sector de la población o a un grupo de personas. Esta o aquella institución gubernamental... ni tan siquiera a la lucha ideológica planteada entre oriente y occidente, en la cual El Salvador fué una víctima... La Comisión no estuvo llamada a ocuparse de todos ellos, ni podía hacerlo”. *Ibidem.*, página 185.

este aspecto. Un ejemplo de ello fueron las iniciativas para averiguar el papel y conocimiento por parte de agencias del gobierno de los Estados Unidos sobre violaciones a los derechos humanos perpetradas por las fuerzas de seguridad de El Salvador. Luego de la publicación del informe de la Comisión de la Verdad, el Congreso de los Estados Unidos solicitó al Ejecutivo de ese país la declasificación de información sobre casos investigados por la Comisión. Esta medida resultó en la divulgación de más de 12,000 documentos clasificados del gobierno de los Estados Unidos.

La experiencia en Honduras

El proceso de búsqueda de la verdad en Honduras fue significativamente diferente al caso salvadoreño. Si bien al igual que en El Salvador el factor generador de la búsqueda de la verdad fue el clamor por justicia por parte de familiares de un alto número de víctimas de desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, tortura y detenciones arbitrarias ocurridas en Honduras durante la década de los años 80, en ese país la investigación se llevó a cabo por iniciativa de una instancia estatal: el Comisionado Nacional de Protección de los Derechos Humanos, también conocido como *Ombudsman*.

En el período en que sucedieron los hechos en Honduras, la región estuvo sumida en sangrientos conflictos armados internos en El Salvador, Nicaragua y Guatemala. Los débiles gobiernos civiles de Honduras por esos años se caracterizaron por estar bajo una fuerte influencia de la institución militar, que a su vez estaba activamente comprometida en su apoyo a la política norteamericana de buscar la solución a la crisis en América Central por la vía militar. De este modo, Honduras fue utilizada en forma encubierta como base de entrenamiento militar a fuerzas irregulares y como plataforma de ofensivas militares por parte de la denominada “contra” nicaragüense. Este proceso contó con el apoyo y encubrimiento de las Fuerzas Armadas de Honduras, fue avalado y financiado por el gobierno de los Estados Unidos y en su ejecución participaron, entre otros, agentes de la dictadura militar argentina. Asimismo, el territorio de Honduras se constituyó en esos años en un punto de trasiego de hombres y de armas para las insurgencias en El

Salvador y Guatemala.

El logro de la paz en los países vecinos a principios de los años noventa permitió a Honduras avanzar en el camino de la consolidación democrática y esto trajo consigo la incorporación de nuevas entidades nacionales dedicadas a la promoción y defensa de los derechos humanos. Un ejemplo de ello lo constituyó la Oficina del Comisionado Nacional para los Derechos Humanos¹². Sin embargo, los años de violencia habían dejado en Honduras una herencia de cientos de desaparecidos cuyo destino permanecía bajo el manto de la impunidad.

En este contexto, el Comisionado de los Derechos Humanos decidió emprender la investigación sobre los desaparecidos en Honduras. Aunque esta experiencia no puede ser categorizada como una “comisión de la verdad” propiamente dicha, la labor realizada por el Comisionado Leo Valladares Lanza califica como una búsqueda de la verdad conducida por una instancia oficial no jurisdiccional.

Mandato y metodología

El mandato para llevar adelante las investigaciones sobre los desaparecidos en Honduras se sustentó en las atribuciones constitucionales conferidas al Comisionado de los Derechos Humanos. Estas lo acreditan, entre otras, como “el órgano responsable de velar por el respeto de los derechos humanos por parte del Estado”, como también de “prestar atención inmediata y dar debido seguimiento a cualquier denuncia sobre violación a los derechos humanos”. Asimismo, en la tarea de llevar a cabo su investigación, el Comisionado utilizó las facultades de “solicitar de cualquier autoridad o persona la información sobre presuntas violaciones a los derechos humanos” y “hacer a las autoridades nacionales las observaciones y, en su caso, las recomendaciones pertinentes” para corregir

12 Mediante Decreto 26-92 del 8 de junio de 1992, el Presidente de Honduras creó el Despacho del Comisionado Nacional de Protección de los Derechos Humanos. Posteriormente, a solicitud de la Comisión Nacional de Reconciliación, se emitió el Decreto 51-92 del 8 de septiembre de 1992, en el cual se garantiza al Comisionado la “absoluta independencia en el desempeño de sus funciones”, si bien depende de la Presidencia de la República en la esfera administrativa.

situaciones anómalas y así garantizar la plena observancia de los derechos humanos.

La metodología aplicada por el Comisionado en la implementación de la investigación utilizó criterios similares a los aplicados por la Comisión de la Verdad en El Salvador: una primera fase de recolección de denuncias, testimonios e información proveniente de fuentes directas e indirectas tanto nacionales como internacionales, seguida de una etapa de análisis, selección e investigación de casos paradigmáticos representativos del universo encontrado. El informe –calificado de “preliminar” por el Comisionado– incluyó, al igual que el de la Comisión de la Verdad de El Salvador, una serie de conclusiones y recomendaciones encaminadas a propiciar la aplicación de justicia, la no repetición de los hechos y medidas tendientes a la reconciliación nacional.

En el informe titulado “Los Hechos Hablan por Sí Mismos” el Comisionado pudo documentar 184 casos de desapariciones forzadas, de los cuales 15 fueron seleccionados como casos representativos de los patrones encontrados¹³.

En el citado documento el Comisionado dió a conocer la composición, características y *modus operandi* del aparato clandestino de represión que funcionó dentro de la estructura de las Fuerzas Armadas y que llevó a cabo o encubrió el secuestro, tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial de personas. El reporte menciona a las instituciones e individuos presuntamente responsables de los hechos investigados y contiene un pormenorizado número de recomendaciones destinadas a propiciar la investigación por parte de los órganos jurisdiccionales de aplicación de justicia, el enjuiciamiento y la sanción de los responsables, medidas de reparación a las víctimas y acciones para evitar la repetición de los hechos investigados.

13 Valladares Lanza, Leo (Comisionado Nacional de Protección de los Derechos Humanos) *Informe Preliminar Sobre los Desaparecidos en Honduras, 1980-1993: Los Hechos Hablan por Sí Mismos*. Tegucigalpa, Honduras, 29 de diciembre de 1993. Versión original de 3 Tomos.

Una característica particular del informe del Comisionado de los Derechos Humanos de Honduras fue que éste fue más allá que la Comisión de la Verdad en El Salvador en el análisis y descripción del papel jugado por factores y actores externos en la comisión y encubrimiento de los crímenes investigados. En este sentido, el informe consta de un capítulo dedicado al “contexto internacional” en el cual se describe y se documenta la intervención extranjera encubierta y el uso del territorio de Honduras como base para la agresión militar contra países vecinos. El reporte constata la participación e incluye una lista con nombres de ciudadanos nicaragüenses, argentinos y norteamericanos involucrados directamente en la ejecución y encubrimiento de graves violaciones a los derechos humanos perpetradas en Honduras.

Las recomendaciones del informe se centran en un claro llamado a la investigación, determinación de responsabilidades individuales y aplicación de justicia por parte de las instancias nacionales jurisdiccionales: “Solo después del conocimiento de la verdad y la aplicación de justicia, el perdón y la reconciliación serán posibles”¹⁴, concluye el Comisionado Valladares. En este sentido, el informe recomienda el establecimiento de un período de “no más de 12 meses” para la aplicación de las investigaciones judiciales. Otras recomendaciones incluyen medidas de reparación y compensación a las víctimas y a sus familiares, reformas institucionales y legislación especial para evitar la repetición de los hechos, así como acciones conducentes a solicitar la información a los gobiernos de Estados Unidos y Argentina sobre las actividades de ciudadanos de esos países que pudieran haber estado involucrados en la comisión o encubrimiento de las desapariciones forzadas en Honduras.

Conclusión

Las experiencias de El Salvador y Honduras constituyeron verdaderos avances en el principio de que el conocimiento público de la verdad constituye el primer y más importante camino para dar fin a la impunidad detrás de las graves

14 *The Facts Speak for Themselves*, Human Rights Watch / The Center for Justice and International Law, ed. julio de 1994, página 232.

violaciones a los derechos humanos y, por efecto, contribuir a evitar la repetición de esos trágicos eventos. Ambas experiencias se llevaron a cabo bajo circunstancias y contextos políticos e históricos distintos y ésta característica se tradujo en diferencias respecto a la composición, origen del mandato y arreglos institucionales de las instancias de investigación para la búsqueda de la verdad. Sin embargo, el denominador común en El Salvador y Honduras reside en que ambas investigaciones oficiales fueron guiadas por el objetivo de combatir la impunidad, consolidar el estado de derecho y promover la reconciliación nacional a partir del conocimiento pleno de la verdad.

Otra característica común de ambas experiencias es el hecho de que las instancias investigativas no solo ejercitaron su mandato en forma independiente y autónoma, sino que fueron así percibidas por la población. Esto resultó en una profunda imagen de legitimidad para realizar la tarea y de credibilidad en las conclusiones y recomendaciones que emanaron de los respectivos informes.

Estas dos experiencias constituyeron asimismo verdaderos avances en el proceso hacia el establecimiento y adopción del denominado “derecho a la verdad”, que constituye una respuesta a la impunidad y se sustenta en la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y de aplicar medidas de reparación a las víctimas. La Comisión para El Salvador estableció un verdadero precedente sobre el “derecho a la verdad” desde la perspectiva y la acción de la comunidad internacional. El Comisionado de los Derechos Humanos de Honduras contribuyó por su parte a profundizar ese derecho emergente a partir de un ejemplar ejercicio en el cual el Estado se investiga a sí mismo.

Leo Valladares comienza su informe con una frase que en sí misma sintetiza la conclusión de este artículo:

“Los grandes países no son aquéllos que no han tenido épocas oscuras y de barbarie, son los que pudieron exami-

narlas sin temores para así superarlas. Las verdaderas democracias son las que pueden examinarse a sí mismas. Las naciones con futuro son las que pueden, con valentía, enfrentar la verdad”¹⁵.

LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y LA JUSTICIA DESPUÉS DE LAS COMISIONES DE LA VERDAD EN CENTROAMÉRICA

Margaret Popkin

La búsqueda de la verdad y de la justicia en El Salvador y Guatemala sigue siendo una tarea pendiente. Hasta la fecha, los importantes avances señalados por los informes de la Comisión de la Verdad para El Salvador y la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala, no han dado los resultados esperados. Mientras los familiares de las víctimas siguen en muchísimos casos sin saber la suerte o el paradero de los restos de sus seres queridos, la gran mayoría de los responsables siguen viviendo tranquilos sin preocuparse sobre la posibilidad de un enjuiciamiento. Tampoco se han visto políticas ni programas adecuados de reparación moral y material para las víctimas de violaciones de los derechos humanos y otros actos de violencia.

En El Salvador, en particular, se insiste mucho en la necesidad de olvidar el pasado y ver solo hacia adelante, como si esto fuera una condición para lograr la paz y la reconciliación política. En las palabras del actual Presidente, Francisco Flores, El Salvador tuvo que escoger “entre la paz y la justicia”¹.

Los Acuerdos de Paz fueron firmados entre el gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) en enero de 1992. En los Acuerdos, las partes acordaron el establecimiento de una Comisión de la Verdad

1 AMPLIADA, *CoLatino*, 11 de octubre de 2000.

con un mandato amplio para examinar los graves hechos de violencia ocurridos durante el conflicto armado, establecer la verdad y hacer recomendaciones vinculantes a las partes². La Comisión de la Verdad para El Salvador empezó su trabajo en junio de 1992 y publicó su informe en marzo de 1993³.

El gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) firmaron el Acuerdo de Paz Firme y Duradera en diciembre de 1996. Los acuerdos en Guatemala incluyeron el establecimiento de una Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH), con un mandato aparentemente más limitado que su contraparte salvadoreña. El mandato excluía la posibilidad de individualizar responsabilidades, como se hizo en El Salvador, y no estableció que sus recomendaciones serían vinculantes. La CEH empezó sus labores en agosto de 1997 y presentó su informe en febrero de 1999⁴.

El importante trabajo llevado a cabo por estas dos Comisiones es bastante conocido y no es el enfoque de este trabajo. Más bien, mi propósito actual es revisar los esfuerzos para conocer la verdad, buscar la justicia y conseguir reparaciones morales y materiales en El Salvador y Guatemala, después del trabajo de estas dos comisiones de la verdad.

2 Para una descripción de la Comisión de la Verdad, su mandato, metodología, etcétera, ver, p.e., Thomas Buergenthal, "The United Nations Truth Commission for El Salvador", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 27 (1994); Douglass Cassel, "International Truth Commissions and Justice", *Aspen Institute Quarterly* 5 (1993); Margaret Popkin, *Peace Without Justice: Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador* (University Park: Penn State Press, 2000), p. 109-164.

3 Comisión de la Verdad para El Salvador, *De la Locura a la Esperanza: La Guerra de 12 Años en El Salvador, Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador* (San Salvador-Nueva York: Naciones Unidas, 1993).

4 Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: Memoria del Silencio, Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico* (Guatemala, febrero de 1999), "Conclusiones y Recomendaciones". Para una descripción y análisis de aspectos de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, ver, p.e., Christian Tomuschat, "Lessons Learned from the Historical Clarification Commission in Guatemala", ponencia presentada en la reunión de 2000 de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, Miami, 16-18 de marzo de 2000; Jan Perlin, "The Guatemalan Historical Clarification Commission Finds Genocide", 6 *ILSA J. of Int. and Comp. L.*, 389 (Spring 2000); Catherine Nolan Hanlon y Finola Shankar, "Gendered spaces of terror and assault: The testimonio of REMHI and the Commission for Historical Clarification in Guatemala", 7 *Gender, Place and Culture* (Abingdon, Sept. 2000) p. 265-286; Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity* (New York: Routledge, 2000).

La respuesta al Informe de la Comisión de la Verdad en El Salvador

En el caso de El Salvador, la verdad establecida por la Comisión de la Verdad y publicada en su informe de 1993, aún es relativamente poco conocida. La Comisión de la Verdad tenía un período de solo tres meses para la recepción de testimonios. Su trabajo fue limitado por tiempo y recursos. Además, hizo sus investigaciones pocos meses después de la conclusión del conflicto armado, en un momento en el cual muchos sobrevivientes todavía no estaban en condiciones para presentar sus testimonios. Con base en sus investigaciones, la Comisión responsabilizó a agentes del Estado por 85% de las violaciones registradas; las fuerzas insurgentes fueron implicadas en un 5%.

En un universo limitado de casos ejemplares, la Comisión hizo investigaciones propias para tratar de establecer la verdad y, en los casos en los cuales encontró las pruebas suficientes, señaló los nombres de los responsables. La conclusión de que miembros del Alto Mando militar todavía en funciones habían tomado la decisión de asesinar a los jesuitas de la Universidad Centroamericana en 1989, fue especialmente impactante⁵. Sin embargo, a pesar de haber nombrado a varias personas, incluso altos jefes militares, como responsables de graves violaciones de derechos humanos, la Comisión de la Verdad no recomendó la apertura de investigaciones judiciales. Según la Comisión:

La cuestión que se plantea no es si se debe o no sancionar a los culpables sino si se puede o no hacer justicia. La sanción a los responsables de los crímenes descritos es un imperativo de la

5 El 16 de noviembre de 1989, en medio de la ofensiva más fuerte de la guerrilla, soldados uniformados entraron en las instalaciones de la Universidad, sacaron a seis sacerdotes jesuitas—incluidos el rector de la UCA, el vice-rector y el director del Instituto de Derechos Humanos—de su residencia y los ejecutaron junto con su empleada y la hija de ésta. Aunque la Fuerza Armada trató de negar su responsabilidad por los hechos, la presión internacional y nacional produjo una investigación limitada de algunos de los autores materiales. Con base en una investigación y un juicio viciados, en septiembre de 1991 un jurado condenó al coronel encargado de la zona y a un teniente bajo su mando. Después de la aprobación de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz en marzo de 1993, fueron amnistiados y puestos en libertad. Ver Martha Doggett, *Una muerte anunciada: El Asesinato de los Jesuitas en El Salvador*. Versión española por Pedro Armada (San Salvador: UCA Editores, 1994); Teresa Whitfield, *Pagando el Precio* (San Salvador: UCA Editores, 199x).

moral pública. Sin embargo, no existe una administración de justicia que reúna los requisitos mínimos de objetividad e imparcialidad para impartirla de manera confiable... un debate judicial en el actual escenario, lejos de satisfacer un honesto anhelo de justicia, podría servir para revivir viejas frustraciones y entorpecer así ese cardinal objetivo que es la reconciliación. Siendo ese el contexto presente, es claro que en éste momento la Comisión solo confía en una administración judicial renovada a la luz de los Acuerdos de Paz...⁶.

La Comisión recomendó que las personas implicadas en la perpetración o encubrimiento de hechos de violencia fueran separadas de la Fuerza Armada o de sus cargos en la administración pública o judicial y que todas las personas nombradas como responsables en casos concretos, incluso varios miembros de la Comandancia del FMLN, quedaran inhabilitados para el ejercicio de cargos o funciones públicas por un período no menor de diez años y permanentemente de cualquier actividad vinculada con la seguridad pública o la defensa nacional.

En cuanto al resarcimiento material, la Comisión recomendó la creación de un fondo especial que recibiría un aporte del Estado y una contribución mayor de la comunidad internacional (por lo menos el 1% de la ayuda internacional destinada a El Salvador). En cuanto a la reparación moral, la Comisión recomendó la construcción de un monumento nacional en San Salvador con los nombres de todas las víctimas del conflicto; el reconocimiento de la honorabilidad de las víctimas y de los graves delitos de los que fueron víctimas y el establecimiento de un día feriado nacional para recordar a las víctimas y afirmar la reconciliación nacional⁷.

En respuesta, el gobierno de Alfredo Cristiani rechazó muchas de las conclusiones y recomendaciones de la Comisión, tildando las conclusiones de parciales y prefiriendo cerrar el capítulo del pasado⁸. En cuanto a las personas nombra-

6 Comisión de la Verdad para El Salvador, *De la Locura a la Esperanza: La Guerra de 12 Años en El Salvador, Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador*, página 190.

7 *Ibidem.*, páginas 196-197.

8 Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en El Salvador*, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 28 rev., 11 de febrero de 1994, p. 75.

das como responsables de haber perpetrado o encubierto graves actos de violencia, solo los militares que ya habían sido señalados por la Comisión Ad Hoc encargada de la depuración de la Fuerza Armada, fueron retirados de sus puestos. Los otros militares y civiles nombrados siguieron en sus funciones o fueron nombrados en otros puestos oficiales. Algunos han sido electos a la Asamblea Legislativa.

No se ha hecho ningún esfuerzo oficial para dar a conocer el informe o incluirlo en los planes de estudio de la educación pública. El gobierno salvadoreño dejó ver su posición sobre el informe de la Comisión de la Verdad al conseguir la aprobación, cinco días después de su presentación, de una “amplia, absoluta, incondicional” amnistía “a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de 20 antes del primero de enero de 1992”⁹. En El Salvador, entonces, se conoció una parte de la verdad, se hicieron algunos cambios institucionales importantes¹⁰ y se decidió no dejar conocer más de la verdad ni permitir que se hiciera justicia.

La respuesta al Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico en Guatemala

El mandato de la Comisión de Esclarecimiento Histórico le encargó de “Esclarecer con toda objetividad, equidad e imparcialidad las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, vinculados con el enfrentamiento armado”¹¹. El conflicto armado guatemalteco había durado unos 36 años. La CEH encontró que los abusos cometidos durante este período fueron aun peores de lo que se esperaba. Con base en sus inves-

9 Decreto 486, 20 de marzo de 1993.

10 Por ejemplo, con base en los Acuerdos de Paz fueron disueltos los antiguos cuerpos de seguridad y se creó una nueva Policía Nacional Civil; se creó una Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y se hicieron importantes reformas en la Fuerza Armada y en el Consejo Nacional de la Judicatura.

11 Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, Oslo, 23 de junio de 1994.

tigaciones, concluyó que unas 200,000 personas fueron asesinadas o desaparecidas durante los años del conflicto armado. Atribuyó 93% de las violaciones documentadas, incluyendo 626 masacres, a las fuerzas del Estado. Responsabilizó a la guerrilla por el 3% de las violaciones documentadas, incluyendo 32 masacres. Del total global de víctimas, 83% provenían de la población maya. Con base en sus investigaciones, la CEH concluyó que agentes del Estado, en cuatro zonas geográficas del país, entre 1981 y 1983, cometieron actos de genocidio después de identificar a grupos del pueblo maya como “el enemigo interno”¹². En estos casos, la CEH concluyó que “el propósito de los autores fue matar al mayor número posible de miembros del grupo”¹³.

*Con gran consternación, la CEH concluye que muchas de las masacres y otras violaciones cometidas en contra de tales grupos respondieron a una política superior, estratégicamente planificada, que se tradujo en acciones que siguieron una secuencia lógica y coherente. Frente a todas las opciones para combatir a la insurgencia el Estado optó por la que ocasionó mayor costo de vidas humanas entre la población civil no combatiente*¹⁴.

La CEH también encontró que el Estado no había cumplido su deber de investigar y sancionar actos de genocidio cometidos en su territorio. El mandato de la CEH no le permitió individualizar responsabilidades ni tener “propósitos o efectos judiciales”. Sin embargo, su informe dejó bastante claro quiénes fueron los responsables principales: “las responsabilidades de gran parte de estas violaciones alcanzan, en la línea de mando militar y de la responsabilidad política y administrativa, a los más altos grados del Ejército y de los sucesivos Gobiernos”¹⁵.

La CEH hizo una serie de recomendaciones, entre éstas que el Estado y la URNG reconocieran su responsabilidad por estos hechos de violencia y pidieran perdón. La CEH también reco-

12 Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: Memoria del Silencio, Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico* (Guatemala, febrero de 1999), “Conclusiones y Recomendaciones”, párr. 110.

13 *Ibidem.*, párr. 113.

14 *Ibidem.*, párr. 120-121.

15 *Ibidem.*, párr. 106.

mendó al Estado: la amplia difusión del contenido del informe de la CEH; una política activa de exhumaciones; el esclarecimiento del paradero de los desaparecidos (con la colaboración activa de la sociedad civil e información proporcionada por el Ejército de Guatemala y la ex-URNG), e incluso una Comisión Nacional de Búsqueda de Niños Desaparecidos. Con base en las disposiciones de la Ley de Reconciliación Nacional, la CEH recomendó la investigación e iniciación de procesos judiciales, en los casos que no pueden recibir amnistía según los términos de esta ley. Otras recomendaciones instan al Estado a proponer y financiar un programa nacional de reparaciones, el cual incluiría medidas individuales y colectivas y contaría con la participación de los beneficiarios en la definición de prioridades.

Siguiendo el ejemplo de su colega salvadoreño, el Presidente Alvaro Arzú tampoco asumió muchas de las conclusiones y recomendaciones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico. Su sucesor, Alfonso Portillo, del partido Frente Revolucionario Guatemalteco (FRG), en su discurso inaugural, tomó una postura diferente. Portillo destacó que:

*Como Presidente de los guatemaltecos no puedo ignorar mi responsabilidad histórica de confrontar el desafío de superar las deudas del pasado para sentar de una vez por todas los sólidos cimientos de una verdadera reconciliación nacional. Mi política de derechos humanos ... también implica convertir las recomendaciones emanadas de los informes de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico y del Proyecto REMHI, en compromisos de gobierno y de Estado*¹⁶.

La realidad es que el general Efraín Ríos Montt, quien preside el Congreso por el mismo FRG, fue el jefe de gobierno durante el período en el que ocurrieron muchas de las peores violaciones documentadas por la CEH, incluso actos de genocidio contra grupos específicos de la población maya. Esta situación ha limitado las posibilidades de cumplimiento de las recomendaciones de la CEH.

16 Discurso inaugural del Presidente Alfonso Portillo, 14 de enero de 2000.

Los avances en la búsqueda de la Verdad y la Justicia

A pesar de la debilidad de las respuestas gubernamentales, hay que reconocer que en algunos planos ha habido avances notables que abren o dejan abiertos espacios para establecer la verdad, buscar la justicia y las reparaciones. Las acciones de las ONGs de derechos humanos –en algunos casos–, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las demandas presentadas ante tribunales de otros países, han dado nuevos matices a la situación de impunidad imperante en la región. Todavía no se han dado acontecimientos como los ocurridos en Argentina y Chile, donde juicios que antes parecían imposibles han comenzado y donde se ha encontrado la forma de otorgar amplias indemnizaciones a un gran número de víctimas y sobrevivientes.

Es importante recalcar que las Cortes Supremas de Justicia de El Salvador y Honduras han reconocido que el poder político para otorgar amnistías tiene limitaciones constitucionales y han mostrado un importante grado de independencia en sus últimas resoluciones al respecto¹⁷. Hasta la fecha, los tribunales guatemaltecos han aplicado la Ley de Reconciliación Nacional en una forma restrictiva, estableciendo que la amnistía no se aplica a todo tipo de delito que haya ocurrido durante el conflicto armado. No obstante, en el mundo político centroamericano hay poco reconocimiento de que, según la Constitución y el derecho internacional, no se puede amnistiar cualquier delito con base en acuerdos políticos. Además, en ambos países, la actuación del Ministerio Público y de los tribunales de justicia sigue siendo altamente deficiente.

Esfuerzos y obstáculos en El Salvador

Comparado con el cono sur, los procesos centroamericanos en esta materia son relativamente recientes. Sin embargo, ya han pasado casi ocho años desde la publicación del Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador. Inmediatamente

17 Para información sobre resoluciones judiciales anteriores sobre amnistías, se puede ver Naomi Roht-Arriaza y Lauren Gibson, “The Developing Jurisprudence on Amnesty”, 20 *Human Rights Quarterly* 843 (1998).

después de la publicación de este informe, a iniciativa del Ejecutivo, la Asamblea Legislativa aprobó una amplia amnistía. Desde entonces, el tema de la justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos en el pasado, ha quedado en suspenso. Muchos políticos del país han calificado la ley de amnistía como “la piedra angular del proceso de paz” o el máximo logro de las negociaciones, en fin, algo sumamente positivo y necesario. Recalcan que la paz verdadera depende del perdón y del olvido, después de una guerra cruenta como la que vivió El Salvador.

Hasta la fecha, ninguno de los responsables señalados en el informe de la Comisión de la Verdad ha tenido que enfrentar un juicio penal, salvo algunos pocos casos en los cuales militares, ex-militares y miembros y supuestos miembros del FMLN, casi todos de bajo rango, fueron enjuiciados antes del fin de la guerra¹⁸. En cuanto a la verdad, tampoco ha habido mayores avances. Los familiares de miles de personas desaparecidas no

18 En la gran mayoría de los casos, nadie ha sido acusado judicialmente. Entre las excepciones se puede citar el caso de las cuatro religiosas estadounidenses asesinadas en diciembre de 1980, por el cual cinco ex-guardias nacionales fueron condenados en 1984; en 1986, dos ex-guardias nacionales fueron condenados por el asesinato en enero de 1981 del presidente del Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria y dos asesores estadounidenses; en 1991, un coronel y un teniente fueron condenados por el asesinato de seis jesuitas, su empleada y la hija de ésta. Con la excepción del caso de las religiosas, los otros condenados fueron beneficiados con amnistías y liberados en 1987 y 1993, respectivamente. Tres de los cinco condenados en el caso de las religiosas fueron liberados por una reducción de la pena, calculada según el nuevo Código Penal de 1998. Un mayor del ejército, procesado por la ejecución de diez campesinos en San Sebastián en 1988, fue liberado por la amnistía de 1993; tres coroneles señalados por la Comisión de la Verdad por haber tenido responsabilidad en el crimen, nunca fueron investigados. Tres supuestos miembros del FMLN fueron condenados como autores materiales en el ataque contra un grupo de infantes de marina de los Estados Unidos en un restaurante de la “Zona Rosa” de San Salvador en junio de 1985, que causó la muerte de cuatro militares estadounidenses desarmados, nueve civiles y uno de los atacantes. Les fue negado el beneficio de la amnistía de 1987. Sin embargo, un jefe guerrillero –posteriormente señalado por la Comisión de la Verdad como uno de los autores intelectuales del ataque– que había participado en la planificación, fue capturado y beneficiado con la amnistía. En el caso del asesinato del dirigente de la Comisión de Derechos Humanos de El Salvador no-Gubernamental, Herbert Anaya, se había condenado a un joven miembro del FMLN, aunque la autoría intelectual del crimen nunca ha sido establecida. En un caso muy delicado, ocurrido durante las negociaciones de paz, una patrulla de la guerrilla derribó un helicóptero de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos y posteriormente ejecutó a los dos militares sobrevivientes de la caída. Más de un año después, frente a fuertes presiones internacionales y después de intentar buscar una forma de enjuiciar a los responsables fuera de la justicia salvadoreña, el autor material y el que le dio la orden de matarlos se presentaron voluntariamente a un juzgado en El Salvador. Posteriormente fueron amnistiados (ver *De la Locura a la Esperanza: La Guerra de 12 Años en El Salvador. Ob. cit.*, p. 44-50, 60-65, 82-88, 151-155, 161-172, 180-181).

han tenido ningún mecanismo para indagar oficialmente sobre la suerte y el paradero de sus seres queridos. Y el tema de las reparaciones morales y materiales ha quedado igualmente estancado¹⁹. La propuesta de la Comisión de la Verdad respecto de un fondo para reparaciones no fue aceptado. Una coalición de ONGs de derechos humanos ha impulsado un esfuerzo para la construcción de un monumento a las víctimas civiles del conflicto. En 1998 lograron el aval del alcalde de San Salvador, quien acordó reservar una parte de un parque municipal para el futuro monumento. El esfuerzo pro-monumento, que carece de fondos para empezar la construcción, sigue siendo estrictamente local y no gubernamental.

Al momento de escribir este artículo (noviembre de 2000) existían indicios de que la situación podría variar, debido a la resolución de la Corte Suprema de Justicia que encontró que la ley de amnistía en sí no es inconstitucional, pero aclaró que los tribunales tienen que determinar, en cada caso, si es constitucionalmente aplicable. Otro elemento nuevo fue la decisión a regañadientes del Fiscal General –frente a la petición reiterada de la Universidad Centroamericana– de abrir el caso *Jesuitas* y pedir a un tribunal de justicia que decida si se puede iniciar una investigación de los supuestos autores intelectuales. También el juicio civil contra dos ex-Ministros de Defensa en un tribunal federal de Estados Unidos en la Florida representó una nueva etapa en los esfuerzos para establecer oficialmente los hechos y los responsables, a pesar de la decisión del jurado de no encontrar responsables a dichos jefes, sobre la base de su supuesta falta de “control efectivo” sobre sus subordinados.

Hasta la fecha, una de las pocas iniciativas exitosas para tratar las secuelas de la guerra en El Salvador ha sido el trabajo de la Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos. Pro-Búsqueda reúne familias de niños desaparecidos en el contexto de la guerra, especialmente durante operativos militares. Desde que inició su trabajo en 1994, Pro-Búsqueda ha registrado unos 571 casos de desaparecidos entre 1979 y 1990, de los cuales ha logrado resolver 188. En 97 de estos casos ya se ha logrado el reencuentro entre la joven o el joven y su familia

19 Popkin, *Peace Without Justice*. *Ob cit.*, p. 135-136.

de origen. En muchos de estos casos, los niños desaparecidos fueron dados en adopción a familias europeas o norteamericanas. Inmersos en una vida de clase media en Italia, Francia o Estados Unidos, estos jóvenes han ido a conocer a sus familias de origen y sus vidas precarias en algunos de los lugares más pobres del país. Sorpresivamente, en la gran mayoría de los casos, los reencuentros han tenido resultados positivos para ambas partes, a pesar de las marcadas diferencias socio-económicas, culturales y aún lingüísticas creadas por la separación forzada²⁰.

Pro-Búsqueda ha presentado ocho casos a los tribunales salvadoreños, ninguno de los cuales ha sido resuelto. Los tribunales han declinado investigar los casos aduciendo la aplicación de la ley de amnistía o bien no reconociendo que se está alegando el delito de desaparición forzada. En marzo de 1998, el licenciado Eduardo Urquilla, entonces Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, emitió una resolución sobre los casos de ocho menores desaparecidos, en la cual encontró responsables de la desaparición forzada de los menores a miembros de la Fuerza Armada. Entre otras cosas, la resolución recomendó al Ministro de Defensa y al Jefe del Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada que ordenaran las investigaciones necesarias para reunir información sobre los operativos y desapariciones en cuestión y la presentaran a los jueces competentes, para que éstos dedujeran las responsabilidades penales pertinentes y también para establecer el paradero de las niñas y niños secuestrados y el resarcimiento de los daños morales y materiales, en la medida de lo posible. La resolución del Procurador también encontró a dos jueces responsables de violaciones al debido proceso legal, por su actuación en estos casos²¹.

20 Para más información sobre Pro-Búsqueda ver Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos, *La Problemática de Niñas y Niños Desaparecidos como Consecuencia del Conflicto Armado Interno en El Salvador* (San Salvador, abril de 1999); Tina Rosenberg, “What Did You Do in the War, Mama?”, *New York Times Magazine*, 7 de febrero de 1999.

21 Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Caso SS-0449-96, 30 de marzo de 1999, reproducido en Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos, Edición Especial, *En Búsqueda*, mayo de 1998 (San Salvador).

Desafortunadamente, la crisis institucional de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos dejó la institución sin capacidad para dar seguimiento a estos casos²². A pesar del éxito de Pro-Búsqueda para localizar a tantos niños con una mínima colaboración oficial, se ha constatado la necesidad de una colaboración mucho mayor para poder resolver los casos restantes. En 1999, frente a esta situación, Pro-Búsqueda propuso a la Asamblea Legislativa la conformación de una Comisión Nacional de Búsqueda con el fin de investigar y determinar el paradero y la situación actual de las niñas y niños desaparecidos como consecuencia del conflicto armado interno que vivió El Salvador, a fin de propiciar el reencuentro con su familia consanguínea, partiendo del interés superior del niño o de la niña. Para la conformación de esta comisión, se ha propuesto a representantes de la Procuraduría General de la República, de la Corte Suprema de Justicia, de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor y de las Fuerzas Armadas de El Salvador. Hasta la fecha, esta propuesta no ha prosperado.

En 1992, como parte de las investigaciones de la Comisión de la Verdad, el equipo argentino de antropología forense llevó a cabo, conjuntamente con el Instituto de Medicina Legal de El Salvador, la exhumación de algunas de las víctimas de la masacre de “El Mozote”. El trabajo científico logró confirmar que los muertos encontrados fueron personas civiles, en su gran mayoría niños, una conclusión que las autoridades salvadoreñas y estadounidenses siempre habían negado²³. Según los

22 En 1998, después de meses de discusión en la Asamblea Legislativa sin que los partidos políticos lograsen ponerse de acuerdo para llegar al voto de las dos terceras partes de los diputados electos, seleccionaron al licenciado Eduardo Peñate Polanco como el nuevo Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos. Posteriormente se conoció que existía una serie de denuncias en contra del licenciado Peñate Polanco por su desempeño como juez, incluso algunas ante la misma Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Mientras funcionaba como Procurador, Peñate entró en problemas con mucho del personal de la institución, con los donantes, etcétera y el perfil de la institución bajó considerablemente. Después de una investigación por parte de la misma Asamblea Legislativa que lo había nombrado y antes de ser destituido, renunció como Procurador en febrero de 2000. Un año después, la Asamblea todavía no había nombrado su sucesor.

23 La masacre de “El Mozote” tuvo lugar en un área del norte de Morazán durante varios días en diciembre de 1981 con la participación de tropa del Batallón Atlacatl. Ante denuncias de la muerte de cientos de personas civiles, el ejército siempre negó e insistió que los muertos fueron guerrilleros o producto de fuego cruzado. Poco después de ocurridos los hechos, el gobierno de Estados Unidos tenía que certificar al Congreso —para propósitos de mantener

testimonios de los sobrevivientes, las personas asesinadas en el curso de esta masacre fueron enterradas en distintos lugares. Después de la aprobación de la ley de amnistía, las investigaciones, incluso las exhumaciones, fueron suspendidas, aunque el beneficio de la amnistía no fue aplicado a personas específicas. Fue hasta el año 2000 que Tutela Legal del Arzobispado logró conseguir la autorización para seguir con las exhumaciones estrictamente *por razones humanitarias*, o sea, para poder entregar los restos de los muertos a sus familiares para su resepultura. En algunos otros casos, ONGs —en particular el Centro de Derechos Humanos Madeleine Lagadec— han podido conseguir permiso para llevar a cabo exhumaciones, por las mismas razones o por el hecho de que los muertos nunca fueron registrados como fallecidos para efectos legales.

Con excepción del caso *Jesuitas*, ha habido escasos esfuerzos en este período para conseguir justicia en El Salvador para los crímenes cometidos durante el conflicto armado, ya que los jueces interpretaron la ley de amnistía como una prohibición a la apertura o seguimiento de investigaciones de cualquier índole. En 1998, el Comité de Abogados por los Derechos Humanos (Lawyers Committee for Human Rights) pidió al entonces Fiscal General Manuel Córdova que reabriera el caso de las cuatro religiosas estadounidenses violadas y asesinadas por miembros de la Guardia Nacional en El Salvador en diciembre de 1980, para investigar la autoría intelectual. Esta petición se basó en la confirmación de algunos de los condenados de que ellos habían actuado bajo órdenes superiores. El Fiscal respondió que cualquier acción penal había vencido por prescripción. Según la ley vigente durante el conflicto armado, el período para la prescripción en casos de homicidio era de diez años.

Afuera del país, sin embargo, ha habido algunos esfuerzos para conseguir justicia en casos de asesinato de personas extranjeras. En el ámbito penal internacional, la familia de la enfermera francesa Madeleine Lagadec, quien fuera ejecutada

altos niveles de ayuda para el ejército salvadoreño— que la situación de derechos humanos en El Salvador estaba mejorando. Ver Mark Danner, *The Massacre at El Mozote* (New York: Vantage Books, 1994); *De la Locura a la Esperanza: La Guerra de 12 Años en El Salvador*, *ob cit.*, p. 118-125.

durante un operativo militar en San Vicente en 1989, ha promovido un juicio en Francia. El tribunal francés ha emitido orden de captura contra tres militares salvadoreños, uno de los cuales posteriormente fue ascendido.

En los Estados Unidos, las familias de las cuatro religiosas asesinadas en El Salvador en diciembre de 1980 presentaron una demanda en un tribunal federal en la Florida, contra los generales retirados José Guillermo García, entonces Ministro de Defensa, y Carlos Eugenio Vides Casanova, entonces Director de la Guardia Nacional y posteriormente Ministro de Defensa, alegando su responsabilidad por no haber prevenido ni investigado en serio los actos de sus subalternos. Los familiares de las víctimas se dieron cuenta en 1998 que los dos generales habían conseguido la residencia en Estados Unidos hacía varios años. La demanda se basó en una ley de 1992, llamada Ley para la Protección de Víctimas de Tortura (*Torture Victims Protection Act*), la cual establece competencia federal para actos de tortura y ejecuciones extrajudiciales, no importando dónde fueron cometidos ni la nacionalidad de los responsables. En casos similares contra personas acusadas de atrocidades en otros países, los acusados generalmente han preferido irse del país y no defenderse. Por el contrario, en este caso los dos generales declararon en el tribunal que ellos hicieron los esfuerzos que pudieron para mejorar la situación de derechos humanos en El Salvador –que fueron parte de “la solución”–. Los peticionarios presentaron una serie de testigos y documentos para demostrar el nivel de atrocidades cometidas por los cuerpos de seguridad en la época, el conocimiento de los imputados sobre estos hechos, y las dudas de los oficiales de Estados Unidos que trabajaban en El Salvador sobre la seriedad de los esfuerzos de los generales para prevenir y investigar abusos, incluso en el caso de las religiosas.

El caso de los peticionarios dependía de la aplicación de la doctrina de la responsabilidad de cadena de mando. Fue la primera oportunidad en la que un jurado en Estados Unidos tuvo que decidir en un caso disputado sobre la aplicabilidad de esta doctrina. Según las instrucciones dadas por el juez federal Daniel Hurley, un comandante tiene responsabilidad con base en la doctrina de la responsabilidad de cadena de mando

cuando no toma las medidas apropiadas para controlar a su tropa y evitar que sus miembros cometan actos de tortura o ejecuciones extrajudiciales. Según el juez Hurley, para encontrar un imputado responsable bajo esta doctrina, el peticionario tiene que probar los tres elementos siguientes mediante una preponderancia de la prueba:

- (1) que personas bajo *el mando efectivo* del imputado han cometido, cometían o estaban a punto de cometer actos de tortura y ejecuciones extrajudiciales;
- (2) que el imputado *sabía, o con base en las circunstancias en aquel momento, debe haber sabido*, que las personas bajo su mando efectivo habían cometido, cometían, o estaban a punto de llevar a cabo actos de tortura y ejecuciones extrajudiciales; y
- (3) que el imputado no tomó todas *las medidas necesarias y razonables dentro de su poder* para evitar o reprimir la comisión de actos de tortura o ejecuciones extrajudiciales, o no investigó los hechos en un esfuerzo para castigar a los responsables.

El 3 de noviembre de 2000 el jurado emitió su veredicto, declarando a los generales libres de responsabilidad civil. Sin duda, el veredicto fue una gran decepción para las familias de las religiosas y para muchas personas que pensaban que por fin se iba a lograr una medida de justicia contra los verdaderos responsables de un crimen de derechos humanos en El Salvador. Los comentarios iniciales de algunos de los jurados sugirieron que pueden haber tenido la impresión de que los generales, a pesar de ser, respectivamente, Ministro de Defensa y Director de la Guardia Nacional, no tenían el control efectivo sobre su tropa dada la situación aparentemente tan caótica en este período y, por otro lado, que algunos pueden haber creído que los generales habían intentado frenar las violaciones de derechos humanos en la medida de sus posibilidades²⁴. Si fue así, los jurados no entendieron o no creyeron que los hechos de

24 Ver David González, “Two Ex-Salvador Generals Cleared by U.S. Jury in Nuns’ Deaths”, *The New York Times*, 3 de noviembre de 2000.

violencia que ocurrían en 1980 correspondían a un plan (o planes) y que las altas autoridades militares tenían el control real o potencial de la situación. Este control quedó en evidencia en diciembre de 1983 cuando el entonces Vicepresidente George Bush llegó a El Salvador con una lista de oficiales vinculados con acciones de los escuadrones de la muerte que había que sacar de sus puestos de mando. En su intento por conseguir un nuevo juicio, los peticionarios argumentaron que las instrucciones del juez fueron equivocadas al introducir el requisito preliminar de comprobar que los oficiales tenían el mando efectivo –y no solo formal– de su tropa.

A pesar del veredicto, el juicio en Florida demostró que se puede demandar a altos militares con base en su responsabilidad de cadena de mando y presentar las pruebas sobre los hechos atroces que ocurrieron bajo su mando. También se puso en tela de juicio la política de los Estados Unidos de apoyar a los militares salvadoreños durante una época en la que se cometían tantas y tan graves violaciones de derechos humanos. Un segundo caso contra los mismos generales en el cual los peticionarios son refugiados salvadoreños que alegan haber sido torturados por los cuerpos de seguridad en El Salvador está programado para mayo de 2001. Los peticionarios salvadoreños tendrán la oportunidad para probar su caso ante el mismo juez Hurley y un nuevo jurado.

Entre 1999 y 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió tres decisiones importantes en casos de El Salvador²⁵. En su decisión sobre el caso *Jesuitas*, la Comisión hizo énfasis en el hecho de que el trabajo de la Comisión de la Verdad no puede ser considerado un sustituto para las obligaciones del Estado en materia judicial. Según la resolución:

229. La CIDH considera que, pese a la importancia que tuvo la Comisión de la Verdad para establecer los hechos relacionados con las violaciones más graves y para promover la reconciliación

25 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe No 1/99 (El Salvador) (Caso 10.480, 27 de enero de 1999); informe No 136/99 (El Salvador) (Caso 10.488, Ignacio Ellacuría et al., 22 de diciembre de 1999); informe No 37/00 (El Salvador) (Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdamez, 13 de abril de 2000).

nacional, las funciones desempeñadas por ella, aunque altamente relevantes, no pueden ser consideradas como un sustituto adecuado del proceso judicial como método para llegar a la verdad. El valor de las Comisiones de la Verdad es que su creación no está basada en la premisa de que no habrá juicios, sino en que constituyen un paso en el sentido de la restauración de la verdad y, oportunamente, de la justicia.

230. Tampoco sustituyen la obligación indelegable del Estado de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, de identificar a los responsables, de imponerles sanciones y de asegurar a la víctima una adecuada reparación (artículo 1(1) de la Convención Americana), todo dentro de la necesidad imperativa de combatir la impunidad.

La Comisión Interamericana recomendó al Estado salvadoreño:

1. Realizar una investigación completa, imparcial y efectiva, de manera expedita, conforme a estándares internacionales, a fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales [del asesinato de los jesuitas y de las dos mujeres], sin perjuicio de la amnistía decretada.
2. Reparar integralmente las consecuencias de las violaciones enunciadas, incluido el pago de una justa indemnización.
3. Adecuar su legislación interna a los preceptos de la Convención Americana, a fin de dejar sin efecto la ley conocida como de Amnistía General²⁶.

Hace años que El Salvador tiene fama por su pobre récord de respuesta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En los últimos años se ha visto un mayor esfuerzo por parte del gobierno para responder a casos actuales, pero no se ha mostrado la misma apertura en cuanto a los casos ocurridos durante el conflicto armado. Ahí el gobierno se limita a alegar

26 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe No 136/99, (Caso 10.488, Ignacio Ellacuría et al., 22 de diciembre de 1999), párr. 241.

que en el caso de los jesuitas ya se había llevado a cabo un juicio de los autores materiales. Según el Estado, el cumplimiento de la segunda y tercera de las recomendaciones implicaría la derogatoria de la ley de amnistía y “la Ley de Amnistía está basada en derecho y respondió ... a la necesidad de proveer a la población civil de una reconciliación nacional, con el fin de sustentar una paz duradera”²⁷. El Estado argumentó que la derogatoria de la ley de amnistía “traería como resultado los efectos negativos que se quisieron evitar al promulgar la misma”²⁸. Por su parte, el Presidente Francisco Flores ha enfatizado que las decisiones de instancias internacionales no son vinculantes. También ha insistido que sería injusto procesar a algunos si no es posible el procesamiento en los demás casos; esto es: si no se puede prometer la justicia para todos, no se debe buscar justicia para nadie.

Aunque el Estado no hizo nada para hacer cumplir las recomendaciones de la CIDH, en marzo de 2000, el rector de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, José María Tojeira, S.J., presentó al Fiscal General Belisario Artiga una denuncia contra seis generales retirados nombrados en el informe de la Comisión de la Verdad y contra el ex-Presidente Alfredo Cristiani por su responsabilidad en el asesinato de los seis jesuitas, su empleada, y la hija de ésta. Se alega que cinco de los generales tienen responsabilidad como autores mediatos del crimen y que el Presidente y su entonces Ministro de Defensa tienen responsabilidad por sus omisiones. El fiscal respondió que se iba a abstener de conocer el caso hasta que la Corte Suprema de Justicia resolviera el recurso de inconstitucionalidad contra la ley de amnistía, pendiente desde 1998. La UCA protestó contra esta posición sosteniendo que el fiscal tiene prohibido abstenerse de investigar y que tiene que promover la acción penal sobre las denuncias que se presentan²⁹.

Después de la decisión de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de la amnistía en septiembre de 2000, la cual dejó a los tribunales inferiores la tarea de decidir si la

27 *Ibidem.*, párr. 242.

28 *Ibidem.*, párr. 243.

29 “UCA critica resolución Fiscalía en caso *Jesuitas*, *La Prensa Gráfica*, 27 de abril de 2000.

amnistía podía aplicarse constitucionalmente en cada caso concreto, el fiscal buscó la reapertura del caso en el Juzgado Cuarto de Instrucción de San Salvador, el mismo juzgado en que se había ventilado el caso originalmente después de los asesinatos.

El juez declaró la petición improcedente porque el caso original ya estaba cerrado, y bajo la nueva normativa procesal penal es el Fiscal General quien empieza la investigación y presenta el nuevo caso ante un juzgado de paz. En parte, lo que está en debate es si lo que se está solicitando es la reapertura del caso original o la apertura de una nueva investigación. Por otra parte y estrechamente relacionado con lo anterior, hay que determinar si se aplica el Código Procesal Penal vigente antes de 1998 o el Código actual.

Después de una audiencia en diciembre de 2000, la Juez Tercera de Paz sobreescribió definitivamente a los imputados, basando su decisión en la prescripción de la acción penal después de un período de diez años a partir del día de la consumación del delito, según su interpretación de las disposiciones del Código Procesal Penal vigente y del Código Penal derogado³⁰. También se determinó que, según las disposiciones de la ley de amnistía y la decisión de la Corte Suprema de Justicia sobre su constitucionalidad, los imputados no podían ser beneficiados con la amnistía. La UCA apeló la decisión de sobreescribir por encontrar los delitos prescritos, mientras que la defensa apeló la decisión de encontrar inaplicable la ley de amnistía. El 31 de enero de 2001 la Cámara Tercera de lo Penal de San Salvador confirmó el sobreesimiento definitivo con base en la prescripción, pero rechazó la petición de la defensa contra la decisión judicial que había encontrado inaplicable la ley de amnistía en este caso³¹.

El 2 de octubre de 2000, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador notificó su sentencia definitiva a las demandas de inconstitucionalidad en contra de

30 Según el artículo 125 del Código Penal derogado y el artículo 34 del Código Procesal Penal vigente desde abril de 1998.

31 “Tribunal Superior cierra caso *Jesuitas*”, *La Prensa Gráfica*, 1º de febrero de 2001.

la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz. Entre otros argumentos, los peticionarios habían sostenido que el artículo 244 de la Constitución no permitía la aplicación del beneficio de la amnistía a militares acusados de delitos durante el período del Presidente Alfredo Cristiani, que fue la época en que ocurrió el asesinato de los jesuitas. El artículo 244 dispone que: “La violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales serán especialmente penadas por la ley, y las responsabilidades civiles o penales en que incurran los funcionarios públicos, civiles o militares, con tal motivo, no admitirán amnistía, conmutación o indulto, durante el período presidencial dentro del cual se cometieron”.

La Corte Suprema de Justicia también tuvo que analizar si el ámbito de la ley de amnistía entró en conflicto con el artículo 2 inciso primero de la Constitución que establece que “toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”. La Corte Suprema rechazó la pretensión de los peticionarios al no declarar la ley en sí inconstitucional. Sin embargo, por medio de una “sentencia interpretativa desestimatoria” encontró una vía de interpretación de la ley impugnada para guiar a los jueces en su aplicación conforme con la Constitución³². Tomando en cuenta que antes de esta decisión ningún juzgado en El Salvador había aceptado el riesgo de decidir si la aplicación de la amnistía era constitucional en un caso concreto, la Corte ha abierto la posibilidad de una nueva época en la cual se pueden plantear juicios penales respecto de personas y hechos impunes ocurridos durante el conflicto, siempre y cuando se pueda convencer al juzgador de que:

- 1) el caso representa una *violación, infracción o alteración de las disposiciones constitucionales*, cometida por *funcionarios públicos, civiles o militares, entre el 1º de junio de 1989 y el 1º de enero de 1992*; o de que

32 Ver Carlos Rafael Urquilla Bonilla, “Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz en El Salvador: *Requiescat in Pace?*”, artículo circulado en octubre de 2000.

- 2) La aplicación de la amnistía impediría la protección en la conservación y defensa de los derechos de las personas; es decir, que se trata de delitos cuya investigación persigue la reparación de un derecho fundamental. En efecto, entonces, el artículo 1 de la ley de amnistía no se puede aplicar cuando el delito político, común con éste o común cometido por veinte o más personas implica una violación a los derechos humanos.
- 3) En los mismos casos en que es inconstitucional la aplicación del artículo 1 de la ley de amnistía, tampoco se puede aplicar el artículo 4.3 que requiere la extinción de la responsabilidad civil.

En la prensa salvadoreña aparecieron advertencias fuertes sobre los efectos de reabrir el caso de los jesuitas o cualquier otro caso. Se menciona que tampoco ha habido justicia en los casos de funcionarios del gobierno de ARENA, varios alcaldes y otras personas identificadas con la derecha, aparentemente asesinadas por miembros del FMLN³³. Se advierte que al abrir estos casos se podría poner en peligro la paz y la reconciliación política. Poco parece que se ha aprendido de la experiencia chilena, cuando después de tantas advertencias en el sentido de que el intento de enjuiciar a Pinochet podría desestabilizar al país, la Corte Suprema chilena ya le quitó su inmunidad y la transición chilena sigue adelante.

Cabe notar que la decisión de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador viene después de dos decisiones importantes de la Corte Suprema de Honduras respecto de ley de amnistía en ese país. La Corte Suprema de Justicia en Honduras determinó que un tribunal no puede decidir si se aplica o no la ley de amnistía antes de llevar a cabo una investigación de los hechos³⁴. En junio de 2000, la Corte Suprema de Justicia emitió un fallo sumamente importante sobre la constitucionalidad de los decretos de amnistía, encontrando que, según la Constitución hondureña, solo se puede beneficiar con la amnistía a personas

33 Ver p.e., “Fiscalía reabrirá caso jesuitas”, *El Diario de Hoy*, 25 de octubre de 2000.

34 Corte Suprema de Justicia, República de Honduras, Amparo en Revisión, Caso 58-96, 18 de enero de 1996.

acusadas de delitos políticos y delitos comunes conexos con delitos políticos. Dado que los delitos políticos se limitan a delitos contra el ordenamiento político del Estado, la Corte encontró inconstitucionales los decretos de amnistía que incluyen delitos comunes cometidos por militares, que no pueden ser entendidos como conexos con delitos políticos³⁵.

Las últimas decisiones de los tribunales salvadoreños sugieren que aún si la decisión de la Corte Suprema de Justicia ha dejado claro que existen límites constitucionales al alcance de la ley de amnistía, la aplicación de la prescripción penal a los casos de violaciones de derechos humanos ocurridas durante el conflicto armado presenta otro obstáculo a los esfuerzos para buscar la justicia. Hay que ver si la UCA –o peticionarios en otros casos– puede tener éxito en argumentar que el derecho internacional aplicable a El Salvador no permite la prescripción de ciertos delitos, tales como crímenes de guerra o de lesa humanidad. También falta ver si se puede argumentar, con base en el actual Código Procesal Penal, que el período para la prescripción fue suspendido desde que entró en vigencia la ley de amnistía hasta la fecha del último fallo de la Corte Suprema de Justicia, al respecto aclarando que hay casos en los cuales no se puede aplicar la amnistía³⁶. También se puede argumentar que la prescripción no podría correr antes de la firma de la paz, como mínimo, debido a que no había condiciones de seguridad para insistir en procesos judiciales. Por otra parte, en algunos casos, en particular en los de desapariciones forzadas, se puede argumentar que son delitos continuos en los cuales la prescripción no empieza a correr hasta que se encuentre a la persona desaparecida o se establezca su paradero.

35 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, de 27 de junio de 2000, en el recurso de inconstitucionalidad No 20-99; los considerandos son reproducidos en http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JC1or-noticias-ho-amnist_a.htm

36 Este argumento ha sido bien elaborado por Carlos Rafael Urquilla en su artículo “La Prescripción Procesal Penal de los Casos Amnistiados: ¿La Supervivencia de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz?” circulado en noviembre de 2000. Se basa en el actual Código Procesal Penal, artículo 37, que establece que el término de la prescripción se suspenderá cuando en virtud de una disposición constitucional o legal, la persecución penal no pueda ser promovida o proseguida; y el artículo 453 que establece que “las disposiciones de este Código se aplicarán desde su vigencia a los procesos futuros, cualquiera que sea la fecha en que se hubiere cometido el delito o falta”.

Esfuerzos y obstáculos en Guatemala

En Guatemala se publicó el informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico el 25 de febrero de 1999³⁷. Las fuertes conclusiones de este informe, incluida la de que el ejército había cometido actos de genocidio contra grupos específicos de la población maya, fueron presentadas en Guatemala en una ceremonia pública muy concurrida y cargada de emoción. A diferencia de El Salvador, la Ley de Reconciliación Nacional en Guatemala era anterior y no derivada del informe de la CEH y explícitamente limitó el alcance de la amnistía, excluyendo ciertos delitos: el genocidio, la desaparición forzada, la tortura, y los delitos no sujetos a la prescripción según el derecho internacional y nacional vigente en Guatemala³⁸. Y, también diferente de El Salvador, la CEH incluyó dentro de sus recomendaciones la de investigar y enjuiciar a los responsables de los delitos fuera del alcance de la Ley de Reconciliación Nacional. En los Acuerdos de Paz el gobierno del Presidente Alvaro Arzú se había comprometido a proponer un plan de resarcimiento. Compromisos en este sentido fueron incluidos en el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos y en el artículo 9 de la Ley de Reconciliación Nacional. Según lo acordado, la política de resarcimiento habría de tomar en cuenta las recomendaciones de la CEH al respecto. En efecto, en abril de 1999, la Secretaría de la Paz (SEPAZ) presentó su Programa Nacional de Resarcimiento. Sin embargo, el programa presentado por SEPAZ solo reflejaba una parte de las recomendaciones de la CEH, enfocando más en medidas de asistencia comunitaria e ignorando otros aspectos de las recomendaciones. Faltan aspectos como la planificación de una política activa de búsqueda de desaparecidos y de exhumaciones y medidas para implementar el principio de reparaciones individuales³⁹.

37 Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: Memoria del Silencio, Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico* (Guatemala, febrero de 1999), “Conclusiones y Recomendaciones”.

38 Ver Margaret Popkin, “Guatemala’s National Reconciliation Law: Combating Impunity or Continuing It?”, 24 *Revista IIDH* 173, julio-diciembre 1996.

39 MINUGUA, *Quinto Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Verificación de los Acuerdos de Paz de Guatemala* (1º de noviembre de 1999 – 30 de junio de 2000), A/55/175, párr. 16; MINUGUA, *Informe de Verificación: Procedimientos de Exhumación en Guatemala* (1997-2000), párr. 36.

El Presidente Arzú rechazó varias recomendaciones de la CEH y dijo que no compartía la conclusión de que se había cometido genocidio en Guatemala. No obstante, hasta la fecha no se ha hecho un intento serio para cerrar formalmente las posibilidades de buscar la justicia, aunque se ha planteado la posibilidad de una amnistía amplia en varias ocasiones, aparentemente para medir la reacción.

En Guatemala, las ONGs de derechos humanos y organizaciones de familiares han sido muy activas en promover investigaciones de lo ocurrido durante los años del conflicto armado, en promover exhumaciones, y en promover investigaciones judiciales a nivel nacional e internacional sobre las responsabilidades en cuanto a masacres y otras serias violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto. Desafortunadamente, estos esfuerzos siguen encontrando respuestas similares a las del pasado.

Es importante recordar que la Iglesia Católica en Guatemala, por medio del Proyecto de Recuperación de la Memoria Histórica (REMHI), también hizo su propia investigación sobre la violencia y sus efectos⁴⁰. La Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado (ODHA) comenzó esta iniciativa antes de que la CEH empezara su trabajo, como un aporte al proceso de paz y también porque no confiaba que la CEH iba hacer todo lo necesario para dar a conocer las atrocidades cometidas en Guatemala. El proyecto REMHI recopilaba los testimonios de sobrevivientes y logró documentar 422 masacres, de las cuales 406 fueron atribuidas a fuerzas estatales. Su informe, *Guatemala: Nunca Más*, fue presentado al público el día 24 de abril de 1998. Dos días después, Monseñor Juan Gerardi, el coordinador pastoral del esfuerzo y de la ODHA fue asesinado en la entrada de su casa. El asesinato sigue sin esclarecerse, a pesar del hecho de que el Presidente Portillo prometió resolverlo en su discurso inaugural. La ODHA ha hecho esfuerzos para devolver la historia recopilada por el Proyecto REMHI a las comunidades y ha preparado una versión popular del informe.

40 Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, *Guatemala: Nunca Más* (Guatemala, 1998).

Sin duda, el esfuerzo de REMHI dio un respaldo y un impulso importante al trabajo de la CEH.

Una ONG de Estados Unidos, el *National Security Archive*, logró conseguir miles de documentos desclasificados de distintas agencias del gobierno de Estados Unidos que contienen información valiosa sobre las estructuras y los planes militares, incluso de la inteligencia militar guatemalteca, durante gran parte del conflicto armado⁴¹. Documentos adicionales fueron desclasificados por el gobierno de Estados Unidos como un aporte al trabajo de la Comisión de Esclarecimiento Histórico.

Además, en mayo de 1999, ONGs de derechos humanos en Estados Unidos presentaron un documento proveniente de los archivos de la inteligencia militar guatemalteca y que se les había entregado días antes de la presentación del informe de la CEH. En este documento aparecen las fotos de 183 personas que fueron desaparecidas entre 1983 y 1985, con detalles sobre lo que les pasó, muchas veces en clave, confirmando así desde los propios archivos de la inteligencia militar muchas de las denuncias hechas en el momento. Mientras los militares negaron la autenticidad del documento, algunos políticos guatemaltecos sugirieron que esta manera de tratar a personas que, según ellos, fueron militantes de la insurgencia, era inevitable en una guerra de este tipo. Esta valoración niega totalmente la aplicabilidad de las normas del derecho internacional humanitario, al sostener, en efecto, que en tiempos de guerra se vale todo y que después de la guerra simplemente hay que perdonar.

El gobierno del actual Presidente, Alfonso Portillo, se ha comprometido a cumplir varias de las recomendaciones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico. Una de las iniciativas más reconocidas en materia de derechos humanos ha sido la decisión del nuevo gobierno de intentar resolver por la vía de la solución amistosa 52 casos pendientes en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: un grupo de 44 casos de ejecuciones sumarias presentado por la CIDH, cinco casos

41 Ver el website del proyecto sobre Guatemala del National Security Archive: http://www.gwu.edu/~nsarchiv/latin_america/guatemala.html

de desapariciones forzadas y los casos de Myrna Mack (asesinada por el ejército en 1990), la masacre de Dos Erres y el asesinato de un niño de la calle por un agente del Estado. En estos casos el Estado se ha comprometido a reconocer su responsabilidad institucional, a impulsar los procesos penales de cada uno de los casos en cuestión, con seguimiento de la CIDH y a buscar la fórmula para reparar a las víctimas o a sus familiares mediante acuerdo con las partes⁴².

En gran parte por iniciativa de las Naciones Unidas y de organizaciones de la sociedad civil, se han hecho varios esfuerzos para dar a conocer las conclusiones y recomendaciones de la CEH, incluso traduciéndolas a siete idiomas mayas. Se han distribuido unos 355,000 ejemplares de las conclusiones y recomendaciones, incluyendo unos 285,000 distribuidos como un suplemento en los diarios en diciembre de 1999. Los otros fueron distribuidos por medio de instituciones como la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA), la Procuraduría de Derechos Humanos, las ONGs de derechos humanos y las iglesias. El informe completo consiste de 12 tomos, unas 3,500 páginas y fue publicado meses después de la presentación del informe. Aunque distribuir algo tan extenso resulta difícil, ya se han entregado gratis unos 1,200 ejemplares de la versión completa a oficinas gubernamentales y no-gubernamentales, bibliotecas, universidades, academias de entrenamiento de maestros, partidos políticos y otras instituciones. Además, el informe completo está disponible en disco compacto y en Internet⁴³.

A pesar de las recomendaciones de la CEH y el compromiso del nuevo gobierno guatemalteco de adoptar las acciones legales y administrativas para crear y garantizar el debido funcionamiento del Programa Nacional de Resarcimiento, aún no se ha logrado establecer un plan adecuado. En su discurso inaugural, el Presidente Portillo afirmó que su gobierno colaborará activamente “con las instancias judiciales y entidades de la

sociedad civil con el propósito de iniciar un proceso de investigación para esclarecer el destino final de las víctimas”. En los lineamientos estratégicos de SEPАЗ para el periodo 2000-2004, se incluye la readecuación del Programa Nacional de Resarcimiento y la creación de la Comisión para la Paz y la Concordia. Lo que existe actualmente son algunos programas piloto de asistencia a víctimas de violaciones a los derechos humanos que atienden comunidades con población altamente afectada por la violencia, que viven en situación de extrema pobreza y que además no han sido beneficiadas anteriormente por programas de asistencia. Estos programas están dirigidos a las áreas de educación, salud, vivienda, infraestructura, exhumaciones y dignificación de víctimas. Según MINUGUA, los beneficiarios tienen una apreciación positiva de los programas piloto “como medidas de reparación de las pérdidas sufridas durante el enfrentamiento armado, pero no los vinculan con el perdón y la reconciliación”. Por eso –recalca MINUGUA–, “Es importante que la redefinición del Programa Nacional de Resarcimiento incorpore las dimensiones faltantes”⁴⁴.

En noviembre de 1999, la *Comisión de Acompañamiento*⁴⁵, la cual está encargada de promover el cumplimiento de los Acuerdos de Paz, presentó al presidente del Congreso un anteproyecto de ley previamente consensuado con organizaciones de la sociedad civil, para el establecimiento de la Comisión para la Paz y la Concordia. En cumplimiento de una de las recomendaciones de la CEH, esta Comisión tendría un papel clave en el seguimiento de varias de esas recomendaciones. Hasta la fecha, el nuevo Congreso instalado en enero de 2000 no ha aprobado la propuesta, la cual fue presentada al Congreso anterior. Entre sus responsabilidades, la Comisión propuesta hubiera jugado un papel esencial en temas tan importantes como políticas integrales de búsqueda de desaparecidos y exhumaciones. En esta área, la única iniciativa ya en marcha es una campaña de identificación y ubicación de cementerios clandestinos, rea-

42 Declaración de Víctor Hugo Godoy ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Nombre del Gobierno de Guatemala, Washington, D.C., 3 de marzo de 2000.

43 En la web de la Academia Americana para el Avance de las Ciencias, la cual también preparó el disco compacto. <http://hrdata.aaas.org/ceh/index.html>

44 MINUGUA, *Quinto Informe del Secretario General*, A/55/175 párr. 18.

45 La Comisión de Acompañamiento está compuesta por representantes de las partes en las negociaciones – el gobierno guatemalteco y la URNG, cuatro ciudadanos respetados invitados por las partes, un representante del Congreso, representantes de sectores claves (incluso los empresarios y los indígenas) y el jefe de MINUGUA quien no tiene voto.

lizada por la SEPAZ como parte del programa piloto de asistencia a víctimas en Huehuetenango y Alta Verapaz. El Congreso ha aprobado establecer el 25 de febrero como el Día de las Víctimas de la Violencia.

La CEH documentó 669 masacres; más del 70% de éstas tuvieron lugar entre 1981 y 1982. La CEH notó que la gran mayoría de las víctimas fueron indígenas mayas y que los responsables, principalmente agentes del Estado, utilizaron “métodos cuya crueldad causa horror en la conciencia moral del mundo civilizado”⁴⁶. Sin embargo, hasta la fecha solo se ha logrado una condena en uno de estos casos: la masacre del Río Negro. En este caso tres ex-patrulleros civiles indígenas fueron condenados a muerte en 1999, pena que fue reducida a prisión inmutable por la Sala de Apelaciones. En otro caso de asesinatos múltiples en la comunidad de Tuluque, Chiche, después de tres juicios finalmente se logró la condena de un excomisionado militar en noviembre de 1997⁴⁷. En el caso del asesinato de la antropóloga Myrna Mack, su hermana, Helen Mack, ha encontrado innumerables retrasos de la justicia en su lucha incansable para enjuiciar y sancionar a los altos militares que están sindicados como los autores intelectuales del crimen.

El caso de la masacre de Dos Erres, en el cual unas 200 personas fueron ejecutadas por el ejército en diciembre de 1982, es uno de los casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que el gobierno actual ha buscado resolver por medio de la vía de una solución amistosa. La Asociación de Familiares de Desaparecidos de Guatemala, FAMDEGUA, ha representado a las víctimas en este caso. Después del acuerdo en la CIDH se logró tomar las declaraciones de dos testigos militares que estuvieron presentes el día de los hechos. El

46 Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: Memoria del Silencio, Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico* (Guatemala, febrero de 1999), “Conclusiones y Recomendaciones”, párr. 85.

47 Los tribunales de sentencia de Quiché y Sololá habían dictado sentencias absolutorias que fueron apeladas por el Ministerio Público y el querellante adhesivo y anuladas por la Sala de Apelaciones de Antigua. Fue el Tribunal de Sentencia de Totonicapán el que finalmente emitió la sentencia condenatoria en contra de Cándido Noriega. Ver *Suplemento al Décimo Informe sobre Derechos Humanos de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala, Casos de Violaciones a los Derechos Humanos*, párr. 191-204.

Ministerio Público arregló la salida de Guatemala de estos testigos después de que rindieron sus declaraciones en el juzgado y les ha conseguido asilo en otro país. En el marco de los acuerdos de solución amistosa de casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en diciembre de 2000 el gobierno acordó crear la Comisión Especial de Búsqueda e Identificación de Familiares y Víctimas de la Masacre de Dos Erres. También se comprometió a resarcir a los familiares de las víctimas.

El Ministerio Público, encargado por la ley para iniciar investigaciones, generalmente no cumple con sus responsabilidades en esta área. La investigación de la masacre de Dos Erres es excepcional en este sentido. Aún cuando grupos de familiares u ONGs de derechos humanos piden una exhumación o que se abra un proceso penal, el Ministerio Público no ha respondido adecuadamente. Las investigaciones generalmente no avanzan y el Ministerio Público simplemente no cumple con su responsabilidad de promover la investigación del delito. Las investigaciones adolecen de una serie de deficiencias, entre las cuales se puede destacar una falta de voluntad y demoras excesivas e injustificadas⁴⁸. Algunos imputados en casos de masacres han buscado la protección de la Ley de Reconciliación Nacional, pero, como señala MINUGUA, “En tanto los graves delitos se hayan cometido contra hombres, mujeres y niños no combatientes, fuera del enfrentamiento armado y sin relación racional y objetiva con los fines de las partes enfrentadas, no cumplen con los requisitos exigidos por la Ley de Reconciliación Nacional y, por ende, no procede la extinción de la responsabilidad penal”⁴⁹. Los pocos casos de masacres que están en etapa de investigación han tenido el beneficio –y la necesidad– de los esfuerzos de querellantes adhesivos⁵⁰ para impulsar las investigaciones.

48 Ver MINUGUA, *Informe de Verificación, Procedimientos de Exhumación en Guatemala* (1997-2000), párr. 46.

49 *Ibidem*, párr. 24.

50 Según el artículo 116 del Código Procesal Penal no sólo la víctima o persona damnificada puede ejercer este rol, sino también cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos en casos en los cuales funcionarios o empleados públicos están acusados de violaciones de derechos humanos o de abusos de autoridad.

A diferencia de El Salvador, en Guatemala ha habido muchos esfuerzos para llevar a cabo exhumaciones, con la asesoría de ONGs de derechos humanos y organizaciones de familiares. Las denuncias de cementerios clandestinos aumentaron notablemente después de la publicación del informe REMHI y el informe de la CEH. Cabe destacar que a diferencia de El Salvador, se ha logrado formar varios grupos no-gubernamentales de antropólogos forenses guatemaltecos para llevar a cabo las exhumaciones⁵¹. En muchos lugares, los sobrevivientes han pedido exhumaciones, pero no han querido complementarlas con intentos de procesos judiciales. La reticencia a emprender un proceso penal se atribuye a veces al temor, porque se tiene que convivir con los victimarios ante la justificada desconfianza en el sistema judicial. En algunas comunidades afectadas, ni están dispuestos a pedir una exhumación, mucho menos un proceso penal.

MINUGUA ha recibido numerosas denuncias de amenazas contra ONGs vinculadas a procesos de exhumaciones. En agosto de 2000, un investigador del Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos, CALDH, fue secuestrado en Chimalteango, golpeado, interrogado, drogado y finalmente dejado en un cementerio. Sus atacantes lo interrogaron sobre la exhumación de un cementerio clandestino donde se encontraban los restos de las víctimas de una masacre cometida por el ejército en 1982 en el pueblo de Chipastor. Le preguntaron cómo se había podido comprobar que las balas que mataron a las víctimas provenían del ejército. También fue forzado a llevar a sus atacantes a la oficina de CALDH en San Martín Jiloteque, la cual fue allanada para buscar información. Ante el protagonismo de las ONGs en Guatemala, se ha visto un preocupante recrudecimiento de intimidaciones y amenazas dirigidas a personas involucradas en investigaciones, exhumaciones y esfuerzos para buscar justicia⁵².

51 *Ibidem.*, párr. 117-120.

52 David González, "Rights in Guatemala Still at Risk", *The New York Times*, 5 de noviembre de 2000; Pedro Pop Barillas y Olga López Ovando, "Inseguridad: Agrupaciones pro Derechos Humanos implantan medidas de prevención por atentados", *La Prensa Libre*, 14 de noviembre de 2000.

A pesar de estas intimidaciones contra las ONGs de Guatemala, ellas están haciendo varios esfuerzos para cumplir con la recomendación de la CEH en lo relativo a la justicia, señalando a los máximos responsables como también lo sugirió la CEH. Dentro del país, hay nuevos esfuerzos en estrecha coordinación con los sobrevivientes y testigos, en los cuales se trata de empujar y buscar la colaboración del Ministerio Público.

En este marco, el 3 de mayo de 2000 la Asociación Reconciliación para la Justicia, compuesta de sobrevivientes de masacres y asesorada por el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos, CALDH, denunció ante un tribunal guatemalteco a los generales retirados Fernando Romeo Lucas García, entonces jefe del Estado; Luis René Mendoza Palomo, su Ministro de Defensa, y Manuel Benedicto Lucas García, entonces jefe del Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada, por su responsabilidad por genocidio, delitos contra los deberes humanitarios, incluyendo actos inhumanos en contra de la población civil por una serie de hechos ocurridos entre octubre de 1981 y marzo de 1982, los últimos seis meses del gobierno de Lucas García. La Asociación Reconciliación para la Justicia incluye sobrevivientes de ataques masivos contra la población civil en las regiones de Ixil e Ixcán de El Quiché y en Rabinal, Baja Verapaz. Citan nueve masacres ocurridas en estos lugares durante el período en referencia, en las cuales unas 725 personas perdieron sus vidas. Además, en el curso de estos ataques personas fueron torturadas, incluyendo la violación de mujeres; otras personas recibieron lesiones físicas o mentales; otras fueron secuestradas; innumerables personas fueron desplazadas y bienes de propiedad personal y cultural de las comunidades y los medios de supervivencia fueron destruidos⁵³. Reconociendo la imposibilidad de someter a la justicia a todos los implicados en actos ilegales durante el conflicto armado, los peticionarios optaron por intentar llevar a juicio a las personas que planificaron, ordenaron y proporcionaron las medidas e instrumentos de destrucción. En este nuevo caso presentado en Guatemala, que ahora está asignado a un fiscal específico, la justicia guatemalteca tiene una gran oportunidad para mostrar una capacidad que hasta ahora no ha mostrado y tomar un paso

53 Ver información en la web de CALDH: <http://www.caldh.org>.

importante para cumplir las recomendaciones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico.

Frente a la historia de impunidad en Guatemala, otras personas han tomado la decisión de buscar la justicia fuera del país. En 1999, siguiendo el ejemplo de los casos sobre hechos en Argentina y Chile, la premio Nobel de la Paz Rigoberta Menchú Tum interpuso una querrela criminal ante la justicia española por los crímenes de genocidio, tortura y terrorismo de Estado⁵⁴. La amplia demanda se basa en gran parte en el informe de la CEH. Para pedir a la justicia española que ejerza la jurisdicción universal sobre la materia, la demanda relata las dificultades encontradas en esfuerzos para conseguir justicia en Guatemala⁵⁵. Varios familiares de víctimas y organizaciones guatemaltecas y de otros países se han sumado a la acción.

Inevitablemente, hay una cierta tensión entre los esfuerzos para buscar la justicia en Guatemala y los esfuerzos en España. CALDH enfatiza que las estrategias de procesos domésticos y extranjeros no son incompatibles: “No hay ninguna prohibición de tener dos procesos penales en dos países en contra del mismo acusado para el mismo delito – lo que sí es prohibido es procesar a alguien otra vez si el acusado ya ha sido condenado o absuelto en un juicio sobre el mismo delito”.

La demanda presentada en España cita algunos casos ejemplares que tienen relación con la familia de Rigoberta Menchú y con ciudadanos españoles. Primero, hace referencia a la matanza en la embajada de España en Guatemala ocurrida el 31 de enero de 1980, cuando fuerzas del Estado intentaron desalo-

54 *Justicia Universal por el Genocidio en Guatemala*, Demanda presentada por la Premio Nobel de la Paz Rigoberta Menchú Tum ante la Audiencia Nacional de España el 2 de diciembre de 1999 (Guatemala: Fundación Rigoberta Menchú Tum, marzo de 2000); causa 331/99 en la Audiencia Nacional de España.

55 Hace referencia al caso del asesinato en 1990 de la antropóloga Myrna Mack en el cual el esfuerzo para enjuiciar a los autores intelectuales, altos militares, ha encontrado una serie de obstáculos; al caso de la masacre cometida por una patrulla del ejército contra personas retornadas en la finca Xamán en 1995 en el cual, entre otras arbitrariedades, una jueza recibió intentos de soborno y amenazas y la Corte Suprema recientemente ordenó un nuevo juicio; y a la investigación del asesinato de Monseñor Gerardi que ha sido caracterizada por una investigación inicial sumamente deficiente y amenazas e intimidaciones contra jueces, fiscales, testigos y miembros de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado.

jar a la fuerza a un grupo de personas –incluyendo al padre de la señora Menchú– que había ocupado la embajada para protestar por la represión del ejército. Por el incendio que se produjo y heridos asesinados posteriormente, 39 personas perdieron la vida. La denuncia también incluye la desaparición forzada de la madre y un hermano de Rigoberta Menchú, la detención ilegal, tortura y ejecución extrajudicial de otro hermano y los asesinatos de cuatro sacerdotes españoles en Guatemala.

La petición original nombra a ocho imputados incluyendo a tres ex-jefes de Estado, los generales Fernando Romeo Lucas García (de 1978 a marzo de 1982), José Efraín Ríos Montt (marzo de 1982 a agosto de 1983 y actual presidente del Congreso) y Oscar Humberto Mejía Victores (de agosto de 1983 a enero de 1986). Los otros acusados fueron el Ministro de Defensa y el jefe del Estado Mayor de la Fuerza Armada en el gobierno de Lucas García, el Ministro de Gobierno y dos oficiales de la Policía del mismo régimen. La demanda abarca crímenes cometidos durante todo el período incluido dentro del informe de la CEH, 1962-1996, documentándose con las conclusiones y recomendaciones de los informes de la CEH y del proyecto REMHI.

A raíz de esta denuncia, uno de los abogados defensores de los militares implicados en la masacre de Xamán, en la cual Rigoberta Menchú había actuado como querellante adhesivo, la demandó penalmente por haber atentado contra la integridad e independencia del Estado, por violación a la Constitución y por omisión de denuncia. A finales de 2000, esta denuncia por traición a la patria se encontraba todavía bajo investigación en el Ministerio Público.

El 27 de marzo de 2000 el juez Guillermo Ruiz Polanco de la Audiencia Nacional en España admitió la denuncia y el Ministerio Fiscal interpuso una apelación de esta decisión. En diciembre de 2000, el pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional aceptó el recurso de la Fiscalía, básicamente sosteniendo que no se había comprobado la imposibilidad de conseguir justicia en Guatemala, aduciendo que la Ley de Reconciliación Nacional en Guatemala, a diferencia de las leyes en Chile y en Argentina, no constituye una amnistía general. Es

cierto que no todos los crímenes cometidos durante el conflicto armado en Guatemala han sido amnistiados, pero la larga historia de impunidad y la pobre historia de la justicia indican otra realidad. Si las instituciones de justicia en Guatemala hubieran mostrado más independencia y capacidad para hacer justicia en este tipo de casos, no se hubiera sentido la necesidad de recurrir a instancias internacionales. La Fundación Rigoberta Menchú Tum ha anunciado su intención de seguir insistiendo en la aplicabilidad de la jurisdicción universal en el caso de Guatemala y, por consiguiente, de apelar este fallo.

Si se logra avanzar en los esfuerzos actuales para enjuiciar a los máximos responsables de genocidio y crímenes de lesa humanidad en Guatemala, representaría una nueva etapa para la justicia que mostraría una ruptura con la historia de impunidad y abriría nuevas posibilidades para conseguir justicia dentro del país.

Conclusiones

Este breve recorrido por algunos de los acontecimientos y esfuerzos en El Salvador y Guatemala después del trabajo de las respectivas comisiones de la verdad, indica que queda casi todo por hacer para cumplir con los derechos a la verdad, a la justicia y a una justa reparación. El gobierno salvadoreño y una gran parte de la clase política –no solo de la derecha–, se oponen a esfuerzos renovados para establecer la verdad y conseguir justicia, tildándolos de esfuerzos para desestabilizar el proceso de paz. Sin embargo, el derecho internacional y ahora el derecho constitucional son cada vez más claros en garantizar los derechos de las víctimas a buscar justicia. Lo que está sucediendo ahora en Argentina y Chile y en los tribunales internacionales establecidos en los últimos años, es sumamente pertinente para El Salvador y Guatemala.

El hecho de que la Corte Suprema de Justicia de El Salvador pueda ahora emitir una decisión dejando claro que la potestad política de otorgar una amnistía está sujeta a limitaciones constitucionales, es un avance importante para la consolidación de un Estado de derecho en El Salvador. Que este avance se pueda convertir en un paso real hacia el conocimiento de la

verdad y hacia el logro de la justicia, va a depender mucho de la capacidad de la sociedad civil y especialmente de la comunidad jurídica de El Salvador para tomar la resolución de la Corte Suprema y aplicarla adecuadamente en casos individuales.

También implicaría enfrentar la barrera de la prescripción. Aún si se logra superar estos obstáculos legales, ello no quiere decir que va a haber miles de juicios. Por una parte, es probable que mucha gente no opte por iniciar un proceso penal, por una variedad de razones. Por otra parte, se nota en los casos actuales en los dos países una marcada tendencia a demandar a los máximos responsables. Hay que resaltar en este marco los esfuerzos para lograr el enjuiciamiento de los autores intelectuales del caso *Jesuitas* y también la importancia de los esfuerzos para buscar a los niños desaparecidos durante la guerra.

En Guatemala, el proceso de paz lleva menos años y, por varias razones, parece mucho menos consolidado. La buena voluntad expresada por el gobierno de Alfonso Portillo para cumplir con las recomendaciones de la CEH se ha visto obstaculizada por el poder que tienen algunos de los responsables de las violaciones masivas ocurridas en Guatemala. El valor y la creatividad de la sociedad civil se ven enfrentados y amenazados con las intimidaciones y ataques crecientes y con un sistema de justicia hasta ahora incapaz de dar una respuesta adecuada a la realidad de las atrocidades cometidas en Guatemala. Por un lado, esto hace suponer que algunos de los responsables realmente temen la posibilidad de un proceso judicial. Lo preocupante es que ante este temor se reaccione con las mismas tácticas intimidatorias usadas en años pasados.

Se espera que la presión política y moral del caso en España y los esfuerzos concertados de la Asociación Reconciliación para la Justicia en Guatemala, ayudarán a dar valor al Ministerio Público y a los tribunales en Guatemala, como ocurrió en Chile. Y se espera que la iniciativa del gobierno actual en los casos ante la CIDH también dará un nuevo impulso hacia la justicia en Guatemala. Lo que se ha logrado hasta ahora en términos de exhumaciones, conocimiento de la verdad y búsqueda de la justicia, se debe más que todo a iniciativas de la sociedad civil en Guatemala. Es urgente que las instituciones

de justicia y otras autoridades empiecen a asumir sus responsabilidades en estos esfuerzos imprescindibles para la consolidación de la paz en Guatemala.

En ambos países hay bases para la esperanza y también para la desesperanza. Lo que sí está claro, especialmente tomando en cuenta las experiencias de Argentina y Chile, es que, a pesar de lo que expresan muchos políticos de ambos países, no se ha escrito todavía el último capítulo sobre los esfuerzos para establecer la verdad y conseguir la justicia en El Salvador y en Guatemala.

SOUTH AFRICA'S TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION AND THE INTERNATIONAL COMMUNITY*

Alexander Boraine

There are an astonishing number of countries undergoing dramatic transitions. Peru, Mexico and, of course, Serbia are amongst the most recent. These countries and many others are considering the South African experience as a possible model for their attempts to come to terms with their past.

It is important to recognise that it is neither possible nor desirable to impose the South African model on any other society. This is not to suggest that there is nothing that South Africa can contribute to other countries experiencing transition. On the contrary, I think the South African experience can inform and influence many of those countries which are undergoing transitions from dictatorships or authoritarian rule to a new form of democracy. These countries include Argentina, Chile, El Salvador and Guatemala and Eastern and Central European countries such as Hungary, the Czech Republic, Poland and Bulgaria. These countries share with South Africa a number of similarities. They include a shift from totalitarianism to a form of democracy; a legacy of oppression and serious violations of human rights; fragile government and a precarious unity; a commitment to the attainment of a culture of human rights and a respect for the rule of law, and a determination to strive to make it possible for past violations never to be repeated. There are other countries which could also look to

* I deal with this question in some detail in my book, *A Country Unmasked* (Oxford University Press, 2000).

the South African model for some guidance. These are countries which are aspiring to democracy but remain in conflict. Examples include the former Yugoslavia, Rwanda and Cambodia. I would go even further and suggest that there are some mature democracies which are undergoing challenges to their own incomplete transitions and who find it very difficult to come to terms with their past. Examples are the recent challenges to Japan by the Korean “sex slaves” and China’s demand for an unqualified apology for atrocities committed by Japanese soldiers before and during World War II. Further, Switzerland has recently been accused of alleged collaboration with Nazi Germany and withholding accounts of victims of the Holocaust. A number of major German corporations have only recently reached a settlement in terms of giving compensation for thousands of Jews and others who were used as slave labour during World War II. It should not be forgotten that there was at least a degree of complicity by American companies in the use of people as slave labour. It wouldn’t be stretching matters to refer to the challenge to the United States, with its residue of denial and misunderstanding flowing from the bitter experience of slavery which still impacts on contemporary life in that country. In recent months I have spoken at many universities and colleges in the United States. Almost without exception the first question from the audience is, “Do you think that the United States should have a truth commission?” and without exception the question is asked by an African-American. They make it very clear that they believe it is crucial that such a commission should be established to deal with the unresolved tensions and questions relating to slavery.

I have little doubt that the South African experience speaks to many of these situations and may well have something unique to offer, but I want to underline that South Africa had a number of features which are not necessarily congruent with other societies. Therefore, if the South African model is to be considered by any other society, it will have to be on the basis of that society’s experience, history, needs, and resources.

When South Africa was trying to find ways of coming to terms with its own past, we considered many models. We looked at a variety of countries and areas including Argentina,

Chile, El Salvador, Germany, Bulgaria, Hungary and Czechoslovakia (now the Czech Republic). We realised early on that we would not be able to replicate any of these models, but sought instead to learn from their successes and failures and apply those features which matched our own experience. Whilst we are indebted to those countries and borrowed much from some of them, we also created something unique which arose out of our own particular and peculiar circumstance. This is certainly the advice I would offer anyone approaching us in relation to their own situation. Therefore, although I and several of my fellow Commissioners have been asked to assist in many diverse situations, the first sentence I utter is, “The South African model cannot be imposed on any other country.”

Aryeh Neier, in his review of the Commission’s report writes “Of the nearly 2 dozen ‘truth commissions’ world-wide during the past decades – most in Latin American and Africa – the South African Truth and Reconciliation Commission is the best known and by common agreement has played the largest part in helping a divided nation to come to terms with its past.” He continues

Its significance goes far beyond the borders of South Africa. The Commission’s work is a factor in the thinking of people in many other countries about how to deal with questions of individual or collective responsibility for great crimes committed under the authority of their own governments. To cite one current example, in the wake of the forced exodus from Kosovo in the early months of 1999 and the NATO bombing that eventually ended it, some Serbs are now looking to the example of the TRC in South Africa as they consider how to understand what took place, where to apportion blame and whether they can join with other Balkan tribes in planning a future in the new Europe.¹

There is another very important reason why we ought to not impose our own country’s experience on others, which is quite different from the one I have outlined above, but of equal if not greater importance. Despite the heavy emphasis on the

¹ Aryeh Neier, *Review of Truth Commission of South Africa report.*

duty to punish, the fact of the matter is that in the majority of transitions, the deciding factor has not been international law. Many scholars and commentators argue that, in practice, decisions made by transitional governments around issues of retroactive justice are not choices at all and moreover, are little affected by moral or legal considerations. Rather, such decisions on the form that justice can take – be it trials, truth commissions, ad hoc international tribunals, amnesty – are dictated in most instances by the mode and politics of the particular transition.

Modes of transition can be defined by four categories: (1) full defeat in an armed war (for example the post-World War II treatment of Germany), (2) transition through a dictator's loss in an election (for example Chile), (3) transition through compromise and negotiations (for example South Africa) and (4) transition from a long-standing Communist regime (for example Eastern European countries).

Each mode presents its own set of institutional and political constraints which in turn delineate the form of justice, from the most retributive model (prosecutions and trials) to more restorative models of justice (truth commissions and lustration) to no justice at all (impunity). In the context of a military victory (category 1) the only restriction is the victor's own sense of justice and long-term strategic considerations. For instance, Germany's military defeat in World War II was absolute in that it had lost both political and military power. The Allied forces, because of their total victory, were able to opt for the most retributive model, the Nuremberg Trials.

Where transitions from a totalitarian government occur after elections (category 2), greater political restrictions arise. Very often the former dictator maintains a strong power base (whether in the military or in civil society) and has passed, prior to his departure, laws to grant amnesty for past human rights abuses. The new democracies, faced with an unstable political and social situation and no clear legal remedy, often seek an amalgam of retributive and restorative models of justice, via truth commissions, reparations and limited prosecutions.

Where transitions occur through a process of peaceful negotiation between the democratising force and the previous totalitarian regime (category 3), the political constraints become even more heightened. Negotiation politics require, first and foremost, compromise. Thus, in a country that is attempting to accommodate all factions in a new democracy, justice by necessity becomes a restorative project of establishing moral, if not legal, truth. In such contexts, justice takes the form of truth commissions and limited amnesty. South Africa is a noteworthy example of this approach.

In the particular cases of transitions from totalitarian Communist regimes to democracy (category 4), political constraints all but preclude more retributive forms of justice. The nature of communism's teaching and practice arguably had two discernible consequences: (1) to rob even dissidents of initiative and the will to act against those in authority over a very long period of time, resulting in a weakness or absence of civil society and (2) to create a technocratic government of such pervasiveness in society that large numbers of individuals in communist countries achieved a level of complicity with the regime unparalleled even by other non-communist totalitarian regimes. Post-totalitarian transitions to democracy in former communist countries are thus characterised by little retribution in the form of trials and little truth-seeking in the form of a truth commission. Instead, these nations took refuge in general laws of lustration, which only implicitly admit a history of misdeed by barring the guilty from future participation in government.

Interestingly enough, Timothy Garton Ash, referring to the problem of dealing with the past in Central Europe, makes two points:

I would say two things. First, the problem is unavoidable. It is intrinsic to the path chosen. Second, I believe with benefit of hindsight that all the countries of Central Europe could and should have tried the expedient of the truth commission – although without involving the quasi-judicial business of granting amnesty as happened in South Africa. A truth commission before which the political leaders of the former regime and those accused of crime under it have to testify brings both greater public knowledge

*of the misdeeds of the past and a formal, almost ceremonial, acknowledgement of the victims. It symbolically draws a line between the new era and the old without calling for forgetting or even necessarily forgiving. It is probably the closest a non-revolutionary can come to revolutionary catharsis.*²

While I agree with Ash that truth commissions could well have been useful in many countries in Eastern and Central Europe, I am not sure that I would be as dogmatic about excluding amnesty in every case. It would be extremely difficult to persuade former political leaders and those accused of crimes to testify unless there was some carrot to encourage that confession. Furthermore, as we have seen, the socio-political circumstances sometimes demand some form of amnesty in order to achieve peace.

Thus, a country's particular mode of transition and level of political restriction define the parameters of the choice between the competing theories of retroactive justice. The more that peaceful coexistence is a stated goal of the transition, the greater the political restrictions faced by the transitional government. Moreover, history bears out that as the level of restriction increases, transitional societies turn away from retributive models and towards more restorative models of justice.

To sum up, one must proceed cautiously when asked to assist other countries in transition, bearing in mind that the socio-political situations are very different in each country. It is these circumstances which often dictate the limits to which prosecutions can go and indeed where successful truth commissions can be held. Timothy W. Ryback, writing on the conflict in Bosnia, comments,

Since November 1995, when Dayton halted the Balkan slaughter, Bosnia has been awash with well-intentioned foreigners. In just the past year or so, the Pope has come to preach tolerance, Princess Diana to clear land mines (less than a month before her

*death), U2 to hold a 'goodwill concert', Woody Harrelson to make a politically relevant film and Bianca Jagger to, well, many people in Bosnia are still trying to figure that out. 'Bosnia is like a desperately ill patient with a different physician treating a different symptom every day,' says Chris Bennett of the International Crisis Group, a human rights monitoring organisation in Sarajevo. Bosnia's 1997 aid directory registers more than 400 foreign organisations working in the region.*³

We must be careful not to barge into situations of conflict offering solutions which may be unworkable or which may even exacerbate the conflict. It is always preferable to be invited, and even then one should tiptoe into traumatised societies with great sensitivity. That is not to say we should do nothing. Many societies do not have the resources to bring about even a semblance of normality, of restoration, accountability, and reconciliation.

Not only are individual states deeply influenced by their own socio-political circumstances when deciding how to deal with their transitions. The international community, international organisations, and single countries often determine their course of action on the basis of political considerations and self-interest. A single example will suffice. In an essay in *Time* on 27 September 1999, Charles Krauthammer asks the question, "Why did the US go to war over Kosovo but not East Timor?" He acknowledges that the Australians headed up the somewhat belated entry into East Timor, but points out that there are a number of stark differences in US policy vis-à-vis East Timor and Kosovo.

Firstly, the peacekeepers did not bomb their way into Timor as they did into Kosovo; they waited for permission from Jakarta. Before intervening in Kosovo the West had championed the case of Kosovo. East Timor, on the other hand, had been championed by no-one. Thirdly, there will be no American infantry in Timor. The US will help others go in but they will not be babysitting the Timorese as they are the Kosovars.

2 *New York Review of Books*, 18 November 1999, p.18.

3 Timothy W. Ryback, "Violence Therapy for a Country in Denial", *New York Times Magazine*, 30 November 1997.

Why was America so deeply involved in Kosovo and the backing of the extreme action of the Nato bombing of Serbia and so absent in real assistance towards East Timor? Krauthammer argues that the real reason is that "Serbia does not count for the US; Indonesia does." In other words, because the former Yugoslavia has no strategic importance for American foreign policy, the US could very easily bomb Serbia in order to bring an end to the Serbian offensive in Kosovo. Serbia is not on the United States' map, but Indonesia controls the Straits of Malacca and has the largest population in the Muslim world. To sum up, in the words of Krauthammer, "When China oppresses Tibet, Russia ravages Chechnya or Indonesia reduces East Timor to rubble, we do not intervene. China, Russia and Indonesia matter. But Serbia doesn't. So when Kosovo is overrun, we strike."⁴

It is clear, therefore, that even when one is in areas which are in conflict and receive the attention of international agencies, it is not always legal and moral considerations that come into play but instead the limitations of the international organisations concerned or the political self-interest of the major powers. For all these reasons we must proceed cautiously and with circumspection if we are to be successful in sharing the South African experience with the international community.

Many countries have indicated their interest in learning from the South African model. These include Ethiopia, Indonesia, Cambodia, Nigeria, and Sierra Leone. In the rest of this chapter I shall discuss the cases of the former Yugoslavia, Rwanda, and Northern Ireland.

The tragic violence which has characterised the Balkans for over a thousand years erupted in an epidemic of killing, assault and destruction in the period between 1992 and 1995. The ethnic cleansing which took place then is reminiscent of what took place in Rwanda where neighbour fell upon neighbour. The immediate response of the international community to this

bloodletting was the appointment of the international Tribunal for Former Yugoslavia based in the Hague. The responsibility of that Tribunal is to identify individuals who shared major responsibility for the upsurge in violence and who either ordered or took part in the killings. Indictments would be served upon identified individuals, arrests would be attempted and successful prosecutions and sentencing would follow. This was an extremely important response and it was hoped that this would result not only in those people chiefly responsible being brought to trial and punished, but that it would also act as a serious deterrent in the future.

The Tribunal has certainly had its moments of success but the work has been limited and less than a dozen perpetrators have actually been sentenced. I have always felt that a war crimes tribunal as a response to a major human tragedy would inevitably be limited. If the last word is punishment then there is very little likelihood of or hope for any measure of restoration and reconciliation of the societies concerned. It is not a question of whether there should be a tribunal but whether a tribunal on its own is sufficient response to the frequent outbreaks of crimes against humanity, ethnic cleansing, and genocide. At the moment, in Bosnia there are three separate communities living side by side, but peace is only maintained by the presence of a large peacekeeping force. It is important that over and above the work of the Tribunal there ought to be a complementary attempt to try to bring a measure of unity, stability, even peace and reconciliation, in that territory. Otherwise the danger will be that the moment the peacekeeping force is removed the violence will flare up again.

In July 1997, the United States Institute of Peace (USIP) in collaboration with the OSCE⁵ Office for Democratic Institutions and Human Rights and the Council of Europe sponsored a workshop attended by 21 justice officials from the Federation of Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska. In an address delivered by Neil Kritz on behalf of the USIP at an international conference on war crimes trials in Belgrade in

4 *Time*, 27 September 1999.

5 Organisation for Security and Cooperation in Europe.

November 1998 he reports that there was no intention at the beginning of the workshop to push for a truth commission. However, during the workshop itself the head of one of the war crimes commissions in Bosnia declared that he and his colleagues “are in the process of creating three conflicting versions of the truth and if we keep going along this path, 50 years from now our grandchildren will fight again over which one is correct.”⁶ According to Kritz there was almost unanimous agreement from all three major ethnic groups that a truth commission should be appointed and USIP was asked to assist in the subsequent development of the idea.

Since that time, Neil Kritz and several of his colleagues have done a great deal of hard work consulting and holding meetings in Bosnia and in other countries to try and measure the level of support, or otherwise, for the establishment of a truth commission. During this time there has been a great deal of heated debate and controversy as to whether or not there should be such a commission. This despite the fact that in a letter attached to the Dayton Peace Accords there was a suggestion that a commission of inquiry should be appointed. At the same workshop in 1997 all Bosnia’s ethnic communities recommended the following,

Beyond prosecution, the establishment of a historical accounting of abuses suffered during the war can contribute to the process of healing and reconciliation. Under current arrangements, however, the work of the three war crimes commissions represented at the Round Table risks producing three conflicting versions of truth and history ... one joint truth commission should be established for Bosnia and Herzegovina including appropriate membership from each ethnic group and an international chairperson to provide a collective forum for victims on all sides of the conflict and to establish one consensus history regarding these painful matters.⁷

Despite this apparent support for the idea of a commission there have been many dissenting voices, including the former President and Prosecutor of the War Crimes Tribunal for Former Yugoslavia. Their argument is that the establishment of such a commission would confuse people and would make the work of the Tribunal much more difficult. Richard Goldstone, the first Prosecutor of the Hague Tribunal, however, differs from this view. He has argued at a number of conferences that he sees no conflict between the Tribunal and a truth commission and regards them as complementary rather than contradictory. Furthermore, more than 100 political, religious and intellectual leaders in Bosnia and Herzegovina have endorsed the idea of a truth and reconciliation commission and the Citizens Alternative Parliament, a key NGO in Bosnia, has issued an appeal to the Presidency to establish a commission without delay. They argue as follows, “A national consensus and acknowledgement of the abuses suffered by all victims during the recent war and an analysis of the factors which facilitated these atrocities is a prerequisite to any process of reconciliation. The attainment of a lasting peace in our country is threatened by the development of multiple and conflicting versions of the truth regarding these abuses...we believe that it is in the best interests of all people of Bosnia and Herzegovina and their collective desire to avoid renewed conflict in the future, to establish the national Truth and Reconciliation Commission. The Commission should, in a professional and objective manner, examine and report on the nature of the abuses suffered, and the societal, political and historical elements which made this pattern of abuse possible. Based on this examination, the Commission should also develop recommendations for steps to be taken to deal with this painful legacy and to prevent the recurrence of such inhumanity in Bosnia and Herzegovina. Such a broad historical accounting is a necessary complement to the crucial judicial process of determining individual criminal responsibility”.

The members of the Truth and Reconciliation Commission should be chosen through a process in which the public plays the primary role. Individuals selected must be of a high moral standing, unimpeachable integrity and objectivity, and be credible to all the public as representing an honest search for the truth regarding

6 Neil J Kritz, “Is a Truth Commission Appropriate in the Former Yugoslavia”, *International Conference on War Crimes Trials*, Belgrade, 7-8 November 1998.

7 *Ibidem*.

our common history rather than the interests of any ethnic or political group.

The Commission should be provided all due legitimacy and support by the government, but must be wholly independent and autonomous in its work. The people of Bosnia and Herzegovina, and the generations yet unborn, deserve no less.⁸

In a discussion I had with the chairperson of the Citizens Alternative Parliament he pleaded for assistance from South Africa. It was his view which, according to him, was shared by a large number of NGOs in Bosnia, that not only should such a commission be established but that the South African model was the one that attracted them. I told him then, as I have told many others who have made similar appeals, that if support for this proposal could be clearly demonstrated and if the representivity and the depth of the support could be established beyond doubt, I would have no hesitation in lending assistance in any way that was required.

Towards the end of 1999 I received an invitation from Neil Kritz and USIP to attend a conference in Sarajevo to consider whether or not there was sufficient local support for the establishment of a truth and reconciliation commission and if so, to work out an agreed programme of action for the establishment of such a commission in that deeply divided territory.

The conference was held in Sarajevo on 3 and 4 February 2000. If ever I needed a reminder that Bosnia was not South Africa, the weather on the day of my arrival in that formerly besieged city jogged my memory! I had left Cape Town the previous day in the middle of a glorious summer, and the temperature in Bosnia was below freezing. The entire area was covered with snow and, at first, it was impossible to land, but after flying in a holding pattern for more than an hour we landed in almost minimal visibility.

On the night of the third, a dinner was arranged by local organisations, attended by many key leaders from Bosnia as well as international guests who would be speaking at the conference. During the discussion at the dinner it was stressed that the official sanction of the Presidency was necessary if the proposed truth and reconciliation commission were to be viable, and that there must be very careful cooperation with the International War Crimes Tribunal in The Hague as well as with other relevant national and international organisations. It was emphasised that it would be extremely important to involve the inter-religious council based in Bosnia, whose members were apparently very suspicious that many of those advocating a truth commission were former communists.

It was explained to the visitors that the people attending the conference the next day were part of a broad coalition of those who felt that a truth and reconciliation commission was important for Bosnia. As one person put it, "We have many truths but we should try to reach a consensual memory rather than to continue with contested truth." Some suggested that the truth commission should not be confined to Bosnia and Herzegovina, but should involve the entire region: Bosnia, Croatia, and Serbia. One prominent NGO leader emphasised the need for truth and trust to go together and said there would never be real stability in Bosnia without a truth and reconciliation commission. A point that was stressed over and over again by many of the leaders who sat around the table was that the truth commission, while dealing with the past, was critical for future generations, otherwise "we will relive our tragic past and our grandchildren will fight with each other as we have done." A final comment came from a very old man, who said hesitantly, "Bridges and buildings are being repaired but we are still divided ...[I]nside we are in ruins." I came away from that dinner very concerned about the formidable obstacles to the establishment of such a commission but deeply moved by the overall commitment of those whom I had met.

The public conference was held in the Herzegovina Hall at the Holiday Inn Hotel on 4 February. This was the only hotel in Sarajevo which had remained open throughout the siege, and it was badly damaged by mortar shells – an apt setting to consider truth and reconciliation! There were approximately

⁸ "Appeal to the Presidency to Establish A Truth and Reconciliation Commission", Tuzla, August 27 1998.

150 delegates and observers at the conference. The delegates were drawn largely from Bosnia and Herzegovina, and the observers were from international organisations and foreign embassies. The embassies represented included France, the Scandinavian countries, Italy, Holland, Switzerland, the UK, Canada, and Russia. David Jacobs, the South African ambassador to Greece, also attended. He was very supportive of the proposal to establish a truth commission in Bosnia after his experience of the TRC in South Africa. The delegates represented a wide cross-section of civil society, in particular various victims' groups, missing persons' institutions, youth groups, women's groups, and ombudsmen.

The chairperson for the morning was Jakob Finci, who was very active in the small Jewish community in Sarajevo as well as in other human rights works. The first two speakers focused on "Why do we need truth and reconciliation?" They were Vehid Sehic, who represented the Forum of Tuzla Citizens, and Miodrag Zivanovic of the Alternative Ministry Council in Banja Luka. Sehic emphasised that Bosnia was a multi-ethnic, multi-cultural, multi-religious community but that its people lived in a straitjacket of three major ethnic groupings and that this reality had been exacerbated by the Dayton Peace Accord, which placed people permanently into three different groups. He was deeply concerned that unless there was a major direct attempt to mould the three communities into one group coexisting and cooperating with each other, the former enmities would begin all over again. He further stressed that truth was necessary for reconciliation. Zivanovic, an academic by profession, emphasised that what was needed in Bosnia was a responsible society, and that the starting point for responsibility and accountability was the search for truth; for this reason alone he felt that it was imperative that a truth commission should be established in Bosnia, and possibly for the entire region.

The first international speaker was Richard Goldstone, very well known in South Africa for the work he did on the Goldstone Commission and as a judge of the Constitutional Court. In this setting, however, he was probably better known as the first Prosecutor of the International War Crimes Tribunal

in The Hague, and therefore could speak with authority and integrity on the need for a truth commission alongside the Tribunal. Referring to the South African model, he stressed that the proposed commission in Bosnia should never be seen to contradict the work of the Tribunal and therefore there could be no amnesty as part of the commission. Nevertheless, there should be an investigative unit in order to corroborate the stories told to the commission by victims. At all times precedence should be given to the Tribunal, and the commission should complement its work.

I followed Richard Goldstone and in my address I emphasised yet again that "South Africa is not Bosnia and never will be." But I did go on to say that there were some similarities:

Violence, a litany of human suffering, crimes against humanity, the loss of human and social dignity, the lies, half lies, denial, and the deep longing for peace and stability are common to both Bosnia and South Africa. The South African Commission was an opportunity for ordinary people to get on with their lives and this may well help victims in Bosnia as well. The approach, the strategy and the structure will be very different, but the elusive search for accountability and peace is universal and human rights are indivisible.

I outlined the starting point of South Africa's Truth and Reconciliation Commission, the problems we experienced, the resources we had, the strategies we adopted, and the unique features of the South African model. I went on to quote Albert Camus: "Truth is as mysterious as it is inaccessible and it must be fought for eternally." My point was that we would never succeed in South Africa or Bosnia in finding the whole truth, but if one could find a common truth accepted by the various ethnic groups as a basis for building a future then the commission would be worthwhile. Finally, I said that if I had my way I would take all the delegates and let them attend one hearing of the South African Commission; once they had listened to the stories told by so many different people in so many different ways, they would be in no doubt about the cathartic effects and the healing possibilities of truth-telling.

Neil Kritz of the United States Institute for Peace reminded the conference of the long discussions that had taken place over the past two years and emphasised that no commission could be imposed from the outside, but that it must have the support and trust of the local people. He stressed that there was no time to waste, that myths become expanded and hardened, and that it was important, therefore, for civil society to be actively engaged in deciding whether or not to set up the necessary internal organisation to consider the preliminary work for establishing a commission. He referred to the various models that Bosnia might want to consider, such as El Salvador, which was a wholly internationally organised commission, Guatemala, which was a local process headed by an international chairperson, and the South African model, which was initiated and led by South Africans themselves. He said there was a need to consider how broad the commission's mandate should be and how long the commission should operate, but emphasised that how a country dealt with its past would strongly influence its future.

Two representatives of the Hague Tribunal, Gavin Ruxton and James Stewart, were very critical of the proposal to establish a truth commission in Bosnia and advocated extreme caution. They felt that the timing was wrong and that the Bosnians should wait until the work of the Tribunal was concluded. They argued that the necessary preconditions for a truth commission did not exist, and that they could not see support from within Bosnia for such a commission. They were sceptical about the possibility of reaching a definitive truth in a divided society. The proposal that the commission should last for only twelve months, they argued, was unrealistic. In particular they stressed that a commission should not be imposed from outside, for this would be counter-productive. Its independence would be in question because of the existence of the Hague Tribunal, there were bound to be overlaps between the two bodies, and the commission could come to be seen as an alternative to the Tribunal.

These were strong criticisms and had a considerable impact on the dynamics of the conference. It was clear from a number of the delegates' statements which followed that they saw the intervention by the Tribunal representatives as arrogant and

uninformed. They were particularly critical of the suggestion that the timing was wrong and that it was too soon for a truth commission. Several pointed out that discussions about establishing a commission had been under way for more than two years. One prominent ombudsman said that the Tribunal itself was taking far too long and that ordinary people couldn't wait ten or twenty years for the truth to be known; in a divided country the need for reconciliation had to be addressed urgently. She warned that if the Tribunal maintained its opposition to a truth commission, this would only create further divisions and tensions. Domestic courts were ineffective because of political factors, she added, and those appearing before the courts could not be certain of a fair trial. She was of the view that any overlap between a truth commission and the Tribunal could be overcome and that they owed it to their younger generation "not to lead them toward revenge."

The president of the Serbian Civil Council emphasised that his institution was committed to building peace and therefore strongly supported the commission. There was a need, he said, not only to reach a common truth but also to build trust and establish standards of human rights to prevent future atrocities. It was important to determine the magnitude of the suffering, to allow victims to be heard, to investigate the plight of refugees and displaced people, and to build confidence in the future. The speaker was aware that gaining consensus would be difficult, but said that the work had to start immediately if the needs of the people were to be addressed.

A particularly passionate contribution was made by Natasa Kandic, representing the Fund for Humanitarian Rights in Belgrade in the former Republic of Yugoslavia. She stressed that,

the people can't depend only on the Tribunal – we have to do something about the victims and the need for reconciliation. How many victims have appeared before the Tribunal? We must demonstrate care and compassion. We must create a space for the victims to tell their stories. We, the ordinary persons, must take action. We don't have the information that is necessary. There are people who are living in contradiction. We must build collateral for the future. We must help the children who fought in the war

and the children yet to be born. Without this there can be no justice.

She also made a very strong appeal for a regional commission including Croatia and Serbia.

It became clear as the conference moved to a conclusion that the overwhelming majority of delegates were strongly committed to the establishment of a truth and reconciliation commission and that they were determined to press ahead with the next steps that had to be taken. Among the recommendations were that a working committee should be established as soon as possible, and that the draft statute which had been published in 1998 should be reviewed in the light of the criticism from the Hague Tribunal.

In response to the representations from the Hague Tribunal, Richard Goldstone said that in his view the arguments in favour of a truth commission in Bosnia were overwhelming. Then he made this very powerful statement: "Insofar as South Africa is concerned, if I had to choose between criminal prosecutions and the Truth and Reconciliation Commission I would choose the TRC, which has done far more to reconcile and heal than any criminal prosecution." These were powerful words, and they were soon backed up by further responses from the floor. A key human rights worker asked who could be harmed by the truth and gave his own answer: "Only those who are afraid of the truth. We must proceed. It is important for the democratisation of Bosnia. We must have perseverance. We must be patient, but action is urgent." A youth representative, Tanja Neskovic, added her own support:

What can I do to live in this country without hatred? We are not predestined to hate. We need a comprehensive truth, not isolated from the Tribunal but part of the whole jigsaw puzzle. But the Tribunal itself is not the whole puzzle, it is only part of it. I want to listen, but I also want to be heard. There is no future without history. We need truth and reconciliation as a solid foundation to build a good house. At a recent meeting of 160 young people from all over Bosnia there was strong support for the truth and reconciliation commission.

It is important that there is clarity about the roles of tribunals and truth commissions. In the next few years the International Criminal Court will become a reality, and it would be a tragedy if all future interventions in post-conflict societies were to take the form of trials and prosecutions only. The situation in such societies is ambiguous and traumatic, and we should leave the door open for different models to meet different situations. I am confident that a truth and reconciliation commission in Bosnia would make a tremendous contribution to the future peace and stability of that country.

On the final day of the conference, at a meeting of key NGO leaders, a working group of fourteen people was elected, with a tough and long agenda in order to take the process further. The commission for Bosnia will certainly be debated vigorously and hopefully consensus will be reached during 2001. I have no doubt that the South African model will figure prominently in the structure and objectives of the commission.

A final point: there is one clause in the draft statute that I hope will not be changed. It concerns the need to uncover "the existence and actions of individuals who refused to participate in the prosecution of their neighbours and who, at grave personal risk, maintained their sense of humanity and attempted to protect their neighbours of other ethnic or religious groups from abuses." This emphasis on telling the "good stories" is something which I think many other commissions could learn from. I am sorry that we didn't do something similar in the South African Commission. There were many people who told us stories of people from "the other side" who assisted them in moments of great crisis, but we never sought to elicit the "good stories", and perhaps it should still be done before we forget how much good there was as well as how much evil.

In 1999, I was invited to join a group of people from Kosovo, Serbia, Macedonia and adjoining countries, to discuss the implications of the conflict in Kosovo and the NATO bombing. The meeting was held in Budapest under the auspices of the Open Society Institute. It was a remarkable meeting with many disagreements as to future policy and strategy. One of those who attended was Sonja Licht, President of the Soros Founda-

tion in Belgrade. She asked if we could have a private discussion at the end of the day's proceedings. We met over dinner and she expressed interest in the South African experience and asked me for further information. I immediately stressed the difference between South Africa and Serbia but gave her an outline of what we had attempted to do here. She asked me then if I would agree to visit Belgrade. I suggested that she should consider the matter a little further and if she still felt the same she should contact me in South Africa. It wasn't long before I heard from her confirming the invitation. I was going to speak at a meeting in Cape Town on the work of the TRC and suggested to her that she should attend that conference to test out whether or not there was anything that South Africa could in fact contribute to the Serbian situation. She came to South Africa, attended the conference, and told me afterwards that she was more convinced than ever that the South African model was the one that she felt could be of assistance to herself and people like her who were in opposition to Slobodan Milosevik and sought to move towards a democratic alternative in Serbia.

I went to Belgrade in October 1999. The journey there in itself was quite interesting. Serbia is under very strict embargo and there are no flights in or out of Belgrade. I flew to Budapest and was driven for three hours to the Hungarian/Serbian border. I got out with my suitcase, stood in the rain and waited for someone from the other side to meet me and assist me across the border. Being a great fan of Le Carré, I had visions of a dramatic arrest or a refusal to allow me into Serbia and the like. In actual fact it went off very smoothly. There was a delay, but it was because the computers were down! I was questioned closely by the Serbian authorities but finally allowed to proceed. We then drove for a further three hours to Belgrade where I stayed at the Moscow Hotel. Belgrade showed all the signs of a country enduring a very stringent economic boycott with many black marketeers in the streets and people marching every night in opposition to Milosevik and his policies and a tense, brooding atmosphere overshadowed everything and everyone. I met with a wide cross-section of people including alternative academic organisations, students, NGOs, independent media, and representatives of the Orthodox Church. At

the end of these meetings where I attempted to outline the procedures followed by the South African Truth and Reconciliation Commission, I met with a representative group to see whether we ought to take it any further. There was unanimous agreement that the South African model did have a contribution to make, particularly in the area of truth-telling and the need to come to terms with the truth of Serbia's involvement in the Kosovo, and in "ethnic cleansing", and to give people an opportunity to express their own views and ideas not only about the past but also about the future. We agreed that there ought to be a public conference and that invitations would be extended to a wide cross-section of people from Serbia and several international representatives as well and that I would give the keynote address. I intended to emphasise that while South Africa is very different and a long way from Serbia, it might have some clues to assist the people of Serbia to enter a more normal and more democratic climate. In the letter of invitation to the conference, the organisers wrote as follows,

After ten years of war in this region, which has claimed thousands of lives, driven tens of thousands into exile and ruined the existence of hundreds of thousands more, the political situation in Serbia has begun to change significantly. As demonstrated by the local elections at the end of 1996, and the mass three-month-long demonstrations the same winter, the ruling regime in Serbia has started to lose the support of the population. That support has further declined and the regime is now only supported by a minority of Serbian citizens. It is our belief that very soon democratic and legal elections will lead to a change in the present government and a return to power of pro-democratic forces in Serbia.

However, a mere change in the ruling parties, even a change in the type of political system, are not enough for Serbia to take a decisive and steady step along the path towards developing into a modern democratic state. Besides political transformation and economic reconstruction, the country is also in dire need of spiritual and moral renewal. After decades of communist monism, there followed a period of widespread mobilisation of nationalist feeling which shaped the way of thinking of a large number of people and which forms the cultural terms of reference for a whole generation. Nationalism in Serbia was, indeed, the deliberate

plan of the political elite, but actively participating in that plan were, likewise, many of the country's intellectuals, and the resulting views were accepted and upheld by most of the population.

As we have pointed out, the consequences of this plan were extremely serious and in order to start removing them, we feel that it is essential to confirm the truth about the prevailing objective circumstances (historical and structural, internal and external, collective and individual), and similarly the truth about the participants (be they members of the political elite, intellectuals and ordinary people, those who gave the orders, ideologues and those who carried the orders out) who executed this tragic plan on the political scene. Ascertaining the truth will enable us to establish the responsibility for what happened in the region, and both, we believe, will be of value not only in helping to build a new Serbia, but also in ensuring that in other circumstances certain historical events will never occur again.

We are conscious that what we strive for entails a long and complicated process. We want to start that process, learning from the experiences of others. For this reason, we intend inviting to Belgrade a number of people who have traveled similar paths in their own countries and whose positive experience may help us to form our own route towards the spiritual revival of our society.

The conference and consultation were to take place at the end of April 2000. Unfortunately, the Serbian Foreign Ministry refused me a visa and I was unable to attend. I was devastated, not only because we had spent several months planning the event but also because I felt deeply for those who were struggling to keep alive the hope of democracy in Serbia. Fortunately, two of the invited speakers, Pepe Zalaquett from Chile and Patricia Valdez from Argentina, did not require visas and were allowed in. I have since heard that the attitude of the Milosevic regime has hardened and that several opposition leaders have gone into hiding. I keep in regular touch with the brave Sonja Licht, and we are working on other ways in which I can be of help to her and her colleagues, who fight a lonely battle.

Early in 1999 Jacques Paauw and cameraman Rian Oberholzer visited Rwanda. The result of that visit was an astonishing video entitled, "Les Genocidales" broadcast by the SA Broadcasting Corporation on television channel 3 as part of the Special Assignment programme. It tells the remarkable story of Enos Nsabimana.

Nsabimana was a middle aged Hutu man who in April 1994 joined in the orgy of killing when, acting on instructions from his government to "kill the *inyenzis* i.e., the Tutsi cockroaches" he killed his next-door neighbour. In a bizarre act, he kept the decapitated head.

He is awaiting trial, together with 125 000 others of his countrymen, for the crime of genocide. What was amazing about the encounter between Paauw and Nsabimana was that the latter still retained his neighbour's skull which he held out, as Andrew Donaldson in the Sunday Times of 11 April 1999 describes "like a begging bowl." Donaldson, in referring to this striking image, suggests that the man was begging "not for forgiveness but punishment. It was as if only a trial and his subsequent sentencing could put to rest his troubled soul."⁹ It is not clear whether Nsabimana was actually begging for punishment but certainly it is true that he was haunted by his killing of his neighbour, his confinement in prison for close to five years, and his confusion and bewilderment as to how he ever became involved in such ghastly behaviour. Nsabimana was like so many other Hutus who listened to the appeal on Radio-Télévision Libre Des Mille Collines which urged all decent Hutus to exterminate the Tutsis. Tragically every segment of Rwandan society participated in the massacre of between 500 000 and 1 million people over a period of three months. These included doctors, nurses, teachers, priests, nuns, businessmen, government officials of every rank, even children.¹⁰

The RTL M was widely listened to by the Hutu population and was one of the major reasons for the involvement of so

9 *Sunday Times*, 11 April 1999.

10 Lawyers' Committee for Human Rights, Washington DC, July 1997, p.4.

many in the massacres, urging “Let whatever is smouldering erupt ... at such a time a lot of blood will be spilled.”¹¹

This is not the appropriate place to deal with the history of Rwanda and the events which led to the appalling genocide. Suffice to say, however, that massive human rights violations have characterised recent history in this country. “The first large-scale ethnic massacres in the history of Rwanda were incited by the authorities and occurred in the 1950s.” Since that time there have been other serious human rights violations and as the then Minister of Justice, Dr. Faustin Nteziyayo, indicated in a speech at a conference in Geneva in 1998, people of the stature of Sir Bertrand Russell and Jean-Paul Sartre described the massacres of the Tutsis in Rwanda in December 1963 and January 1964 as the most barbarous and systematic acts of genocide committed since the Jewish Holocaust under the Nazis during World War II.”¹² But previous massacres almost faded into insignificance in relation to the genocide which took place throughout the country in 1994.

The genocide not only left hundreds of thousands of people dead and injured and homes destroyed, but whatever legal structure had previously been in place in Rwanda was almost entirely destroyed during the period of the massacre. It was therefore impossible for the courts to prosecute the offenders. Most of the buildings, offices and resources were burnt or destroyed; almost all of the judges and lawyers had been killed or had fled the country and it is estimated that “only 40 magistrates remained after the genocide.”¹³ As a consequence Rwanda appealed to the United Nations and requested the establishment of an international tribunal. In November 1994 the UN established the International Tribunal for Rwanda which was closely linked with the already established Tribunal

11 Gourevitch, Philip. *We Wish to Inform You That Tomorrow We Will Be Killed With Our Families: Stories From Rwanda* (New York: Farrar Straus and Giroux, 1998).

12 From an unpublished paper delivered by the then Minister of Justice, Dr Faustin Nteziyayo at a conference held in Geneva in December 1998, organised by me at the request of the Swiss government.

13 Madeline Morris, “The Trials of Concurrent Jurisdiction: The Case of Rwanda”, *Duke Journal of Comparative and International Law* (Spring 1997), p. 353.

for Former Yugoslavia. Ironically, Rwanda was the only member of the Security Council which voted against the appointment of the very tribunal that it had asked for. There were a number of reasons for this. Firstly, the Tribunal did not provide for the death penalty. Secondly, the seat of the Tribunal was going to be in Arusha, Tanzania, and not in Rwanda. Thirdly, the proposed period of 1 January – 31 December 1994 for consideration was believed to be far too limited. Fourthly, the Rwandese government was critical of the composition and structure of the Tribunal. Finally, Rwanda was concerned that the Tribunal, based in a neighbouring country, would have far greater precedence and access to resources than the very poorly equipped courts in Rwanda.

Nevertheless, both Rwanda and the international community were concerned that those who had been involved in the massacre of the Tutsi population had to be brought to justice and prosecuted.

There were considerations early on concerning the appointment of a truth and reconciliation commission in Rwanda. The TRC in South Africa was asked to send a delegation to Rwanda to share with them the insights we had gained in our own attempts to deal with South Africa’s past. A delegation under the leadership of Hlengiwe Mkhize spent a week in Rwanda consulting and sharing in particular the early drafts of a policy for reparation for victims. A few months later a high level delegation from Rwanda visited South Africa at the invitation of the TRC and spent a week talking not only with members of the Commission but also many people in government and relevant NGOs. Dr Nteziyayo, in the course of his address at the Geneva conference already referred to, stated “Much attention has been devoted to the question of uncovering the truth about the genocide and other crimes against humanity committed in Rwanda and whether or not a truth and reconciliation commission should be established. It is essential that the people of Rwanda and the international community should be aware of how such a cruel crime was conceived, planned and carried out.”¹⁴ He referred to an earlier

14 Faustin Nteziyayo, unpublished paper at conference in Geneva in December 1998.

conference held in Rwanda which urged the establishment of procedures whose sole purpose would be a comprehensive documentation of the genocide. The conference went further and recommended that a committee of distinguished persons be established to document this crime in the form of a memorial authority, documentation centre or other suitable body. Although the conference did not specifically recommend the appointment of a truth and reconciliation commission, it did recommend "that the government of Rwanda undertake all possible measures to ensure that those who suffered or died at the hands of their fellow citizens are at least secured the dignity of remembrance and truth." Nteziyayo said that this excerpt underscored the need for truth, "whatever means are used to uncover it, and the vital importance of interaction between such a mechanism and the court system so that complementarity can exist and information exchanged."¹⁵ A very important and interesting development is the decision by the Rwandan government to introduce participatory justice in the search for truth, apart from court action. This approach draws on customary law procedures such as Gacaca. The word "Gacaca" in the Kinyarwanda language refers to the grass that village elders sat on as they mediated the disputes of rural life in Rwanda.¹⁶

The main strength of this traditional approach would be to try to resolve the impossible situation of bringing all those incarcerated for five years, in intolerable conditions, to trial, and the direct involvement of the population at grass-roots level. Nevertheless there are some very real concerns about its use as a method of seeking accountability and reconciliation.¹⁷

Firstly, there is no certainty that Rwanda has the personnel and resources to put such an ambitious procedure in place. Gacaca assumes that there will be 10 000 tribunals acting concurrently within the existing system and all these people

15 *Ibidem*.

16 *International Herald Tribune*, 25 April 1999.

17 Stef Vandeginste of the University of Antwerp (Belgium) delivered an excellent paper on this subject at the All Africa Conference on African Principles of Conflict, Resolution and Reconciliation, November 1999. The paper is entitled "Justice, Reconciliation and Reparation After Genocide and Crimes Against Humanity: The Proposed Establishment of Popular Gacaca Tribunals in Rwanda."

are to be elected. Secondly, there are bound to be strains and problems arising from having an international tribunal, a national tribunal and a local grass roots procedure such as Gacaca. It is difficult to know how problems which will inevitably arise are going to be resolved. Thirdly, bearing in mind that Gacaca was a system instituted for the resolution of fairly basic day to day problems involving theft and the like, it is not easy to see how this system can deal with the question of genocide without trivialising the whole approach. Fourthly, traditional customary law consisted of old men of the village who were regarded as the wise elders mediating between victim and perpetrator. The fact of the matter is that the majority of people living in Rwanda now are women, who will have to be included if the system is going to work at all. Further, the new population, as a result of the massacre, consists of fewer older men and many more young people who would have to be included in the process as well.

A further concern amongst many within Rwanda and in the international community is that Gacaca could be seen as a short cut to amnesty without adequate acknowledgement and accountability.

It is easy to be critical of the Rwandan government, but those of us who are outside of that situation should be very careful; it is one thing to be critical of a decades-old custom, but it has to be borne in mind that neither the Tribunal appointed by the United Nations nor the Rwandan courts are going to be able to bring about the criminal accountability which is their aim. Some other way must be found. It should not be beyond the wit or ability of good people in government and beyond government in Rwanda to adapt the ancient custom in order to deal with an almost intractable problem. Whatever else is true, the international community must not abandon the people of Rwanda. They have endured unspeakable horror and deserve maximum assistance. If criminal prosecution is not the whole answer and if Gacaca is unworkable, then other ways must be found to resolve the current crisis. Without prescribing to the authorities in that country, I would urge that some form of limited amnesty should be given serious consideration. One can only imagine the resentment building up amongst those

who have been incarcerated for five years or more in intolerable conditions. If we are to seek justice we must do so with justice. The cycle of violence must be broken and difficult as it is, some attempt towards forgiveness on the basis of accountability must be sought.

Several of us who have been part of the South African Commission continue to receive requests to visit Rwanda and to be of some assistance in their on-going struggle and if time and opportunity are available, we will certainly continue to do whatever we can. It is particularly important not only for Rwanda's sake but also for the sake of the wider region because whatever happens in Rwanda will impact on Burundi and the Congo. In the final analysis, what happens there also impacts on Africa and it is in South Africa's interests to be of some assistance to a country whose people have been so savagely decimated.

The final example that I want to offer in terms of the role that the South African experience might play in other societies is that of Northern Ireland. A number of South Africans have spent considerable time there, at the request of political parties and officials, NGOs and churches, sharing with them not only the experience of the Truth and Reconciliation Commission but also the whole negotiation process that led to free elections in South Africa.

I have visited Northern Ireland on several occasions, meeting representatives of a wide range of organisations. In February 1999 I was there under the auspices of the Northern Ireland Association for the Care and Resettlement of Offenders (NIACRO) and Victim Support Northern Ireland.

Before leaving for Belfast, I met with United States Senator George Mitchell (through the good offices of Professor Harvey Dale, a colleague of mine at New York University). In the hour we spent together I was enormously impressed with his insights and his wisdom. Mitchell had played a key role in securing a commitment to the Good Friday Agreement, the 1998 agreement which enabled the different factions to set up a form of local government in Northern Ireland. He is held in the highest regard by all the players in the Northern Ireland

drama. Even those who resented an American being appointed as chairperson of the peace talks admire his patience, impartiality, and skills. Mitchell told me then that although a political settlement was crucial, that on its own would not ensure a peaceful society. Elsewhere he has written, "It is important to recognise that the agreement does not, by itself, provide or guarantee a durable peace, political stability or reconciliation. It makes them possible. But there will have to be a lot of effort in good faith, for a long time, to achieve these goals."¹⁸

Mitchell emphasised to me that Northern Ireland is essentially a victim community. Both sides, Loyalist and Republican, see themselves as victims under siege, and have long memories. As a result, there is an absence of trust, and the need to overcome this mindset is even more important than the serious problem of decommissioning arms, of the Irish Republic Army in particular, which has proved a major stumbling block. Nevertheless, Mitchell told me that the time was not ripe for any comprehensive truth-telling process, that the situation in the country was too fragile, that there should be more visible signs of reconciliation before such a process could begin. I suggested to him that it might be impossible to reach any meaningful reconciliation without some truth-telling. This was certainly the view of many whom I was to meet.

During my visit I met a large number of groups and individuals. The following questions were raised by the organisers of my visit:

*As we in Northern Ireland observe how South Africa faces these challenges, what can we learn from their experiences? How do we begin to deal with the damage we have inflicted on each other and to ourselves in 30 years of conflict if ultimately we are to achieve personal and community healing? In particular, how do we remember our history yet find creative ways of moving on? In so doing, how do we preserve our new-found peace while building unity and reconciliation?*¹⁹

18 George Mitchell, "Towards Peace in Northern Ireland", 22 Fordham Intl, LJ 1136, 1138.

19 *All Truth is Bitter: A Report of the Visit of Dr. Alexander Boraine, Deputy Chairman of the South African Truth and Reconciliation Commission, to Northern Ireland* (Belfast: NIACRO and Victim Support Northern Ireland 1999).

The objectives the organisers and a wide range of their colleagues set for themselves included the following:

1) to conduct a comparative perspective of shared truth and healing between South Africa and Northern Ireland; (2) to explore the transitional processes evident in moving away from conflict to accommodation and compromise; (3) to conduct a critical examination and analysis of what would be appropriate for and sensitive to our needs in Northern Ireland; (4) to start a debate and develop thinking, initially within key constituencies, on approaches to truth and reconciliation, which in turn enters the public domain; (5) to explore the public discourse surrounding truth and reconciliation, in particular the use of terms such as “victim” and “perpetrator”; (6) to establish a working group comprising key activists to prepare reports and make recommendations to political and community leaders; and (7) to explore the issues of symbolic reparation, at a personal, community and national level.²⁰

In the draft report, recognition is given to the “significant differences between the South African and Northern Ireland experience”, but in the course of discussions a number of fundamental questions were identified which relate very closely to the South African experience. The agencies underlined this by stating, “Whilst the particular TRC mechanism may not be judged to best suit the needs of Northern Ireland, the importance of truth-telling, the position of victims and the need for reparation and reconciliation are all themes that have significant implications for Northern Ireland.” The overwhelming majority of the individuals and groups I met during my visit stressed the importance of meeting the needs of victims and confronting perpetrators in a way that would enable that divided society to move on from conflict. Most of the people I met recognised in particular the importance of truth-telling over and above the need for a political settlement. As the draft report stated, “If there was one factor, one truth, that emerged from the visit it is in itself the importance of establishing truth, and as far as possible an agreed truth, as a vital means of moving on from conflict.”²¹

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

A number of similarities between Northern Ireland and South Africa were identified by the organisers of my visit including the following: firstly, the level of suffering. Whilst many more people were killed in the South African conflict, for a small community such as Northern Ireland the number of people killed, injured or having related victims represents a significant proportion of that community. As in South Africa, the suffering in Northern Ireland has taken place over an extended period of time involving at least three generations of people.

A second similarity identified by the people of Northern Ireland themselves was that in both countries there was a conflict that neither side could win. In Northern Ireland there are two sides to the conflict, neither of which will accept defeat or indeed can be defeated. A critical question is, is it possible to achieve a reconciled community where surrender or defeat is required by one side or the other? Here stress was laid on the problems of decommissioning which, of course, were later resolved in the short term by delaying the actual implementation of decommissioning after the setting up of a joint executive. This similarity also reveals a significant difference. In South Africa, the two warring parties were aware of their strengths and their power, whilst in Northern Ireland both the Unionists and the Nationalists feel under threat and perhaps subconsciously feel their minority status.

Thirdly, because of the extended period of conflict, both in South Africa and Northern Ireland, we are damaged societies. There are many thousands of victims of violence, many thousands of people who can only envisage these societies in the context of warring cultures and of conflicting political aspirations. Like South Africa, Northern Ireland has many young people and adults who have little or no knowledge or experience of or contact with people of other cultures with whom they share a common country and common destiny. Like South Africa, Northern Ireland has many people who believe that acts of political violence must still be a potential part of the solution. In both societies healing is of primary importance and will take a very long time to achieve.

A fourth similarity is a lack of awareness of the abnormal nature of the societies. Northern Ireland has known conflict for so long that it has come to be accepted as “normal” and many have little knowledge or vision of a society which is not at war with itself. This was certainly true in South Africa over a considerable period of time and the societies could learn from each other in this regard. Abnormal societies, whether they be in Northern Ireland or South Africa, require abnormal or unusual solutions.

Fifthly, both societies have often been dishonest and are haunted by truth. I said during my visit, “Dishonesty has permeated the history of this lovely and tragic land. Truth haunts us all.” But I said this against the background of my own society which has sought to deny its culpability and complicity. In Northern Ireland, as in South Africa, people live in a world of different and contested realities. Whatever process is followed in Northern Ireland, one objective must be to establish a truth that the majority of both communities accept; a shared Protestant/Catholic, Unionist/Nationalist, Loyalist/Republican memory.

A final similarity was the apathy and denial experienced in both countries. In Northern Ireland, as in South Africa, most who have suffered come from the disadvantaged sections of the community. It is also the case that those who have suffered least and who have benefited most from the conflict over the last 30 years in Northern Ireland reflect an apathy to that situation and lack motivation to work hard for change. The draft report concludes, “In the development of truth that is accepted on all sides as the truth the apathy of the better off must be addressed. Truth and progress require at least the acceptance, but hopefully the commitment, of all sections of society in Northern Ireland.”²²

When the draft report was issued there was no clarity as to whether the two major groupings, the Unionists and the Nationalists, would bury their differences in order to implement the Good Friday Agreement which called for a new joint executive and for decommissioning.

22 *Ibidem.*

The peace process has been tortuous, with successes and setbacks, but there does seem to be a large group of people in Northern Ireland who, whatever the developments may be on the political front, feel very strongly that some form of truth-telling should take place in order to come to terms with the past, to recognise that there are victims on both sides and to acknowledge responsibility for the previous conflict as a basis for future development towards a human rights culture. What form this truth-telling will take is still very much a decision for the future.

Clearly there is a major difference between the nature and the role of the state in South Africa and that in Northern Ireland. South Africa has a new democratic state with a majority party determined to try and deal with the past and move towards genuine reconciliation. In Northern Ireland they will have the same state working in a rapidly changing political environment in the United Kingdom, England and Europe. If the truth-finding process is to be introduced, it would be preferable for the state to be part of that process. The only alternative would be for an NGO or a collection of NGOs to organise and mount such a truth commission, which of course would lack resources and authority. One thing that is clear is that any process of truth-telling would have to be accepted as legitimate by all Northern Ireland traditions. It would have to be seen to be independent and must have the necessary overall support to conduct its proceedings in a way which reinforces that independence.

When the draft report was issued in July 1999, under the title “All Truth is Bitter”, I was sent a copy and was asked to make a response to a fairly lengthy document which was going to be widely distributed in Northern Ireland. I wrote,

I don't want to add very much to the report and the issues outlined for discussion by yourselves. I think you have captured all the critical points and you have certainly heard enough from me!

I write this response against the depressing news that the Peace Plan has collapsed and I can understand how disturbed and

depressed you are. I think very deeply of your beloved country and I remind you that the South African process to peaceful negotiations was often aborted and sidelined and the only advice I can offer is that you dare not give up and there is hope in action.

To both Unionists and Nationalists I send you the words of the Polish activist and co-editor of the foremost newspaper in Eastern Europe, Adam Michnik. He spent years in prison under the Communist regime in Poland and spoke with deep feeling when he was with us in South Africa. "The image of the enemy is a moral and political burden because you are negotiating with someone whom only yesterday you called an oppressor, a murderer or a terrorist. You promised your followers that this person would be severely punished as a reward for the oppression they had lived through. Your followers meanwhile are telling you justice requires punishment. They ask: 'How can you negotiate and talk to a person who is responsible for all the disasters of our people?' ... I am negotiating because I have chosen the logic of peace and abandoned the logic of war. This means my enemy of yesterday must become my partner and we will both live in a common state. He may still be my opponent but he is an opponent within peace, not within war."²³

In Northern Ireland and in South Africa we simply have to learn to live together, otherwise we will continue to kill one another. This is the stark choice. We don't have to like each other, but we have to coexist with mutual respect.

I hope that good sense will prevail and that the next steps towards a joint executive and decommissioning will take place and that peace will break out in your beautiful country.

I received an invitation to return to Northern Ireland in March 2000, where I spent a few packed days meeting with a wide range of people and groups. Once again the hosts were Victim Support Northern Ireland and the Northern Ireland Association for the Care and Resettlement of Offenders. This was a follow-up to the earlier visit of February 1999 and coincided with the launch of the publication based on that visit,

"All Truth is Bitter." Among the groups whose representatives I met were the major political parties, organisations working with victims, the two major ex-prisoner organisations, Epic and Coiste na n-Iarchimi, the Human Rights Commission and the Protestant and Catholic churches.²⁴

The mood was very different from that of a year before. Because of the dispute over the decommissioning of weapons, the British Secretary of State for Northern Ireland, Peter Mandelson, had suspended the Executive and the Assembly in Northern Ireland, and the government of that territory had returned to the United Kingdom. I visited Stormont where the Parliament is housed. It is a magnificent building set upon a hill and it seemed bizarre to have such a great facility with no government. Politicians were wandering around not sure what to do in the absence of formal sessions of the Assembly.

The politicians I talked to, on both sides of the political spectrum, were depressed, and the consensus was that the Executive would not be reinstated before 2001 at the earliest. This seemed likely, particularly in view of the challenge to David Trimble, the leader of the Ulster Unionist Party, who was the first minister in the Executive before the suspension took place. He and many other key political leaders had visited the United States and the White House that year to mark the celebration of St. Patrick's Day, and he had made a public statement there which indicated that he was willing for the Executive to come together even though there was no guarantee that the IRA would give up their arms. This brought strong criticism from his followers, and instead of being reappointed almost as a matter of form, he was challenged by the Rev. Martin Smith, who is even more to the right than Trimble. Despite announcing his challenge only four days before the conference of the Unionist Party, Smith gained 43 per cent of the vote against Trimble's 57 per cent. This was a tremendous shock, putting Trimble in a precarious position and virtually tying his hands. Furthermore, the result suggested that those Unionists who had not been happy with the Good Friday

23 Alex Boraine et al. (eds.), *Dealing With the Past*, p.16.

24 The organisations working with victims included the Victim Liaison Unit, the Social Services Omagh, North Belfast Survivors of Trauma, Cost of the Troubles, and Wave.

Agreement had now come out of the woodwork, were more confident, and were going to make absolutely sure that any agreement met with their preconditions.

One of those preconditions was the retention of the name of the Royal Ulster Constabulary, the official title of the police force in Northern Ireland. This has always been a matter of dissension, because most of those serving in the police force have traditionally been drawn from the Protestant community; as a result it has been viewed with great suspicion by the Catholics. The Patten Commission had recommended that the name should be scrapped and replaced with a new name which would indicate a new approach and a new spirit to policing in Northern Ireland, and certainly a much more inclusive approach. To his credit, the chief constable, Sir Ronnie Flanagan, whom I met, supported the Patten Commission's recommendation even though he was sentimentally attached to the old name and symbol. He issued a statement describing the position taken by the Unionists as counter-productive. However, the motion passed at the Unionist conference made it clear that the retention of the name was now one of their demands before the Executive could be reinstated.

Clearly the situation had hardened and the pessimism and depression that I experienced among many of the political leaders was understandable.

The same mood of pessimism had spread beyond the political leadership into civil society, and most of the people I talked to were disappointed that just when it seemed that the elusive prize of permanent peace was within their grasp. It had once again been spurned. Even though the ceasefire seemed to be holding, there was a sense of uneasiness and uncertainty among most of the people I met.

Despite this major setback, a number of new initiatives had been taken which should not be overlooked. The Patten Commission made some very far-reaching recommendations which, if carried out, would certainly bring long-term benefits. In addition, an inquiry into Bloody Sunday was in full swing; despite the huge costs involved and the time and resources that

were tied up, this was a powerful signal that accountability was important for the new society. I was also once again enormously impressed by the quality of the people I met who were caring for ex-prisoners and for victims and their families. People such as Harold Good, Oliver Wilkinson, and Dave Wall are sterling examples of so many who by word and action are building the new society. While one often wonders how it is possible for so much evil to exist in the world, it is also a wonder to me that there is so much good and so many people who are so generous with their time and energy in caring for others. This is certainly a solid foundation on which to build. I was particularly impressed this time by my discussions with the two main ex-prisoner associations, one Nationalist, the other Loyalist. Of all the people I met, the ex-prisoners seemed to be more thoughtful, more committed to peace, than anyone else. Their experience in prison had clearly sobered them and had made them rethink the situation. They expressed regret for the loss of life and a determination that they would do everything in their power to ensure that there would not be a return to violence. The ones I spoke to were all working full time in the ex-prisoner associations. They told me something of their childhood, their involvement in the conflict, their arrest and imprisonment, and their new determination to work for peace. Many of them feel rejected by the very people who had encouraged the actions which led to their incarceration.

On my last day in Belfast the official launch of the booklet "All Truth is Bitter" was held. The booklet was a compilation of the lectures and speeches I gave in February 1999 and the responses and questions from the various organisations, groups, and individuals I had met. In summary, the compilation is a comparative report looking at the experiences of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and considering the lessons Northern Ireland might learn from that process to inform the search for peace and reconciliation. It was made very clear, however, that there was no intention of imposing the South African model on the vastly different situation in Northern Ireland. Speaking at a press conference I stated,

Northern Ireland is a place where communities share a common space, but no common history. There is very little doubt that this

lack of a common history has fueled the culture of conflict that has beset Northern Ireland for generations. Political agreement of itself will not change this society. Unless one begins to discover some common truths as to what has taken place here – painful truths – then no sufficient political consensus can emerge or lasting reconciliation can take place.

I added “everyone we met agreed that we need to manage the trauma of victims and to deal with victims and ex-prisoners in a way that enables all to move on from conflict.”

In this context most of the people I met accepted the need for truth-telling. However, some felt that truth-telling would be too traumatic and that it would be better to leave people in permanent denial. From my own experience in South Africa, I think “collective amnesia” is a short-term solution and a society intent on denying the past simply will not work. Conflicts must be transformed, not simply ended. I also tried to indicate my own understanding of the difficulties which lay ahead:

The process of truth-telling needs to be truly comprehensive if common truths and an agreed reality are to emerge. Yet I found little to suggest a compelling, political or moral authority emerging from the peace process to sanction any kind of truth commission at this time. To achieve reconciliation, first there must be an acknowledgement of what has happened and who has suffered. We must move away from a hierarchy of victims. A key indicator of success will be that victims will not be used or abused as part of some ongoing political conflict.

I concluded my remarks by saying,

For the process to work as in South Africa, it needs to hear evidence both from victims and from ex-prisoners. It also needs to hear evidence from the state, from its political masters and from its agents. This is even more complicated in Northern Ireland where authority at different times has been exercised locally and from Westminster and when at all times that authority has been contested.

As I reflected on yet another visit to that troubled land, so deeply divided, whose violence has been so intimate, I thought

again that there needs to be a common commitment which transcends the age-old divisions, a commitment which is shared and explored across the divide of Loyalist and Nationalist. Perhaps one of the best things that could emerge are small groups who would deliberately cross that divide in order to seek commonality rather than division – a kind of liberation zone which could be the precursor of a larger and wider common community. It is groups like these that can engage in a search for an ever-widening acceptance that if there is to be enduring peace, there has to be a common foundation on which to build. It is crucial to break down ancient suspicions and rebuild trust. This in turn could lead to the beginnings of the fashioning of a common memory, where widely divergent groups can accept that Northern Ireland is in many ways a society of victims, that the time to condemn and to blame must come to an end, and that the time for healing must begin.

I was pushed very hard by the media to speak in favour of a truth commission. I stressed that a firm, enduring political settlement without a return to violence was the first priority, although I did add that this goal was insufficient, and that if a damaged and deeply divided society was to be healed, some form of accountability was also essential. Truth-telling could play a major role in achieving that aim. What form that truth-telling should take is up to the people of Northern Ireland.

Soon after my visit I received a further invitation from the organisers, asking me to return to Northern Ireland for a much longer period. The suggestion was that I should stay for a couple of months. I am not sure whether this will be possible, because of so many other requests that come from other countries. One thing is certain, however, and that is that those who have participated in the South African experience of negotiation politics and the quest for truth and reconciliation have a major responsibility not to intervene or to tell others what they should do, but to respond to requests as they come as far as is humanly possible.

In early May 2000, there was a remarkable turn in fortunes for the stalled peace plan. Gerry Adams, the leader of Sinn Féin, had persuaded Tony Blair and Peter Mandelson that instead of

the IRA surrendering their guns, they would show their caches to independent observers and prove that the guns were stowed away and would not be used! This was a novel approach to say the least. But it could and did break the deadlock. By the narrowest of margins, Trimble persuaded the Ulster Unionists to return to the Executive and in the last week of May power was returned from the UK to the Assembly in Stormont.

Who are the observers who enjoy the trust of the IRA? They are former Finnish President, Martti Ahtisaari, who has a distinguished record in mediation, and former ANC Secretary-General, Cyril Ramaphosa. Ramaphosa played a central role in the successful negotiated settlement in South Africa and after a spell in Parliament has become a very successful businessman. A patient, deliberate man of very special talents and commitment, it is not surprising that the IRA felt he could be trusted. In addition, the ANC has special links with Sinn Fein and thus with the IRA. This could be a downside because of Unionist suspicions about his impartiality. But knowing Ramaphosa personally, and having watched him at work in the negotiation process in South Africa, I have no doubt that he will very quickly demonstrate his commitment to peace rather than take sides.

So another chapter begins in the agonising search for peace and stability. The accord remains fragile and much remains to be done to achieve a degree of stability and the guarantee of peace. In this ongoing search, civil society will undoubtedly be called upon to play a major role in breaking down barriers and building peace.

The role of South Africans in Northern Ireland is yet another indication that our country, which received so much assistance from the international community during its years of oppression, is now in a small way able to repay that by sharing with not only the countries referred to above but many other parts of the world, some of the lessons and insights which have come about through the Truth and Reconciliation Commission.

It is clear that in the coming months and years many of us who have been directly involved in the TRC will be called upon to assist countries in transition. This in itself is an endorsement that the South African experience was worthwhile and important way beyond the country's borders.

IV

LA IMPUNIDAD Y EL DERECHO INTERNACIONAL

La defensa de la integridad física y síquica de la persona y de sus bienes constituye un valor que es inherente a la misma y está por encima de las fronteras nacionales y de los intereses políticos, sociales, económicos y culturales.

E. Mignone

LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL, LA PAZ Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL *

Juan E. Méndez

La creación de tribunales internacionales para juzgar penalmente a los autores de gravísimos delitos y la campaña para la creación de una Corte Penal Internacional, constituyen un viraje de las amnistías absolutas y la impunidad *de facto*, hacia políticas destinadas a obligar a dirigentes políticos y militares a rendir cuenta de sus crímenes. Asimismo, la aplicación de normas de jurisdicción universal a delitos cometidos en otras latitudes, ejemplificada con gran dramatismo por los dieciocho meses de detención del general Augusto Pinochet en Inglaterra, en cumplimiento de una orden de arresto dictada por un juez español por crímenes cometidos en Chile, es otra importante ruptura con el círculo vicioso de la impunidad de los crímenes sistemáticos contra los derechos humanos¹.

Se trata tal vez de la adhesión por la comunidad internacional a lo que en realidad es una campaña más amplia para asegurar que la verdad prevalezca sobre la negación y el olvido, y que la justicia triunfe sobre la impunidad. Esta lucha

* Una versión en inglés de este ensayo aparece en *Ethics and International Affairs*, revista científica del Carnegie Council on Ethics and International Affairs (Nueva York), 2001, Vol.15, Nro. 1. El autor agradece los comentarios de Salvador Tinajero, Garth Meintjes, Gastón Chillier, Francisco J. Cox y Javier Mariezcurrena.

1 Ver Resoluciones del Consejo de Seguridad No 827 (1993) que crea el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y 955 (1994), que crea un tribunal similar para Rwanda; Estatuto de Roma para una Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998. Ver los debates previos a este histórico tratado en M. Cherif Bassiouni (editor) *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, Ardsley, N.Y., Transnational, 1998. Sobre el *Caso Pinochet* y otras instancias de jurisdicción universal, ver Christine Chinkin y otros, "In Re Pinochet", *American Journal of International Law*, 93 (1999), p. 703.

tuvo lugar inicialmente en países en transición de la dictadura a la democracia en América Latina, Europa Oriental y África, en las décadas de los años ochenta y noventa. Las experiencias de esas sociedades resultaron en una variedad de instrumentos de política, tales como juicios penales a los responsables, comisiones de la verdad, planes de reparación e indemnización a las víctimas y a sus familias y la descalificación de los asesinos y su separación de las fuerzas armadas y de seguridad en un Estado democrático. En pocos años, estos acontecimientos han posibilitado un extraordinario desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos. En su conjunto, forman un nuevo paradigma para analizar cómo las sociedades en transición enfrentan el legado de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos cometidas en el pasado reciente.

Sin embargo, este cambio en la dirección de la justicia y la efectiva rendición de cuentas sugiere sus propias dificultades: ¿Cómo equilibrar este legítimo interés en el castigo a los culpables con la necesidad de la reconciliación nacional, en un país que hasta hace muy poco se veía al borde de la destrucción por el conflicto? Si reconocemos la validez ética y jurídica de las afirmaciones de sus respectivas competencias hechas por tribunales locales, por los de otras naciones y por tribunales internacionales, ¿cómo determinamos qué tribunal debe tener primacía en un caso concreto? Si los esfuerzos hechos en ciertas comunidades nacionales para alcanzar la reconciliación con justicia son de buena fe, ¿cuánta deferencia les debe el resto del mundo si de todos modos no se logró una verdad y una justicia perfectas? Desde el punto de vista de la defensa de este progreso sustancial en nuestra disciplina, este ensayo procura dar respuesta a tan complejas preguntas.

El castigo, el perdón y la paz

La creación de tribunales *ad hoc* por las Naciones Unidas para juzgar crímenes de guerra, la disposición de los tribunales de algunos países para actuar en forma extraterritorial aplicando principios de jurisdicción universal, y la aprobación del Estatuto de Roma para una Corte Penal Internacional, se inscriben en la tendencia del derecho internacional a establecer

medios para asegurar que el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no queden impunes. Las normas que prohíben la ejecución extrajudicial, la tortura y la detención arbitraria y prolongada generan además la obligación de castigar tales actos. No se trata de obligaciones nuevas. Se las encuentra en los principales instrumentos de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los acontecimientos más recientes, sin embargo, han dado lugar a “principios emergentes” que desarrollan y dan mayor precisión a las normas antedichas. Estos principios establecen que los estados tienen la obligación afirmativa de investigar, procesar y castigar tales violaciones, descubrir y revelar la verdad sobre las mismas, ofrecer reparaciones a las víctimas y sus familias, y descalificar a sus autores y removerlos de posiciones de autoridad. Surgen estos principios de ya numerosas interpretaciones autorizadas hechas por órganos de protección interestatales (el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos), así como de mecanismos llamados “de derecho blando” (*soft law*) como Relatores Especiales de Naciones Unidas, Declaraciones de los órganos políticos y otros instrumentos².

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional de los derechos humanos ha crecido a través de estos ejercicios de promoción y establecimiento de estándares a ser observados por todos los estados. La novedad de los últimos años es la determinación de buscar mecanismos eficaces de implementación de estas obligaciones, primero a nivel nacional y luego por la comunidad internacional, si la justicia

2 CteIDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia sobre el Fondo, 29 de julio de 1988; *Caso Barrios Altos*, Sentencia sobre el Fondo, 14 de marzo de 2001. ComIDH, Informes 28 y 29 de 1992 sobre Argentina y Uruguay, en *Informe Anual 1992*. CteEuDH, *Ibrahim Aksoy v. Turquía*, Sentencia sobre el Fondo, 10 de octubre de 1997. Ver también los informes finales de los Relatores Especiales de NNUU sobre Impunidad (Louis Joinet, E-CN.4-Sub.2-1997) y sobre Reparaciones (Theo Van Boven, E-CN.4-Sub.2-1993-8). Para análisis en doctrina de estos principios emergentes, ver Diane Orentlicher, “Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation”, en L. Henkin y J. Hargrove, editores, *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, ASIL, Washington, 1994; Naomi Roht Arriaza, editora, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford U. Press, New York, 1995.

de derecho interno se muestra incapaz o sin voluntad de romper el ciclo de impunidad. Esta evolución del derecho internacional y del derecho comparado corre paralela con el interés de otras disciplinas (estudios militares, ciencia política, relaciones internacionales, ética) de encontrar justificaciones filosóficas y prácticas a esta obligación de castigar los abusos más graves del poder y de la autoridad. De esta manera, toma forma una escuela de pensamiento que expresa la necesidad de que haya verdad y justicia y que rechaza la impunidad.

No siempre fue así. Cuando las sociedades latinoamericanas establecieron comisiones de la verdad y en algunos casos juicios a los responsables, en los años ochenta, muchos expertos bien intencionados sentían que la fragilidad de las nuevas democracias les impediría soportar la presión de los militares, que retenían altas cuotas de poder. Estos expertos pensaban que insistir en este camino sólo resultaría en la desestabilización de la naciente democracia. Los escépticos temían que, aun si estos experimentos pudieran cosechar algunos éxitos, tendrían inevitablemente el efecto de retrasar la transición en los países vecinos, o bien que los militares de esos países exigirían aun mayores garantías de impunidad como condición de la transición a la democracia. Las negras predicciones de esta escuela de pensamiento no se cumplieron: las transiciones tuvieron lugar en todos los casos, aunque con variaciones en cuanto a las condiciones impuestas por los militares. Sin embargo, el escepticismo respecto a la verdad y a la justicia volvió a aparecer, esta vez con mayor verosimilitud, cuando a la transición se agregaba la necesidad de poner fin a un conflicto armado mediante negociaciones de paz. Si se podía convencer a los movimientos guerrilleros de abandonar las armas y continuar su lucha en el campo de la política, habría que darles seguridades de que sus dirigentes no iban a ir a parar a la cárcel. La necesidad de alguna forma de clemencia para los insurgentes resultó un argumento poderoso para insistir en una amnistía supuestamente “simétrica” para las violaciones de derechos humanos cometidas por las fuerzas de seguridad en el curso del conflicto. Nuevamente se usó este argumento durante las negociaciones de Dayton para poner fin a la guerra en Bosnia y más recientemente por el gobierno de Chile, en su ofensiva diplomática para conseguir el retorno de Pinochet, como crítica

a los tribunales españoles e ingleses, supuestamente por ignorar el delicado equilibrio entre justicia y estabilidad conseguido en Chile con el consentimiento de todos los sectores.

El argumento para no inquirir sobre los abusos del pasado se funda en la necesidad de conseguir la reconciliación nacional para que una sociedad enfrentada consigo misma pueda proceder a la construcción de una nueva democracia, sobre cimientos de tolerancia y acuerdos entre facciones que hasta hace muy poco trataban de aniquilarse mutuamente. Aun entre algunos que se oponen al olvido y a la impunidad, la reconciliación nacional es una elevada aspiración; estos comentaristas prefieren ejercicios de búsqueda y revelación pública de la verdad y reparaciones y, en general, descreen de los procesos penales³.

Es bien difícil definir el término “reconciliación” para estos propósitos, especialmente porque –al menos en América Latina– la expresión se ha usado a menudo en forma temeraria para tratar de justificar la más vergonzosa impunidad. Del mismo modo que la paz no puede ser solamente la ausencia de combate, la reconciliación no es susceptible de ser impuesta por decreto. Generalmente se requiere para ella un largo proceso asistido por políticas públicas y acciones que se hagan cargo de la realidad del conflicto entre personas, instituciones y comunidades y que consistan en un mirada franca y honesta a las condiciones que se necesitan para que la reconciliación pueda ocurrir de verdad.

De todos modos, es cierto que la reconciliación debe ser un objetivo principal de cualquier política destinada a enfrentar el legado de violaciones de derechos humanos. Para estos propósitos, entiendo a la reconciliación como la superación en el mediano plazo de las disputas entre facciones que han dividido a la nación en el pasado reciente. En todos los casos, las

3 José Zalaquett, “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints”, en *State Crimes: Punishment or Pardon*, Aspen Institute, Queenstown, Maryland, 1989. El autor polaco Adam Michnik resume esta posición en las palabras “Amnistía sí, amnesia no” (discurso pronunciado en Santiago de Chile, 11 de abril de 2001, en las jornadas organizadas por la Corporación Justicia y Democracia para conmemorar el décimo aniversario del *Informe Rettig*).

violaciones de derechos humanos van a haber tenido lugar en el contexto de disputas de esa naturaleza y, en ese sentido, no hay duda que la superación de los antagonismos es necesaria para evitar la recurrencia de los abusos. En ese caso, la reconciliación que se debe buscar no es una forzada e hipócrita tregua entre víctimas y victimarios. Ni tampoco es legítimo que la reconciliación entre facciones armadas se produzca a expensas del derecho de las víctimas de los abusos a que se haga justicia. Por tal motivo, aunque la reconciliación sea un objetivo valioso, no debe ni puede ser el eje central de toda política de búsqueda de la verdad y la justicia. Si la ponemos en el centro, la reconciliación se convierte en el factor de validación de todos los demás aspectos de la política. En esas circunstancias, resultaría fácil argumentar que ciertas acciones no deben tomarse a menos que se pueda demostrar que van a resultar en la reconciliación. A mi juicio, la verdad, la justicia y la reconciliación son todos objetivos fundamentales de toda política de superación de las violaciones del pasado, y ninguna de ellas puede dejarse de lado en nombre de las otras. Es imposible tener la certeza de que la verdad o la justicia van a conducir a la reconciliación en todos los casos. Si no lo hacen en algún caso, ello no significa que haya sido un error insistir en la verdad y en la justicia. No es justo aplicar una regla exclusivamente consecuencialista a los esfuerzos por conseguir la verdad y la justicia; ello es injusto con las víctimas y con todos los que en una sociedad están interesados en saber la verdad⁴.

La política de olvidar el pasado y perdonarlo todo no es convincente, como tampoco lo es una política que insista en juicios y castigo cualquiera sea su costo. Lo que sí se puede decir con alguna certeza es que los extremos deben ser rechazados en ambos casos. Ya no quedan muchos que sostengan que lo mejor es tener amnistías absolutas y olvido total de lo que ocurrió hace muy poco tiempo, al menos si se trata de crímenes que ofenden a la conciencia común de la humanidad. Del otro lado, castigar cada uno de los eventos del pasado

4 Juan E. Méndez, "Responsabilidad por los Abusos del Pasado", en *Presente y futuro de los derechos humanos (Ensayos en honor a Fernando Volio)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.

reciente y hacerlo con perfecta observancia del debido proceso, podría resultar muy difícil en la mayoría de las situaciones. Por ello, la cuestión en realidad es determinar qué elementos de verdad, justicia y medidas de clemencia pueden ser compatibles entre sí, compatibles con la necesidad de construir la democracia y la paz, compatibles con principios emergentes del derecho internacional y compatibles con la búsqueda de una reconciliación auténtica.

Las normas de derechos humanos, por ser la forma concreta del respeto a la dignidad humana y al Estado de derecho, presentan a cada sociedad límites bastante precisos en cuanto a qué se puede hacer al enfrentar la herencia de violaciones del pasado reciente. Pero a la vez estos principios dejan bastante campo para la experimentación en cada sociedad nacional. Cada una de éstas aprende de los éxitos y fracasos de las que la precedieron en la misma búsqueda. Así, cada transición a la democracia se convierte en un terreno de experimentación en el que se ponen a prueba adaptaciones cada vez más creativas de las medidas diseñadas para producir procesos sociales de verdad, justicia y reconciliación. Por ejemplo, un instrumento utilizado cada vez con más frecuencia es la "comisión de la verdad", especialmente cuando las violaciones a que se hace referencia están rodeadas de una niebla de negación, engaño, o silencio impuesto por la fuerza. Son útiles las comisiones de la verdad cuando el gran número de abusos individuales requiere un esfuerzo concentrado y bien organizado para encontrar la verdad de los hechos y eventualmente darla a conocer. Hay que hacer notar que la verdad que debe establecerse y revelarse no es sólo la explicación general sobre cómo operó el sistema que produjo tanta tragedia. También es necesario obtener y revelar "verdades" individualizadas sobre el destino y paradero de todas las víctimas y sobre las circunstancias de su victimización.

En el afán de "hacer algo", pero con el temor de lo que pueda resultar de intentar procesar a sospechosos que todavía conservan mucho poder, ciertos líderes democráticos pueden caer en la tendencia a ver a las comisiones de la verdad como sustitutos de la justicia. Para muchos gobiernos es práctico emitir un informe y aspirar a que el tema de las violaciones de

derechos humanos simplemente se pase de moda. Si se establece una comisión de la verdad con el propósito de evitar la indispensable tarea de hacer justicia, el esfuerzo nace con un descrédito inicial. Las comisiones de la verdad son importantes por sí mismas, pero funcionan mejor cuando se las concibe como un componente esencial de un proceso completo de verdad, justicia, reparaciones y depuración de las fuerzas armadas y de seguridad. Son éstas cuatro obligaciones diferenciadas que el derecho internacional impone y que pueden conducir a una eventual reconciliación. Las cuatro deben ser cumplidas de buena fe, ya que no constituyen un “menú” de alternativas a elegir. Son elementos independientes, pero deben ser tratados como partes integrales de un compromiso general con la rendición de cuentas en un Estado democrático.

Por lo mismo, la cuestión del procesamiento penal de los crímenes más graves contra los derechos humanos no puede ni debe ser evitada. Ciertamente, los juicios suelen ser la parte más difícil de toda política de rendición de cuentas, por muchas razones. La principal es que es esencial que estos juicios se intenten sólo bajo las condiciones más estrictas de debido proceso y juicio justo. Es a menudo cierto que un país necesita reconstruir su poder judicial para poder garantizar un juicio justo y que, intentar procesos penales de alta complejidad con sistemas judiciales que están en ruinas puede conducir a un fracaso en toda la línea. Pero las sociedades que empiezan a ser democráticas después de largas tiranías necesitan una organización judicial independiente lo antes posible, y el procesamiento de los crímenes del pasado también puede ser la ocasión para establecer la credibilidad de los tribunales de justicia que procuran de buena fe ser los garantes de los derechos de las personas en la nueva democracia. En casos como estos, tal vez el tiempo que tome a una comisión de la verdad acumular pruebas para sus propios fines pueda usarse para robustecer a los tribunales y los juicios por los crímenes del pasado pueden llevarse a cabo en una segunda etapa. De hecho, los procesos de investigación de la comisión de la verdad pueden en todo caso servir de punto de partida para juicios exitosos y a la vez justos.

El castigo como herramienta

Se suele alegar que el castigo es necesario para prevenir la recurrencia de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos. En nuestra opinión, sin embargo, la prevención no es la mejor justificación para una política destinada a restablecer la verdad y la justicia. La cárcel ciertamente impedirá que los mismos que violaron los derechos humanos en el pasado reciente lo vuelvan a hacer, pero en general no serán las mismas personas las que vuelvan a tener la oportunidad. También se dirá que castigar a los asesinos y torturadores tendrá un efecto disuasivo sobre otros asesinos y torturadores que puedan venir en el futuro. El problema con esta justificación es que descansa demasiado sobre predicciones sobre el comportamiento racional de personas que están dispuestas a cometer actos irracionales. Además, hay muchos otros factores, más allá de la posibilidad real del castigo, que inciden sobre la posible recurrencia de estos crímenes. En este sentido, sólo podemos afirmar con relativa certeza que si los tribunales aplican las leyes a este tipo de casos en forma normal, como debe ser, a lo largo del tiempo esto tendrá el efecto disuasivo que se busca. Entre tanto, es por supuesto de esperar que la ruptura del círculo vicioso de la impunidad influya sobre los ánimos de aquellos que puedan en el futuro tentarse a abusar del poder que ejercen.

También sobre la base de predicciones de conducta futura, otra tendencia critica los esfuerzos de la justicia penal internacional afirmando que ellos tienen el efecto de alentar a los dictadores a no dejar el poder ni abrir paso a la democracia por temor a ser juzgados por sus crímenes. Aquí también, el error consiste en predecir conductas racionales en actores irracionales y en asignarle a la rendición de cuentas una causalidad mecánica respecto a decisiones y eventos en los que intervienen muchas otras consideraciones. Muchas voces “moderadas” lamentaron las decisiones del Presidente Raúl Alfonsín, de crear una Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas y de iniciar juicio a los integrantes de las Juntas de Comandantes, porque ello impediría el retorno de la democracia en otros países latinoamericanos. Nada de ello ocurrió, pero el argumento se sigue invocando. El estado de cosas actual no está

precisamente marcado por la inevitabilidad del juicio y castigo, sino más bien por la persistencia de la impunidad para este tipo de crímenes. En todo caso, también se puede alegar que es la impunidad la que hace más posible la repetición de nuevas atrocidades contra la dignidad humana. Kenneth Roth ofrece muy convincentemente esta argumentación, ejemplificada con el resultado de sucesivas amnistías en Haití⁵.

Si la única justificación para los juicios por estos delitos fuera la prevención, quienes se oponen a ellos –tanto comentaristas como dirigentes políticos– podrían sostener que, en ciertas circunstancias, lo que mejor consigue ese efecto preventivo es una política de perdón y olvido. Así se pretendió justificar en el Uruguay la decisión de los gobiernos democráticos de oponerse a todo esfuerzo serio de revelar la verdad y hacer justicia. Desde la comunidad internacional, una versión de esta misma tendencia sostenía que sólo los líderes democráticos de esos países estaban en condiciones de saber qué era lo que mejor conducía a la paz y a la estabilidad, y que no debía el resto del mundo ofrecer ninguna crítica a lo que ellos decidieran. En realidad, los líderes de las transiciones sólo podían asegurarnos que los estamentos militares –todavía poderosos– tolerarían a gobiernos civiles débiles, siempre que éstos no intentaran escarbar sobre los crímenes del pasado reciente. Es cierto que así se consigue una clase de paz, pero ella es producto de pacificar a quienes chantajean a la sociedad con la amenaza del golpe. La paz que así se consigue no se parece en nada a la auténtica reconciliación. Más aún, un gobierno civil que sobrevive sólo en tanto y en cuanto reconozca y consienta estos límites arbitrarios a su poder, no se parece en nada a una democracia auténtica ni al Estado de derecho.

Por estas razones la prevención de futuras violaciones, por sí sola, no nos parece una justificación adecuada para una política de rendición de cuentas. Las razones por las cuales las sociedades se ven en la necesidad imperiosa de castigar ciertos delitos aberrantes son otras. El efecto preventivo es sólo un

5 K. Roth, “Human rights in the Haitian transition to democracy”, en Carla Hesse y Robert Post, editores, *Human Rights and Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*, Zone Books, Cambridge, 1999.

resultado deseable, pero no el principal fundamento. Las sociedades castigan estos hechos porque reconocen el valor intrínseco de sus víctimas, especialmente porque en general estas víctimas se encuentran entre los sectores más vulnerables e indefensos de nuestras sociedades⁶. En el acto del juicio y del castigo, la sociedad decente pone de manifiesto que nadie en su medio es considerado sin importancia ni descartable y que los ataques a la dignidad intrínseca de las víctimas serán castigados porque la sociedad decente es la que no humilla a los ciudadanos. Asimismo, la sociedad democrática se impone así misma el deber de castigar estos delitos para señalar la importancia que en ella tienen las normas que prohíben la tortura, la desaparición forzada, la violación sexual y la ejecución extrajudicial⁷.

La pesada herencia de los abusos del pasado exige que las nuevas democracias se ocupen de ellos. Si se permite que la impunidad reine, el sistema político que se empieza a construir será democrático en lo formal, pero carecerá de un ingrediente esencial de las democracias: la rendición de cuentas⁸. Si prevalece la impunidad en este estadio fundacional, ¿qué impedirá que en el futuro también prevalezca cuando los agentes del orden cometan crímenes so pretexto de la lucha contra el delito? En definitiva, el argumento político (además de los éticos y jurídicos) sobre la necesidad de la verdad y la justicia, se funda en que la democracia no es equiparable a los deseos de la mayoría. En rigor, en una verdadera democracia la voluntad mayoritaria no puede ignorar los derechos ni la dignidad de los ciudadanos más vulnerables. No es posible construir el Estado de derecho sobre la noción de que algunos crímenes, por graves que sean, pueden ser ignorados si los cometen hombres de uniforme.

6 Aryeh Neier, “Prosecutions: Who and for GAT? Four Views”, en Alex Boraine y otros, editores, *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*, IDASA, Ciudad del Cabo, 1994.

7 Marcelo Sancinetti, *Los Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial*, Lemer, Buenos Aires, 1988.

8 Phillippe Schmitter y Terry Karl, “What Democracy is... and is not”, en *Journal of Democracy* 2, No. 3, 1991; Guillermo O’Donnell, *Further Thoughts on Horizontal Accountability*, Notre Dame, Kellogg Institute, mimeo, 2000.

En definitiva, por razones jurídicas, éticas y políticas, estamos convencidos de que los estados tienen la obligación afirmativa de responder a las herencias de violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos con medidas concretas de políticas públicas destinadas a restablecer la verdad y la justicia, a ofrecer reparaciones y a depurar los cuerpos de seguridad. A tal fin, deben empezar por privar de efecto en el derecho interno a toda ley de amnistía, inmunidad, auto-amnistía o pseudo-amnistía cuya intención o efecto sea el de crear un ambiente de impunidad⁹. Permitir que una ley de amnistía con tales características prevalezca sobre estas obligaciones del Estado es agregar una violación adicional a las existentes¹⁰.

En un segundo momento, aunque estamos de acuerdo con José Zalaquett sobre la necesidad de políticas públicas tendientes a implementar estas obligaciones del Estado, discrepamos con él en cuanto a su preferencia general por las comisiones de la verdad y su desconfianza respecto a los juicios. Para nosotros, las comisiones de la verdad son de gran importancia a condición de que no sean una alternativa respecto a los juicios¹¹. Más aun, la verdad debe buscarse mediante estas comisiones y también por otros medios, especialmente los judiciales, como se está haciendo en varios tribunales de la Argentina actualmente. Tampoco reconocemos ninguna superioridad especial –ni en el plano ético ni en el práctico– a las comisiones de la verdad sobre los procesos penales. Ambos son necesarios y útiles y ambos deben llevarse a cabo de buena fe y con apego a las normas internacionales sobre el debido proceso¹². Tanto

9 La referencia al “ambiente de impunidad” es del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informes de países conforme al Art. 40 del Pacto*, CCPR-C-79-Add.46 (1995), y *Comentario General No. 20*. La obligación de privar de efecto en el derecho interno a tales leyes, es la más reciente contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Barrios Altos* referido al Perú, *supra* Nota 2.

10 Ken Roth, en intercambio con José Zalaquett, durante el *Seminario sobre Justicia Transicional* organizado por el Aspen Institute, Wye River Center, Maryland, 10-12 de noviembre, 2000.

11 Juan E. Méndez, “The Right to Truth”, 14 *Nouvelles Etudes Pénales, Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17-21 September 1998*, Christopher C. Joyner, editor especial, Eres, Ramonville, 1998.

12 Juan E. Méndez, “In Defense of Transitional Justice”, en *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, A. James McAdams, editor, U. of Notre Dame Press, Notre Dame and London, 1997.

las comisiones de la verdad, como los procesos penales, como los “juicios de la verdad” y otras investigaciones oficiales sobre los crímenes del pasado, contribuyen a realizar la obligación de impedir las “mentiras que no se pueden permitir”, en palabras de Michael Ignatieff. No puede esperarse de esos ejercicios que resuelvan de una vez y para siempre las interpretaciones enfrentadas que hay en una sociedad sobre la historia común. Pero sí permiten que esos debates se desarrollen sobre una base fáctica cuya realidad ya no puede negarse¹³.

Pero la verdad es incompleta si deja intacta la impunidad de todos los autores e instigadores de las atrocidades. Además de revelar la verdad se requiere un esfuerzo por restablecer la justicia, y para que ese esfuerzo esté a la altura de nuestro compromiso con los derechos humanos, debe hacerse mediante procesos penales y con estricto apego a las normas internacionales sobre debido proceso y juicio justo. No compartimos la preocupación de Adam Michnik y otros que tienden a equiparar a la justicia con la venganza¹⁴. Precisamente, el derecho penal y el procesal penal han sido establecidos para expropiar la venganza y sacarla de manos privadas.

Por cierto, el hecho de que los procesos penales sean deseables en casi todos los casos, además de ser un imperativo ético, jurídico y político, no significa que una política de verdad y justicia deba siempre excluir toda posibilidad de clemencia. Lo que no es posible es anteponer el perdón a las obligaciones respecto a la verdad y a la justicia. Pero ciertas medidas de indulto, conmutación de pena o abandono de la acción penal pueden ser compatibles con la política de rendición de cuentas. Por ejemplo, se pueden otorgar por razones humanitarias una vez que el proceso ha comenzado a cumplir sus objetivos de restaurar la justicia, establecer la verdad y contribuir a la reconciliación. También es posible contemplar ciertas medidas de clemencia como incentivo para obtener la cooperación de

13 Mark Osiel, “Legal Remembrance of Administrative Massacre”, en *U. of Pennsylvania Law Review* 144 (1995).

14 Michnik hizo esta equiparación más recientemente en Santiago de Chile, en la Conferencia sobre el décimo aniversario del *Informe Rettig*, organizada por la Corporación Justicia y Democracia, 9 al 11 de abril de 2001.

algunos actores en la búsqueda de sanciones para otros cuya responsabilidad es mayor.

Resulta claro que los principios enunciados en los párrafos precedentes constituyen obligaciones cuyo cumplimiento recae, primaria y fundamentalmente, en los nuevos estados democráticos. Sus autoridades son las llamadas a elegir los instrumentos más adecuados, según las circunstancias, para cumplir de buena fe con cada una de las obligaciones antes mencionadas. Sólo se abre la posibilidad de la acción del resto de la comunidad internacional si esas autoridades se rehúsan o están imposibilitadas de cumplir.

El mundo exterior ofrece remedios a las víctimas si el Estado nacional no cumple adecuadamente con estas obligaciones. Lo hace, en la actualidad, a través de tribunales facultados para ejercer jurisdicción universal y mediante tribunales *ad hoc* de justicia penal para crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad creados por Naciones Unidas; eventualmente, lo hará también mediante una Corte Penal Internacional de carácter permanente. Desde luego, estas posibilidades crean límites objetivos a la total discrecionalidad de la que hasta hace poco gozaban las autoridades nacionales, en términos prácticos aunque no jurídicos ni éticos. Esta es la gran novedad del nuevo siglo en términos de derecho internacional de los derechos humanos, y su ejercicio efectivo pero a la vez justo y ponderado es el desafío de nuestra era.

La noción misma de la existencia de estos límites objetivos y externos al Estado nacional no ha sido recibida sin lucha por los partidarios de la soberanía irrestricta de los estados nacionales, y aun por aquellos que, aunque reconocen la vigencia de normas imperativas respecto a la verdad y la justicia, consideran que la elección de *instrumentos* para darles vigencia es esencialmente una decisión democrática y soberana de cada comunidad nacional. De otro lado, las víctimas de las violaciones y grandes sectores de las comunidades nacionales en esos países ven con agrado que se abran posibilidades de hacer justicia en forma extraterritorial, porque de esa manera se estrechan las posibilidades de la impunidad en sus propios países. También porque, de hecho, la existencia de esos límites

objetivos al poder del Estado nacional fuerza a las autoridades democráticas a ser más estrictas en perseguir los objetivos de la verdad y la justicia, al menos para gozar de justificación al oponerse a lo que se haga en extrañas jurisdicciones.

Está claro, en todo caso, que los instrumentos de justicia internacional sólo deben operar en forma complementaria y subsidiaria a los nacionales. Este principio está claramente establecido en el Estatuto de Roma para una Corte Penal Internacional. Significativamente, no es de aplicación en los dos tribunales penales internacionales creados *ad hoc* por Naciones Unidas para la Ex Yugoslavia y Ruanda. Estos tribunales tienen expresa primacía sobre toda otra competencia nacional, tal vez porque su creación misma obedeció a una determinación de la comunidad internacional sobre el completo fracaso de las estructuras nacionales para impedir el genocidio y para procesarlo adecuadamente. El Estatuto de Roma establece también que la futura CPI tendrá atribuciones para decidir, con exclusión de otras instancias, cuándo debe ceder ante la competencia de los tribunales de un país y cuándo debe insistir en su primacía. Sin embargo, el Estatuto no da mayores criterios para guiar la determinación de dar o no dar efecto a una amnistía local, o de conceder que un procesamiento en sede nacional ha sido hecho de buena fe y debe en consecuencia ser considerado cosa juzgada para efectos del principio de *ne bis in idem*. Por último, las legislaciones nacionales que establecen jurisdicción universal u otras formas de extra-territorialidad son muy variadas, y no es posible establecer –para los fines de este ensayo– si contienen criterios adecuados o no para dirimir estas cuestiones. De hecho, el propósito de este ensayo es afirmar que en todos los casos estos instrumentos deben respetar el principio de subsidiariedad; y también comenzar a elaborar criterios que puedan ser útiles a la hora de ponerlo en práctica en casos concretos.

Criterios para el respeto de decisiones locales

A pesar de que tanto la justicia penal internacional como la jurisdicción universal gozan de gran aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia de organismos internacionales, subsisten algunas visiones críticas sobre el rumbo que el derecho

penal internacional está tomando. Generalmente se trata de versiones de la posición ya mencionada, que privilegia las decisiones de una comunidad nacional, no tanto por razones de soberanía sino porque son las comunidades nacionales las que conocen mejor las circunstancias, como así también las que van a tener que vivir con las consecuencias de esas decisiones. Entre comentaristas que analizan estos temas desde la perspectiva de las relaciones internacionales, y especialmente los problemas de la paz y de la guerra, se agrega la percepción de que estas restricciones o imposiciones externas a las atribuciones locales de manejar el perdón y aun el olvido, simplemente hacen más difícil que los contendientes en un conflicto armado se dispongan a dejar las armas y sellar un acuerdo de paz¹⁵. En otro trabajo he tratado de demostrar que, a pesar de esta preocupación, la comunidad internacional, especialmente a través de las Naciones Unidas, ha dado pasos cada vez más claros en el sentido de aunar a sus esfuerzos de paz una “doctrina” que incorpora los principios antes enunciados; también que tales pasos no han sido obstáculo para la obtención de procesos y acuerdos de paz dignos de su nombre¹⁶.

Para que la justicia penal internacional y la jurisdicción universal sean efectivamente límites para la impunidad, se requiere también que ambas adquieran y mantengan una alta dosis de legitimidad jurídica y política. Al igual que los tribunales locales en etapas fundacionales, las cortes internacionales y de jurisdicción universal adquirirán legitimidad en la práctica concreta, al juzgar casos y sancionar a personas, en la medida en que demuestren que son capaces de hacer justicia según los más altos estándares. Esto será particularmente problemático porque estos procesos, casi por definición, se llevarán a cabo lejos de los acontecimientos que deben juzgar y apartados también en el tiempo de los mismos. A menudo deberán sortear el obstáculo de la falta de cooperación de quienes tienen un virtual monopolio sobre la prueba. La tentación de reducir las exigencias del debido proceso o de adaptar-

15 Por ejemplo, Brad R. Roth, “Peaceful Transitions and Retrospective Justice: Some Reservations (A Response to Juan E. Méndez)”, *Ethics and International Affairs* (Revista del Carnegie Council on Ethics and International Affairs), 2001 Vol. 15, No. 1.

16 Ver Nota (*), en la página inicial de este artículo.

las a la realidad de la justicia internacional puede ser grande. Sin embargo, caer en ella será un grave error, porque la legitimidad de estos esfuerzos para el futuro será medida a la luz de lo que se haga en estos primeros casos.

Por el momento, en todo caso, no hay motivo de preocupación: los dos tribunales creados por Naciones Unidas han dado muestras de que los obstáculos pueden ser superados y de que es posible hacer justicia con todas las garantías para los acusados. Otro tanto han hecho el juzgado del doctor Baltasar Garzón, la Sala Penal de la Audiencia Nacional de Madrid y los paneles de la Cámara de los Lores que se ocuparon de la extradición de Pinochet. Pero también es cierto que no hemos presenciado todavía casos particularmente difíciles desde el punto de vista de la legitimidad del esfuerzo por procesar a violadores de los derechos humanos que han conseguido evitar la justicia en sus propios países. En lo que resta de este ensayo intentaremos un análisis de distintos escenarios y esbozar soluciones para decidir en qué casos es mejor respetar decisiones locales, aunque no hayan alcanzado un resultado perfectamente justo para todos.

Ni la CPI ni los tribunales que ejercen jurisdicción universal deben ignorar automáticamente tales decisiones tomadas en las comunidades nacionales en que ocurrieron los hechos, aunque esas decisiones incluyan alguna medida de clemencia o de negativa a ejercer la acción penal. Será siempre necesario un análisis en dos etapas: la primera debe ser un estudio riguroso de las políticas públicas adoptadas en el ámbito nacional, de las circunstancias históricas que las motivaron, de sus objetivos y de sus logros concretos. La segunda etapa debe ir un poco más allá y ver cómo esas decisiones nacionales se aplicaron en el caso concreto y si esa aplicación condujo a un resultado coherente con los principios y reglas del derecho internacional y de la ética. Propugnamos este doble análisis para los activistas de derechos humanos, para los representantes de ONGs y de las mismas víctimas, al momento de decidir si conviene iniciar una campaña para obtener justicia extraterritorialmente; no creemos que deba necesariamente iniciarse toda acción de este tipo sólo porque la ocasión está allí. Obviamente, los criterios que a continuación esbozamos –mucho más desarrollados por el debate y por las experiencias

concretas– deben también servir de guía a fiscales y magistrados a la hora de ejercer su discreción en respuesta a iniciativas de este tipo.

Desde ya podemos decir con un alto grado de certeza que las leyes de amnistía, los decretos de indulto o las decisiones de no procesar que tengan el efecto de crear un “ambiente de impunidad”, no deben gozar de deferencia alguna por parte de las jurisdicciones extraterritoriales. Si los mismos estados en que se dictaron esas medidas están obligados a no darles efecto jurídico en su territorio, según el fallo más reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, carecería de sentido postular que el resto del mundo pueda reconocerles validez. Pero recordemos que en estos casos se trata de ciertas clases de amnistías o pseudo-amnistías, incluidas las “auto-amnistías”¹⁷. Las amnistías que son incongruentes con las obligaciones internacionales de los estados son las que impiden la averiguación de los hechos y su revelación a las víctimas y a la sociedad, y que se erigen como barrera previa e *in limine litis* a cualquier acción penal. Son contrarias al derecho internacional porque consagran la impunidad de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, para los cuales existe una obligación afirmativa de castigarlos. Se sigue entonces que una amnistía limitada que excluya expresamente de sus beneficios a este tipo de delitos, puede ser considerada congruente con el derecho internacional¹⁸.

En los últimos años, sociedades en transición a la democracia han hecho esfuerzos de buena fe para enfrentar el legado histórico de los abusos a la dignidad humana en la etapa inmediatamente anterior, para no permitir que se consagre para ellos una ignominiosa impunidad, so pretexto de la recon-

17 Así las califica el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, de la Corte IDH, en el fallo *Barrios Altos*, ver Nota 2.

18 Para analizar los argumentos dados en un caso concreto sobre la invalidez de este tipo de amnistías nacionales en los casos en los que se ejerce jurisdicción universal, ver auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de Madrid, Rollo de apelación 173/98, sección primera, sumario 1/98, cap. Octavo –*Cosa juzgada y liti spendencia*–, por el cual se confirma la jurisdicción española para conocer los delitos de genocidio y terrorismo cometidos en Chile; decisión del 5 de noviembre de 1998.

ciliación. Esos esfuerzos han tenido que incluir, prácticamente en todos los casos, algunas formas de clemencia. El ejemplo más interesante de estos esfuerzos por cumplir de buena fe con las obligaciones que el Estado tiene con las víctimas es el de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica. A pesar del carácter pactado de la transición en ese país (con la imposición expresa del requisito de la inmunidad por parte de los dirigentes del régimen de *apartheid*), al crear esta CVR el Parlamento, sabiamente, evitó promulgar una amnistía absoluta y general (lo que en inglés se suele denominar gráficamente como *blanket amnesty*). En cambio, se ofreció “inmunidad” procesal a los presuntos autores de atrocidades de todos los bandos que se acercaran a confesar y contribuir al conocimiento público y oficial de los hechos y a determinar el destino y paradero de las víctimas. La inmunidad se condicionó a que la confesión fuera completa y verídica y sólo se otorgó por aquellos delitos que fueran objeto de tal confesión. La concesión de inmunidad la efectuaba un comité especial de la CVR compuesto por jueces y sólo luego de oír a las víctimas que quisieran objetar. El proceso, que ya está a punto de terminar, no ha resultado por ahora en justicia para la mayoría de los crímenes del *apartheid*. Sin embargo, sólo unos pocos criminales se han visto beneficiados por la inmunidad y es posible ahora iniciar acciones penales contra todos los demás acusados.

Es fácil ver que hay una gran diferencia entre las amnistías generales y absolutas (*blanket amnesties*) y lo que Sudáfrica ha intentado. Las amnistías latinoamericanas en general han tenido el efecto de impedir toda interrogación de un sospechoso, toda investigación de los hechos y cualquier acumulación de pruebas sobre lo sucedido. También producen la revocación automática de sentencias pasadas con anterioridad sobre algunos de los hechos cubiertos en ellas, por efecto del principio de la ley penal más benigna, que debe aplicarse retroactivamente. Con ello se produce también la liberación de quienes estén cumpliendo sentencias o detenidos pendiente su juicio, y la terminación de toda acción penal. Estas leyes no les imponen a los acusados o sospechosos ninguna carga procesal, ningún acto de contrición o remordimiento, ningún gesto hacia las víctimas. Por último, son estas leyes un serio obstáculo a la búsqueda y revelación de la verdad sobre horribles crímenes

que continúan rodeados de incertidumbre y negación, como las desapariciones forzadas de personas, y condenan a las familias al interminable pesar de no saber qué le ha pasado a sus seres queridos¹⁹.

Cada vez con más frecuencia, las sociedades nacionales deben hacer frente al enorme desafío que significa iniciar juicios penales eficaces. En diferentes medidas, todas las sociedades nacionales que emergen de pesadillas de represión, genocidio o crímenes de guerra tienen serias deficiencias en su administración de justicia. Consideraciones de estricta justicia también hacen necesario que se distinga entre niveles de responsabilidad y complicidad. En algunos casos, las comunidades nacionales querrán experimentar con la aplicación del derecho tradicional o consuetudinario para intentar formas de “justicia restauradora”, no siempre plenamente penal según los cánones prevalecientes en sociedades más desarrolladas. Como ya ocurrió en Sudáfrica, habrá nuevas situaciones en que se establezca un equilibrio razonable entre algunas formas de perdón o clemencia a cambio de información tendiente a satisfacer el derecho a la verdad, o tal vez para facilitar la posibilidad de juicio y castigo a otros actores cuya responsabilidad sea mayor.

En esos casos se presentará, inevitablemente, la cuestión de cuánta deferencia debe conceder la comunidad internacional a

19 No sorprende, entonces, que en países como Chile, Argentina y Uruguay, los jueces han comenzado a aplicar interpretaciones restrictivas de estas leyes, de manera de dar efecto a principios de derecho internacional. Por ejemplo, los jueces continúan con la investigación hasta que la prueba establezca claramente que los hechos son de los cubiertos por la amnistía. También se considera a la desaparición como un “delito continuado” o “permanente” de modo que sus efectos sobreviven al marco temporal de la amnistía, al menos hasta que se establezca la fecha de muerte de la víctima. Los tribunales también abren procesos de investigación de los hechos para dar efecto al “derecho a la verdad” consagrado por los principios emergentes del derecho internacional a que venimos haciendo referencia, aun si al final de tales procesos no se podrá sancionar a sus responsables. Tal vez el acontecimiento judicial más notable en este aspecto –coincidente por lo demás con la doctrina de la CteIDH en *Barrios Altos*– es la decisión del juez federal de Buenos Aires, Gabriel Cavallo, marzo de 2001, en el caso *Poblete*, de considerar inconstitucionales las leyes de Punto Final y Obediencia Debida como contrarias a las obligaciones emergentes de tratados, y procesar a presuntos responsables de desapariciones de personas. Ver Felipe Michelini, “El largo camino de la verdad”, *Revista IIDH* 24, Julio-Diciembre 1996; Martín Abregú, “La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina”, *idem*; Juan E. Méndez, “Derecho a la verdad frente a graves violaciones a los derechos humanos”, en *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Martín Abregú y C. Courtis, editores, Del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997.

esas soluciones nacionales. Por ahora la cuestión puede parecer más o menos abstracta o filosófica, pero a mediano plazo será necesario resolverla, en cuanto una corte que ejerza jurisdicción universal o que deba resolver pedidos de extradición tenga ante sí argumentos contra su competencia basados en esos arreglos nacionales.

No se trata sólo de determinar quién toma la decisión, sino sobre qué bases se debe resolver. En cuanto a la primera cuestión, los gobiernos que han intentado alguna forma de enfrentar su pasado seguramente aducirán que sólo ellos pueden decidir si las intervenciones externas se justifican. Esta es la posición adoptada por el gobierno democrático de Chile (diferenciándose de la defensa de Pinochet), al solicitar que los tribunales ingleses rechazaran el pedido de extradición a España. Para ser justos, hay que reconocer que esa posición no se basó en criterios de soberanía absoluta sino en que Chile tenía mejor derecho que nadie a juzgar a Pinochet, además de la capacidad y la voluntad de hacerlo. Dada la impunidad de que gozara Pinochet en una década de gobierno democrático, tal argumentación no resultaba persuasiva en ese momento. Sin embargo, para sorpresa de muchos escépticos (este autor incluido), la justicia ha empezado a actuar en Chile, aun contra el mismo Pinochet.

En principio, las opiniones de un gobierno que ha hecho esfuerzos serios y de buena fe para restaurar la verdad y la justicia deben ser tenidas en cuenta al momento de decidir el juzgamiento de un nacional de ese Estado por vías de la justicia penal internacional. La decisión, sin embargo, debe necesariamente ser responsabilidad de los tribunales internacionales o de los que ejerzan jurisdicción universal, o eventualmente de la Corte Penal Internacional. Si el parecer del Estado en que ocurrieron los hechos fuera decisivo, estas formas de justicia internacional no serían más que foros de conveniencia; su eficacia y credibilidad se verían seriamente disminuidas. Es por esta razón que el Estatuto de Roma sabiamente establece que la decisión última sobre la competencia de la CPI recae sobre la misma Corte, sin perjuicio de que –también sabiamente– se prevea un proceso por el cual todos los interesados en la cuestión de competencia sean debidamente oídos.

Hasta ahora, la cuestión de los *criterios* que han de usarse para que la CPI asuma o decline su competencia se limitan al principio de la “complementariedad” (subsidiariedad) ya mencionado²⁰. El significado y los alcances de este principio fueron objeto de duros debates en las negociaciones previas a la Conferencia Diplomática de Roma. La complementariedad significa, en definitiva, que la CPI sólo actuará en casos en que los tribunales con competencia territorial originaria sean incapaces o no estén dispuestos a actuar contra el acusado sujeto a la competencia de la Corte²¹. La CPI también tiene facultades para determinar qué atención pueda merecerle una amnistía u otra forma de clemencia que se haya otorgado al acusado en la sede nacional respectiva. En todo caso, el principio de complementariedad viene relacionado con las normas del Estatuto sobre admisibilidad de las acciones penales, según el cual el Estado territorial o el de nacionalidad del acusado deben ser partes del Tratado de Roma, o bien aceptar la competencia del tribunal para el caso en forma *ad hoc*²². La CPI también está obligada a respetar el principio de *ne bis in idem*, a menos que el procesamiento en sede nacional sea un esfuerzo de mala fe para burlar la justicia.

Estas reglas son, por supuesto, adecuadas. Pero eventualmente la CPI tendrá que elaborar criterios más detallados por vía jurisprudencial, particularmente si se ve obligada a considerar medidas tomadas en el ámbito nacional que no son abiertamente ofensivas a un sentido universal de justicia. Cuando llegue ese momento, la CPI tendrá que resolver cada caso con base en los principios del derecho internacional de los derechos humanos que hemos mencionado al comienzo. Un factor de la mayor importancia en esa decisión será el análisis de los esfuerzos de buena fe que haya hecho una comunidad nacional para rendir cuentas sobre el pasado de violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos.

20 Artículo 1, Estatuto de Roma. Como se ha dicho, este principio no se aplica a los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda, porque ambos están expresamente dotados de primacía de jurisdicción, que ejercen a su sola discreción. Por ello, cualquier decisión que se adopte sobre clemencia o sobre castigo en los países que cubren no es vinculante sobre el respectivo tribunal.

21 Estos términos están definidos en el artículo 17, párrafos 2 y 3 del Estatuto de Roma.

22 Artículo 12.

Todo esto también se aplica a los procesos extraterritoriales que se inicien bajo el principio de la jurisdicción universal. En ellos, la cuestión es más urgente, porque la complementariedad es, en el mejor de los casos, una regla implícita y no necesariamente expresada en términos jurídicos claros. Esta característica crea la posibilidad de una gran variedad de interpretaciones. Además, con frecuencia estos procesos se iniciarán como “blancos de oportunidad” por la presencia de un notorio asesino o torturador en un lugar en que pueda ejercerse esta competencia, ya sea en forma directa o por la vía de la extradición. Esta circunstancia también aumenta la posibilidad de decisiones inconsistentes o hasta apresuradas. En el caso Pinochet, como también en algunos de los que lo siguieron, las soluciones han sido relativamente sencillas, por la naturaleza claramente ilegítima de las normas por las cuales los acusados gozaban de impunidad en sus estados nacionales²³. Pero en el futuro cercano tendremos que enfrentar casos en que la decisión de respetar o ignorar un acto nacional de clemencia no será tan fácil. Será entonces necesario pensar estos temas en profundidad y tratar de aplicar reglas universales, porque los errores pueden tener efectos graves sobre la credibilidad y legitimidad de los esfuerzos internacionales para hacer valer la justicia. Las posibilidades de la justicia penal internacional son de una gran variedad, y atraviesan grandes diferencias en culturas jurídicas; ello otorga mayor importancia aun a la necesidad de que la decisión en cada caso sea informada por normas objetivas y jurídicamente inobjetables, y protegidas en la medida de lo posible contra la percepción de que se adoptan por razones políticas contingentes.

Un ejemplo reciente de la necesidad de desarrollar estándares objetivos es la decisión de la Audiencia Nacional de España de rechazar el caso contra militares guatemaltecos que oportunamente iniciara Rigoberta Menchú, la dirigente indígena honrada con el Premio Nobel de la Paz. Si la decisión se hubiera fundado en la falta de pruebas mínimas suficientes o

23 Nos referimos, por ejemplo, al caso contra Hisssein Habre, ex dictador del Chad, en Senegal; la detención de un oficial argentino en Italia; la detención en México del marino argentino Ricardo Cavallo, para ser extraditado a España a órdenes del juez Baltazar Garzón; y la breve detención en Estados Unidos de un torturador penano, frustrada por la intervención del Departamento de Estado.

en que la demanda no cumplía con un umbral de información suficiente para proceder, se entendería mejor. Pero la fundamentación que se ofreció para rechazar el caso fue que no se había probado que los tribunales de Guatemala estuvieran incapacitados para actuar o no estuvieran dispuestos a ello. Esta idea permitió a la Audiencia Nacional distinguir esta acción de la iniciada contra Pinochet y contra militares argentinos. Sobre esa base, la decisión no tiene mucho sentido. Los militares de Guatemala están protegidos por varias amnistías dictadas por gobiernos civiles y militares antes de 1996, a pesar de que es cierto que la amnistía de ese año, dictada para concretar el proceso de paz en ese país, excluye de sus beneficios a los crímenes incluidos en el pedido de Rigoberta Menchú. Los jueces guatemaltecos, por lo demás, han mostrado escasa disposición de investigar casos como estos, aun si se pudiera considerar que las amnistías anteriores no son operativas. En cambio en Chile y en la Argentina, las posibilidades de que los tribunales locales reciban casos como los que instruye el juez Garzón están por lo menos parcialmente abiertas. La cuestión de la impunidad *de facto*, se podría argumentar, es en Guatemala un problema todavía más serio que en Chile o en la Argentina²⁴.

El ejemplo que criticamos no alcanza a descalificar el valioso aporte a la justicia penal internacional que hacen los tribunales españoles, como tampoco afecta a esfuerzos similares que se llevan a cabo en otros países. Pero sí sirve para ilustrar la necesidad de un pensamiento claro sobre los fines últimos y los límites objetivos que tales esfuerzos tienen. En nuestra opinión, si un país ha hecho un esfuerzo serio para cumplir con sus obligaciones internacionales según los principios emergentes ya mencionados, debería haber *ab initio* una fuerte presunción a favor de dar a sus autoridades y magistrados una alta dosis de deferencia. En este sentido, el primer paso consistirá en hacer un examen serio y desapasionado del esquema general que se ha seguido en el país en transición para restaurar la

24 Llamamos impunidad *de jure* a la que se basa técnicamente en decisiones del poder legislativo o ejecutivo destinadas a trabar la acción de la justicia; impunidad *de facto* es la que resulta cuando los fiscales, jueces u otras autoridades simplemente se rehúsan a investigar, o cuando las interferencias de otras altas autoridades frustran sus empeños.

verdad y la justicia. El objeto de este análisis será ver hasta qué punto se ha intentado lograr la reconciliación nacional sin mella de los legítimos derechos de las víctimas de las violaciones. El análisis, sin embargo, no puede detenerse en el examen del plan general y de sus resultados inmediatos. Quien deba decidir sobre la legitimidad de continuar o no con procesamientos extraterritoriales deberá también analizar cómo el esquema general se aplicó en el caso concreto bajo estudio. Algunos actos de perdón pueden ofender nuestro sentido universal de justicia, aun cuando el esquema general haya sido correcto.

Por ejemplo, estamos de acuerdo con John Dugard cuando afirma que la decisión de Sudáfrica de crear una Comisión de Verdad y Reconciliación, con las atribuciones ya mencionadas, es en general compatible con el derecho internacional en la materia²⁵. Muchas (tal vez la mayoría) de las decisiones individuales sobre indemnidad, tanto para otorgarla como para negarla, seguramente fueron correctas, precisamente por responder a un esquema general justo. Pero la amnistía aplicada a los autores de la masacre de la Iglesia St. James, en la que miembros del Pan African Congress abrieron fuego contra feligreses por el sólo hecho de ser blancos, no merece la deferencia de la comunidad internacional porque viola la obligación afirmativa de Sudáfrica de investigar, procesar y sancionar crímenes de lesa humanidad²⁶. Del mismo modo, la absolución del general Magnus Malan y sus colaboradores en un juicio frustrado por la inconducta de fiscales remanentes del sistema del *apartheid* que se mostraron parciales a los acusados, tampoco merece ser respetada por tribunales no sudafricanos, en la eventualidad de que estén alguna vez en condiciones de ejercer jurisdicción sobre los horrendos crímenes cometidos por los agentes encubiertos al mando de Malan.

A fines de abril de 2001, el panel especial sobre amnistías de la CVR de Sudáfrica emitió otra decisión sumida en la contro-

25 John Dugard, "Reconciliation and Justice: The South African Experience", *Transnational and Contemporary Problems* 8 (1998).

26 Garth Meintjes y Juan E. Méndez, "Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction", *International Law Forum* 2 (2000).

versia. Le otorgó indemnidad a Robert McBride, combatiente del Congreso Nacional Africano (ANC, hoy el partido de gobierno), por su confesión en la colocación de bombas en dos lugares públicos de las playas de Durban, en que tres personas murieron y más de 70 resultaron heridas. Sin mayor investigación y en contra de los pedidos de familiares de las víctimas, el comité le otorgó a McBride el beneficio de la duda en cuanto a su creencia de que los bares eran frecuentados por personal de seguridad y por lo tanto eran un blanco legítimo²⁷. Esta decisión impide explorar la razonabilidad de ese error de hecho en un juicio formal con todas las garantías para la defensa del acusado. Pero fundamentalmente está en contra del derecho internacional porque re-escribe las normas universalmente aceptadas de las leyes de la guerra sobre prohibición de ataque a blancos civiles y sobre la “regla de proporcionalidad”, que define con claridad las circunstancias en que las bajas en la población civil pueden ser consideradas colaterales a un ataque legítimo contra blancos militares. Un ataque en el que no se miden los posibles daños a la población civil contra la importancia de la ventaja militar a obtener no es un ataque legítimo: es un crimen de guerra, y debe ser procesado y castigado²⁸.

Conclusión

No hay duda de que los esfuerzos internacionales por romper el ciclo de la impunidad, por bien intencionados que sean, pueden salirse de madre. A veces nos acercamos peligrosamente a la tentación de dictar, desde una gran distancia, qué necesitan las sociedades cuyo tejido ha sido destrozado por la violencia, y también a veces dejamos de considerar el parecer de quienes tienen que vivir con la herencia del pasado y con las consecuencias de lo que se decida en la transición a la democracia. No es materia que se preste a ser resuelta mediante consulta a encuestas de opinión, ni por una elección o un referéndum, ya que el respeto a los derechos y a la dignidad de cada una de las víctimas no está sujeto a la voluntad de las mayorías. Sería

una verdadera injusticia seguir en esto ciegamente a los deseos de la mayoría, porque casi por definición los más afectados por las violaciones del pasado reciente se contarán entre los menos poderosos y entre las minorías políticas, religiosas o raciales de cada sociedad.

Al mismo tiempo, conviene recordar que el objetivo de las acciones internacionales en este campo no es el de reemplazar el juicio de los actores locales por el de los activistas internacionales, sino el de contribuir a que las sociedades que salen de la guerra y de la represión cumplan con sus compromisos internacionales y busquen la reconciliación en su forma más auténtica. En un mundo ideal, la CPI y los tribunales que ejercen jurisdicción universal tendrían muy poco que hacer. Si las sociedades enfrentan con decisión el legado del pasado reciente y lo procesan con arreglo a estos principios emergentes del derecho internacional de los derechos humanos, no habrá necesidad de que la comunidad internacional asuma tarea alguna. Si la tendencia de las experiencias más recientes es en esa dirección –aunque es muy prematuro cantar victoria– ello se debe sin duda a que las condiciones internacionales vienen contribuyendo eficazmente a limitar las opciones de política local en torno a estas cuestiones. La posibilidad real de procesos ante la CPI en el futuro cercano, o de persecución penal por vía de jurisdicción universal en la era post-*Caso Pinochet*, ejerce una saludable presión sobre los actores locales para que se tomen más en serio las obligaciones de la verdad y la justicia. En tales condiciones, la reconciliación que se alcance en definitiva en tales sociedades se parecerá mucho más a una reconciliación auténtica y no a la impunidad.

27 Piers Pigou, “Why and Why Not”, *Daily Mail and Guardian*, 1 de mayo de 2001.

28 Artículo 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949; artículos 48 y 85 del Protocolo Adicional I de 1977.

UNIVERSAL JUSTICE FOR CRIMES AGAINST HUMANITY*

Kevin Boyle

Introduction

The subject matter of my paper is the use of criminal law, both national and international, along with international human rights law, to respond to very serious human rights abuse. Crimes against humanity are a category of offences that have come to be established in international criminal law and describe crimes that are widespread or systematic and aimed at a civilian population. Such crimes include murder, rape, torture, or enforced disappearance. Gross violation of human rights is the language used in international human rights law for similar acts of terrible personal abuse.

Crimes against humanity entail individual criminal responsibility in international law for those who plan as well as those who carry out such acts. The occurrence of gross violation of human rights give rise to state responsibility under international human rights treaties, if a state's agents have instigated such violation or carried them out. Responsibility can also arise where the state has failed to act to prevent them. State accountability for violation of international human rights treaty commitments does not involve direct individual criminal responsibility in international law. Responsibility of the state gives rise to a duty to make restitution or to provide full

* This paper is based on a lecture given during the XVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos "Emilio F. Mignone," July 1999 at the Inter-American Institute of Human Rights, San José, Costa Rica. It has been updated to December 2000.

compensation to victims of such gross violation. A finding of violation will also establish a duty on the state to take action to investigate and punish those individuals responsible. Such a duty may in appropriate cases, include prosecution of individuals for crimes against humanity or other international crimes in domestic courts. For the future it may also involve the duty to deliver individuals alleged to be responsible to an international tribunal for trial and sentence.

It is useful therefore to think of gross violation of human rights in breach of international human rights law and crimes against humanity in violation of international criminal law as two sides of the same coin. A system of universal justice for the victims of large-scale human rights abuse requires a framework that develops the linkages between international humanitarian law, international criminal law and international human right law. It is essential to use all such resources of law if we are to prevent large-scale violations of human rights and eliminate the scandal of impunity.

But such a universal system is not to be envisaged as resting on international law and international institutions alone. The enjoyment of human rights begins and ends at home. The effective legal protection of human rights requires a range of policies at the *national* as well as the international level. The prosecution and punishment of individuals for international crimes is essential. But it is domestic criminal law that must take primary responsibility to enforce such norms, not the developing international criminal process. That requires states to embrace universal jurisdiction for the prosecution of crimes against humanity. State responsibility for gross violation must be enforced through regional and global human rights treaty mechanisms. But it is also incumbent on the state responsible as an obligation in international law, to bring its own law enforcement agents and governmental officials to account for such violations through its own criminal courts. It is equally necessary for national civil courts to have the jurisdiction to provide restitution or compensation to victims.

Such an ideal scheme of legal responses, whether at domestic or international level, is designed to react to episodes and

events that have entailed massive human rights abuses. But legal responses cannot prove effective unless they are also related to an effective democracy, which requires commitment to participation, social justice and social inclusion. An effective democracy from this perspective requires that those institutions through which power is exercised must be accountable both politically and to the rule of law. The experience of gross abuse of human rights is directly linked with the absence of accountability, and with impunity of those who abuse power. Impunity usually begins with the apparently small or isolated violations -one case of torture or a killing by the police not investigated properly or the offenders not brought to justice. From such incidents can grow the scale of violations and abuse of power we have witnessed in so many countries in the last decades.

If the search for universal justice for crimes against humanity requires commitment to make democracy effective within states, it equally requires international co-operation between states. It requires a renewed commitment to all the goals of the United Nations, including human rights, disarmament, economic and social development and respect for international law. Those goals cannot be further advanced without the development of democratic principles and structures to support co-operation between states.

This paper will first review developments in international criminal law, focused mainly on crimes against humanity. It will also consider what has proved one of the most significant legal controversies since the Nuremberg Tribunal after the Second World War, directly relevant to the subject of universal jurisdiction for crimes against humanity and of great regional interest in the Americas; the foreign and now local criminal proceedings against Augusto Pinochet Ugarte, the former dictator of Chile. Finally it will note the contribution that international human rights treaties can contribute through fixing state responsibility for large-scale violation of human rights along with the new possibilities of individual criminal responsibility arising from the planning or taking part in such gross violation.

The law of international crimes including crimes against humanity

International criminal law consists of a body of crimes, which the international community has chosen to reflect as being of such seriousness that they are crimes against the international legal order and the human rights principles that are the moral foundation of that order.¹ International law is normally concerned with the responsibility of states alone but the seriousness of these crimes is such that it seeks to punish individuals who have committed those crimes. It follows that international law permits and in some cases requires states to enforce international criminal law, including crimes against humanity, under its own legal system against persons suspected of such crimes.² In 1998 international law took an enormous leap forward when the statute of an International Criminal Court was agreed and opened for signature in Rome.³ The role envisaged for the international criminal court as complementary to national jurisdiction in the enforcement of international criminal law will be discussed further below.

The modern foundation of international criminal responsibility for human rights abuses dates to the Second World War. The international military tribunal at Nuremberg established by the Allies in 1945 sought to fix individual criminal responsibility on Nazi leaders who were accused of violating the laws and customs of war as well for a range of terrible acts against civilians linked to that war which were termed “crimes against humanity.”⁴ The same legal principles

were pursued in the Tokyo Tribunal, which was established to try Japanese military personnel.⁵ The principles underlying these post war tribunals, in particular the right of the international community to try and punish those responsible for atrocities conducted under colour of war was endorsed by the General Assembly in a resolution in 1946.⁶ The General Assembly also mandated what has been a long effort to codify international criminal law by the International Law Commission. A final draft was completed in 1996 but remains to be acted upon.⁷

One immediate response to the atrocities of the Second World War was the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide adopted by the United Nations General Assembly in 1948.⁸ Genocide, the attempt or act of physically destroying a people in whole or in part, is treated as the most heinous of a number of crimes against humanity. It was one of the crimes for which the Spanish prosecutor sought to have Augusto Pinochet extradited from Britain in the 1998 legal proceedings in London.⁹ A further response to the atrocities of the Second World War came in 1949 when the International Red Cross promoted the four Geneva Conventions designed to codify the law of armed conflict or international humanitarian law.¹⁰ These Conventions made “grave breaches” of their

1 See Article 19 of the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility "...an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognised as a crime by that community as a whole." *Yearbook of the International Law Commission* (1976) Chapter III B, Draft Articles on State Responsibility article 19. A/CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part 2).

2 See generally N.S. Rodley *The Treatment of Prisoners under International Law* (1999) 2nd ed.

3 Statute of the International Criminal Court UN Doc. A/CONF.183/9, 17 July 1998; 37 I.L.M. 999 (1998).

4 Charter of the International Military Tribunal (IMT), Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (London Agreement) August 8 1945, 82 U.N.T.S. 280. Crimes against Humanity were defined in the Charter Article 6 (c) as "murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial, or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction

of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. See, G. Ginsbergs and V. N. Kudriavtsev (eds.) *The Nuremberg Trials and International Law* (1990); F. Biddle, "The Nurnberg Trial" 33 Va. L. Rev. 679 (1947); H.Ehard, "The Nuremberg Trial against the major war criminals and international law" 43 AJIL, 1949, 223.

5 P.R. Piccigallo, *The Japanese on Trial; Allied War Crimes Operations in the East, 1945-1951* (1979); V.A. Roling and A. Casesse, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemaker* (1993).

6 GA res. 95(1) 11 December 1946.

7 Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind; Report of the International Law Commission, GAOR 51st Session, Suppl.No.10 (1996) ch. IID.

8 GA Resolution 2106A, 9 December 1948. W. Schabas, *Genocide in International Law: the Crime of Crimes* (2000).

9 The Home Secretary in the event determined that extradition was not under UK Law an offence for which extradition could be granted. See N.S. Rodley "Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violation of Human Rights; The Pinochet Case in Perspective" 69 *Nordic Journal of International Law* 11-26 (2000).

10 Geneva Conventions of 12 August 1949; Geneva Convention 1 (armed forces in the field) article 49; Geneva Convention 11 (armed forces at sea) Article 50; Geneva Convention 111 (prisoners of war), Article 129; Geneva Convention IV civilian populations), Article 146.

provisions in the context of international armed conflict, criminal offences and imposed duties on all signatory states to prosecute persons responsible.

However after these early steps to build an effective international criminal law little happened for many years until the 1990s. There have been many atrocities committed in the intervening decades -the military dictatorships in Latin America, Pol Pot's regime in Cambodia, the use of poison gas by Iraq against its Kurdish citizens, the Amin regime in Uganda -none of which have led to an international commitment to punish the perpetrators. It has been the atrocities in the new wars of ethnicity of the 1990s, in Bosnia Herzegovina, Rwanda and now Kosovo, which have finally forced the international community to act.

The fundamental reason for the failure to respond to earlier atrocities was the reluctance of states to challenge the sovereignty doctrine. Despite the clear principle set out as early as 1945 in the Nuremberg Charter, that gross violations of human rights within a state whether in war time or in peace, were crimes against international law, states were reluctant to accept the necessary implications. One such implication was to establish means at the international level to prosecute such crimes. The Genocide Convention made provision for trial before an international penal tribunal should such ever be established. But no such tribunal was created. States have proved equally unwilling to act to enforce international humanitarian law within their own territory. Even where obliged under the Geneva Conventions 1949 to take jurisdiction to prosecute individuals suspected of grave breaches of the Conventions, who are present on their territory, states have been reluctant to act.

Growth of international human rights law

However, the intervening years of inaction on establishing principles of international criminal responsibility and an international criminal tribunal, does not mean that there have been no important developments. Of these developments the most important has been the growth of the law of international

human rights.¹¹ We have seen a corpus of universal human rights standards adopted some of which as we shall see, involve duties on states to prosecute violations of rights. Above all we have seen an universal recognition by human kind everywhere of the idea of human rights and a growing international public opinion that impunity for criminal acts involving gross violation of human rights should no longer be tolerated.¹²

One major effect of the fifty years of development of human rights has been to shift the balance between the mandate of the UN to promote and implement human rights and the principle included in its Charter of non-interference in the domestic sovereignty of its members.¹³ This new balance has been built on the enormous range of international human rights treaties with implementation machinery generated through the United Nations as well as the many initiatives taken to investigate, and to condemn human rights violations at the UN level.¹⁴ It has also resulted from the creation of regional systems of protection, under the African Charter of Human and Peoples Rights, the Inter-American Convention and the European Convention on Human Rights.¹⁵ What is distinctive about the European and the American systems is the existence of judicial machinery to which individuals and communities can have access to complain over violation of human rights. (The possibility of an African Court of Human Rights lies in the future).¹⁶ The success of

11 For an account of the growth of international human rights law and its relationship with international humanitarian law see, H. Steiner and P. Alston, *International Human Rights In Context*, (2000) 2nd ed.

12 Nigel S. Rodley, *supra*, note 9.

13 UN Charter Article 1 (3) and Article 2 (7) R. Higgins *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations* (1963); L. Sohn, "The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than States" 32 *AM. Rev.* 1 (1982).

14 For a detailed account of the growth of international human rights capacity through the United Nations see, P. Alston (ed), *The United Nations and Human Rights, a Critical Appraisal* (1992).

15 American Convention on Human Rights (Pact of San Jose) signed 22 November 1969 entered into force 18 July 1978; Charter on Human and Peoples' Rights adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986; European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed on 4 November 1950 entered into force 3 September 1953. For an excellent introduction to and further reading on regional protections systems, see Steiner and Alston *supra* note 11.

16 A Protocol to the African Charter providing for the establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights was adopted by the Organisation of African Unity on 10 June 1998. It has not yet come in force; O.A.U. Doc. CAB/LEG/TSG/rev.1.15.

these systems in enforcing state responsibility for violation along with United Nation treaty mechanisms, helped create a climate and following the end of the Cold War, in which the Vienna World Conference on Human Rights 1993 could confirm that “human rights is a legitimate concern of the international community.” The Declaration further urge states “to abrogate legislation leading to impunity for those responsible for grave violations of human rights such as torture and prosecute such violations, thereby providing a firm basis for the rule of law.”¹⁷

Recent developments in international criminal jurisdiction

The sudden surge of initiatives to establish international criminal responsibility, which we have witnessed in the last few years, would not have succeeded without the several decades of experience with international judicial accountability of states to international law for human rights violations. Nor would the prospects of bringing to justice those guilty of such violation, have been possible without the creation of a world opinion in favour of human rights values and democratic life.

The Security Council acting under Chapter VII of the Charter adopted the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in 1993 (ICTY) and the Statute for the International Tribunal for Rwanda in 1994 (ICTR).¹⁸ These *ad hoc* tribunals established in response to the atrocities in Bosnia-Herzegovina and the shameful genocide in Rwanda, gave impetus for an international conference to take action on the International Law Commission’s draft statute for a permanent international criminal court, completed in 1994.¹⁹ The conference convened in Rome and attended by 160 states adopted the Statute for the International Criminal Court (ICC).²⁰ The Statute, which has now been signed by one hundred and fifteen

states (including the United States) requires sixty ratifications before it comes into force. It is now entirely possible that we may see within a few years a permanent court exercising international criminal jurisdiction based at the Hague.²¹ The ICC will have jurisdiction over: “(a) The crime of genocide; (b), Crimes against humanity; (c) War crimes, and (d) The crime of aggression.”²² The Statute creates an office of a prosecutor who is required to act with independence at all times.²³

The ICC is without doubt the most significant development ever in the establishment of an international order that can respond to international crimes.²⁴ The ICTY and ICTR through their work, will lay an important foundation and legal experience of international criminal prosecution on which the ICC, when functioning, can draw upon.²⁵ The major contrast between the two *ad hoc* tribunals and the ICC is that the latter is designed to be complementary to national jurisdiction, whereas the former have primacy over national jurisdiction. This is intended to result in states that are parties to the Statute of the ICC having the duty to take the initiative in prosecuting those persons within their territory suspected of international crimes. The ICC is entitled to act only where the national judicial system is unwilling or unable to prosecute. This concept of complementary roles for international and national criminal law and tribunals echoes the structure of accountability of states for violation of international human rights guarantees. States are first obligated to prevent and then to remedy violation, including gross violation, within their jurisdiction and the individual may not seek to invoke international protection unless the state authorities have had an opportunity and failed to provide a remedy at home. The approach of the *ad hoc*

17 United Nations World Conference on Human Rights Vienna Declaration and Programme of Action, adopted 25 June 1993, reprinted in 32 ILM 1661 (1993), 14 HRLJ 352 (1993) paras. 4 and 60.

18 Security Council Res. 827 (1993) 25 May 1993, reproduced in 32 I.L.M. 1192 (1993); Security Council Res. 955 (1994) reproduced 33 I.L.M. 1602 (1994).

19 Draft Statute for an International Criminal Court, Report of the International Law Commission, GAOR 49th Session Supplement No.10 (1994).

20 UN Doc. A/CONF.183/9 17 July 1998 reproduced in 37 I.L.M. 999 (1998).

21 As of December 2000, 22 states have ratified the ICC Statute. New ratifications and developments are published on the Coalition for the ICC Home Page; <http://www.icc.org/icc>.

22 ICC Statute, Article 5.

23 Article 42.

24 M.H. Arsanijani, “The Rome Statute of the International Criminal Court” 93 A.J.I.L. 22 (1999).

25 D. Murphy, “Progress and jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia” 93 A.J.I.L. 57 (1999); V. Morris, M.P. Scharf, *The International Criminal Tribunal for Rwanda* (2 vols) (1998).

tribunals and the ICC statute, specifically towards crimes against humanity, will be referred to further below.

What are crimes against humanity?

Crimes against humanity are established as such in customary international law.²⁶ There is no single definition of the scope of all crimes against humanity as international crimes incorporated in a multilateral treaty. Instead there are a number of definitions ranging from the Nuremberg Charter which first invoked this category of crime, to the statutes of the Rwanda and Yugoslavia tribunals and the Statute of the International Criminal Court as well as the International Law Commission's draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind 1996.²⁷

The one crime against humanity which is treated separately and which has been given clear definition is that of genocide given in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948.

The Convention defines genocide as comprising the following elements:

1. An intent to destroy in whole or in part a national, ethnical, racial or religious group as such;
2. The commission of one of the following acts aimed at one such group, with the above intention:
 - Killing members of the group;
 - causing serious bodily or mental harm to members of the group;
 - Deliberately inflicting on the group conditions calculated to bring about its physical destruction;
 - imposing measures to prevent births in the group;
 - Forcibly transferring children of the group to another group.²⁸

26 See generally M.C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law* (1999) 2nd.

27 *Supra* note 7.

28 See Genocide Convention, Article 2.

The Convention was in many respects a political compromise, but it did confirm that genocide, whether committed in peace or in time of war, was a crime under international law and it imposed on signatories the duty to prevent and punish it.²⁹ What it did not do as already noted, was to establish an international tribunal to prosecute and punish this most serious of international crimes. Instead the possibility of an international tribunal being established was left open with the other basis of jurisdiction being that of the state where the act was committed. The ICTY, ICTR and the ICC statutes all include genocide within their jurisdiction as defined in the 1948 Convention.

When the concept of crimes against humanity were first used in the Nuremberg Charter it was confined to crimes arising from *international* conflict.³⁰ But it is now clear that it extends to acts committed in *non-international* conflict and indeed that it can be applied and can occur without reference to any conflict. An example might be a *coup d'état*.

The break in any required nexus between crimes against humanity and armed conflict international or non-international, was confirmed by the Appeals Chamber of ICTY in *Prosecutor v Tadic*:

... it is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed, customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all.³¹

The ICTR statute's definition of crimes against humanity requires no connection between armed conflict and any such offences.³² This important development has been confirmed by the definition of crimes against humanity in Article 7 of the ICC statute. Article 7 makes no reference to armed conflict. The

29 W. Schabas *supra* note 8.

30 Article 6 (c) Charter of the International Military Tribunal 5 U.N.T.S. 251.

31 Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No IT-94-I- AAR72, of 2 October 1995; I.L.M. Vol. 35 1996 p. 35.

32 Article 3.

definition is worth citing in full and is set out in the Appendix to this chapter.

The definition embraces the entire range of human rights violations including arbitrary killings, torture, disappearances, arbitrary detention, rape, and persecution. The definition requires that any such act to be classified as a crime against humanity must be committed “as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack.” Thus there remains a distinction between a human rights violation for example an individual being subjected to torture, and a crime against humanity. For that single act of torture to constitute a crime against humanity then it must be committed knowingly as part of a systematic *or* a widespread attack against a civilian population of which the victim is part. Further Article 7 defines an “attack directed against any civilian population” as one which means:

a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organisational policy to commit such attack.

It would be possible to prosecute on the basis of one act of torture or rape for example, provided either crime had occurred within the context and with the elements set out in Article 7. Thus the definition mirrors in substance the concept used in international human rights practice of gross or systematic violation.

One further issue to be considered is whether crimes against humanity require to be crimes committed by a state or can non-state agencies be held responsible? It is submitted that the best view at this stage of development, that groups who seek to exercise authority as government, in other words guerrilla groups and national liberation forces, can be held responsible for these international crimes.

Universal jurisdiction

The existence of a definition of the criminal responsibility that flows from the commission of gross and systematic human

rights abuse, in the statute of a future permanent international penal tribunal, is a heartening achievement. However, as pointed out above, we must not imagine that a new era of individual criminal accountability for gross violation of human rights will automatically be successful should the new international Criminal Court come into existence. The new court is a crucial part, but only a part of what will be necessary to establish an effective system of prosecution and punishment. States must be also prepared to enforce international criminal law through their own courts. No single international tribunal could deal with all of future cases in which persons are suspected of responsibility for crimes against humanity, genocide or war crimes. As noted, the Statute of the ICC states that its jurisdiction shall be **complementary** to national criminal jurisdiction. It shall have jurisdiction only when the national state, either the state on whose territory the crime occurred or the state of which the person accused is a national and which is a party to the Statute, is unable or unwilling to act.

Thus, apart from pressing states to ratify the ICC statute, the other task is to persuade states to take the necessary steps in their internal law that will enable them to exercise jurisdiction to punish individuals who are suspected of war crimes, crimes against humanity and other international crimes. The need in fact is to encourage states to take jurisdiction on a universal basis. A state must be prepared to act both with respect to international crimes that occur in its own territory or that occur outside its own territory. The rationale of such prosecutions is that the state is acting on behalf of the international community as a whole or in defence of international order. Universal jurisdiction rules require the state either to prosecute persons responsible for such crimes in their own courts or to extradite them to the courts of other states where requested. Universal jurisdiction as a principle is **wider** than the jurisdiction required by the ICC statute. While universal jurisdiction was sought for the Court, the compromise reached was jurisdiction based on nationality or where the conduct occurred on the territory of the state.³³ However apart from the requirements of the ICC statute, international law provides for states to exercise such

33 See Article 12 of the Statute of the International Criminal Court.

jurisdiction either on an obligatory or permissive basis, including in respect of crimes against humanity. The establishment of an effective international criminal law against gross violations of human rights requires the adoption of universal jurisdiction. For universal jurisdiction to be effective, all states need to adapt the necessary legislation. That means that the state is in a position to exercise jurisdiction over any suspect, who happen to be in its territory, no matter where the alleged crime occurs in the world and even if the suspects or the victims are not nationals of the state, or pose no direct threat to its national security.³⁴ The goal is that there should be no safe havens for the perpetrators of serious human rights violations.³⁵

Universal Jurisdiction and specific crimes against humanity

We may look briefly at the international crimes which international law either *requires* or *permits* states to exercise in such universal jurisdiction. In the case of genocide, there is a duty to prosecute and to prevent such crimes under both customary international law and under the Genocide Convention 1948.³⁶

In the case of war crimes and other grave breaches of the Geneva Conventions, there is equally a duty on all states to prosecute, at least in the case of breaches of the Geneva Convention where that state has ratified the Convention.³⁷

In the case of crimes against humanity as a general category, it is now accepted that under customary international law these are subject to *permissive* universal jurisdiction.³⁸

34 Latin American states have been distinctive in legislating for universal jurisdiction, for example Costa Rica. Other examples are Canada, Germany, France, Spain and Denmark. But few states have exercised the jurisdiction. Some examples are the Eichmann trial in Israel (1961) and the Klaus Barbie trial in France (1983) both related to Nazi persecution.

35 *Hard cases: bringing human rights violators to justice abroad. A guide to universal jurisdiction*, International Council of Human Rights (1999).

36 *Restatement (Third) the Foreign Relations Law of the United States, Section 404 (1987)*; N.S.Rodley *supra* note 3 at 123. Attorney General of the Government of Israel v Eichman 1961 36 ILR 5.

37 N. S. Rodley *supra*, note 2 at 121.

38 "...while no treaty requires the exercise of universal jurisdiction over perpetrators it may be assumed that such jurisdiction is permitted." N. S. Rodley *supra* note 2 at 125.

Human rights violations not reaching the threshold of crimes against humanity

It was noted above that to constitute a crime against humanity, conduct must reach a threshold of scale or be of a systematic nature to amount to this international crime. What does international law say of violations on a smaller scale? The direction is towards holding the individual criminally accountable on the basis of universal jurisdiction. It is the view of Professor Sir Nigel Rodley, that in the case of disappearances, (outside of international armed conflict or crimes against humanity) international law permits but does not require the assumption of criminal jurisdiction over an alleged perpetrator on the basis of universal jurisdiction.³⁹ However we can also note that the Inter-American Convention on Disappearances, appears to anticipate compulsory universal jurisdiction.⁴⁰ For the signatories of the Inter-American Convention there is a duty to extradite or to try whether the suspect is held for a single act or a large number of such acts. The Convention defines enforced disappearance as a crime against humanity.

Extra -legal executions

It is also the case that the protection of the right to life in international law permits acts of extra legal execution under international law, which fall below the threshold of crimes against humanity, genocide or war crimes to be tried by the state on the basis of universal jurisdiction. The UN Principles on Extra Legal Executions set out a requirement of universal jurisdiction in any case of such killing.⁴¹ However there is little or no state practice to draw upon.⁴²

39 N. S. Rodley, *supra* note 2 at 266.

40 Inter-American Convention on the Forced Disappearances of Persons, signed 9 June 1994, entered into force 28 March 1996, reprinted in 33 I.L.M. 1529 (1994).

41 Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions ECOSOC res. 1989/65, 24 May 1989.

42 N. S. Rodley, *supra* note 2, 198.

Torture

The clearest case of universal jurisdiction and indeed compulsory jurisdiction arises for states that have ratified the UN Torture Convention, or the OAS Convention against Torture. All states parties are required where a person is suspected of having committed torture to take jurisdiction. No matter where the act of torture occurred in the world the state must either try the suspect or extradite to a state willing to exercise criminal jurisdiction. If one includes the effects of this Convention on customary international law, of relevance to states which have not ratified the Torture Convention, torture, as an international crime, has achieved universal jurisdiction for a crime against humanity. This position was reinforced by the judgement of the ICTY Tribunal in *Prosecutor v Anto Furundziya*.⁴³ Confirming the *jus cogens* status of the prohibition on torture the Tribunal concluded:

*...at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the jus cogens character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treaty-making power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad. This legal basis for States' universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime. It has been held that international crimes being universally condemned wherever they occur, every State has the right to prosecute and punish the authors of such crimes.*⁴⁴

43 *Prosecutor v Anto Furundziya* Trial Court Decision, 10 December 1998; www.un.org/icty.

44 Para. 158.

The Pinochet litigation and immunities from jurisdiction

The extent to which the practice of torture has become an international crime was dramatically shown by the Pinochet legal proceedings in Spain and England and now in Chile. Central to the English proceedings has been the claim by the former dictator of Chile to immunity from prosecution based on his status as a former head of state. One vital issue for the exercise of universal jurisdiction by an international tribunal or by national courts concerns a claim of state immunity invoked by state officials. If the central aspect of the definition of crimes against humanity is that they are widespread or systematic, then where they are directed by the Head of State or senior military or police command, a successful claim of immunity from prosecution would render the exercise of jurisdiction futile.

The long established rules of international law have held that a foreign state cannot be sued or prosecuted before the courts of another state.⁴⁵ This extended to high state officials, diplomats, heads of state and former heads of state. This principle of state immunity is essentially a reflection of the doctrine of sovereignty. Developments in international law and national practice had led to the principle becoming a qualified principle. Thus whereas originally the principle applied to even commercial activities of state owned or controlled agencies, that is no longer automatically the case. Government agencies engaged in international commercial activities can be sued in foreign courts.⁴⁶

The developments of the 1990s in respect of international crime have qualified the principle further. It is first to be noted that the tribunals established by the Security Council, the Tribunals on Yugoslavia and Rwanda, make no exception for the official status of persons alleged to be responsibly for crimes under their jurisdiction. The ICTY by its statute and the Rwanda Tribunal makes clear that individual criminal

45 *The Schooner Exchange v Mc Fadden*, 7 Cranch 116 (1812); M. Shaw, *International Law* 491-9 (1997) 4th ed.

46 I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 354 (1990) 4th ed.

responsibility extends to a serving head of state as well as head of government. Indeed, in December 1998 in *Prosecutor v Furundzija* the ICTY stated that the provisions of the statute - Article 7 (2) is “indisputably declaratory of customary international law.”⁴⁷

An extraordinary example has arisen with the indictment by the ICTY of Slobadan Milosevic for crimes against international law committed by Yugoslav forces in Kosovo between January and May 1999. When indicted, on 24 May 1999, he was serving Head of State of the Former Republic of Yugoslavia. He was then defeated in the federal presidential elections in October 2000. The prosecutor, in her application for an arrest warrant, noted that the indictment represented the first in the history of the Tribunal, “to charge a Head of State during an ongoing conflict with the commission of serious violations of international humanitarian law.”⁴⁸ The ICTY prosecutor, has since visited Belgrade to press the new democratic authorities to execute re-issued warrants for his appearance at the Tribunal.⁴⁹

The International Criminal Court statute is explicit in providing that official capacity will not be barrier to its jurisdiction.

Article 27 reads as follows,

This statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular official capacity as Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility or constitute a ground for reduction of sentence.

It was the principle of state immunity from prosecution for gross violations of human rights including his alleged responsibility for largescale torture, killings and disappearances when he was Head of State, that Senator Augusto Pinochet advanced in London courts to contest his extradition to Spain. Some 15 British judges considered the request for extradition from the Spanish prosecutor Judge Baltasar Garzón, and Senator Pinochet’s, claim to immunity as an ex-head of State in three different hearings in 1999. The final court to consider his objection, the House of Lords, by six votes to one to reject it.⁵⁰ The legal principle in the case is based on an interpretation of the definition of torture in the UN Torture Convention.⁵¹ That Convention defines torture as having been inflicted “by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity.”⁵² Pinochet’s lawyers conceded he was a public official at the relevant times. The Court held that this clause referred to all public officials. Therefore it was not open to Senator Pinochet to claim immunity. The Convention had removed the immunity of all public officials or at least those who were former Heads of State for acts of torture. However, the majority determined that as regards the extradition, under United Kingdom law it was only possible to extradite for such acts of torture that were alleged to have occurred after the ratification of the Convention by the United Kingdom, that is after 29 September 1988.

In the event Senator Pinochet was not extradited to Spain. In March 2000, the Home Secretary in circumstances of controversy accepted medical opinion that he was unfit to stand trial. He was permitted to leave Britain and return to Chile. His medical condition has also been central to the possibility of a criminal prosecution in Chile, which remains in doubt. However he has been formally interrogated by the prosecutor over his role in the so-called “caravan of death” a grisly episode after the coup in 1973, when a military unit

47 Prosecutor v Anto Furundziya Trial Court Decision 10 December 1998; www.un.org/icty.

48 ICTY Press Release, 27 May 1999.

49 See Press Release, “Milosevic and Other Cases Warrants of Arrest Re-Issued to the Federal Republic of Yugoslavia,” ICTY, The Hague, 23 January 2001.

50 R. Bow Street Magistrate, ex parte Pinochet [1999] 2 W.L.R. 827; 38 I.L.M. 581 (1999).

51 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, 1984.

52 Convention against Torture Article 1.

toured the country's jails removing and killing some 75 prisoners.⁵³

While the focus has been on the extradition proceedings in London it should be re-called that the prosecution brought against Pinochet was a Spanish initiative. Further, that initiative did not begin with the Spanish political or judicial authorities (who in fact opposed it) but with civil society institutions. It had been the pressure of citizens of Chile that began this affair. Under a Spanish-Chilean convention of 1958, on dual citizenship, any Chilean, whether resident in Spain or not, can file a suit in a Spanish court. One such action is the "popular action" in Article 101 of *Ley de Enjuicimiento Criminal* (14 September 1992). Thousands of Chilean citizens in the *Asociación de Familiares de Detenidos Desparecidos*, as well as Spanish citizens, were instrumental in initiating the Pinochet proceedings in Spain. Indeed these proceedings began as an investigation of both crimes against Spanish citizens in Argentina by the military *Junta* in Argentina between 1976 and 1983 to which the investigation of the Chilean *Junta* for crimes between 1973 and 1990 were added. It is note worthy for the legitimacy of this case and the developing pressure to end impunity that we are able to say that it was the victims and the relatives of victims who were the source of the pressure that brought Senator Pinochet to account.⁵⁴ In respect of the Spanish courts it is to be noted that they had accepted that they had jurisdiction to try Senator Pinochet on the basis of universal jurisdiction recognised in Spanish Law, for certain international crimes including torture and genocide.

Implications of the Pinochet case

The final judgement of the English court is narrow in its scope, as well as confusing and uncertain in its reasoning.⁵⁵ It

53 *Guardian Newspaper*, London 27 January 2001.

54 For the background to the Spanish case, see *Derechos* Human Rights Report 11 November 1998; <http://www.derechos.net/marga/papers/spain/html>.

55 C. M. Chinkin, "Casenote on Pinochet No.3" 93 A.J.I.L. 703 (1999); N. S. Rodley "Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violations of Human Rights: The Pinochet Case in Perspective" 69 *Nordic Journal of International Law* 11-26 (2000); T. Barker, "The Future of Former Head of State Immunity after *ex parte Pinochet*," 48 I.C.L.Q. 937 (1999).

is unlikely to become an influential international precedent despite its result.⁵⁶ It is nevertheless one further step along the road of establishing criminal accountability of high officials for human rights abuses before national and international law. Those in positions of power who are responsible for crimes against humanity, can understand its implications for them even if they do not understand the legal arguments. The decision also underlines the necessity, already discussed, that states should ensure that their internal law is changed to accommodate the exercise of criminal jurisdiction for international crimes and that such legislation consistent with international law denies any ground for immunity in respect of such crimes. Such legislation is required by existing international law customary law and by treaty where states are required or permitted to exercise extra-territorial jurisdiction. It is equally an obligation on ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court in respect of the complementary jurisdiction required by the Statute in the prosecution and punishment of international crimes.

State responsibility and criminal responsibility

As argued at the outset the established jurisdiction of international human rights judicial mechanisms, especially the regional mechanisms, need to be thought of as complementary to the developing international criminal jurisdiction in ensuring accountability for breach of the rules of international human rights law. Such jurisdiction can be regarded perhaps as the equivalent to civil jurisdiction at the national level, which typically is closely linked to criminal jurisdiction in the vindication of rights. This is particularly the case in respect of situations of gross violation of rights, situations that in terms of the widespread and systematic nature of the violation would justify the prosecution of individuals suspected of ordering or executing such acts for crimes against humanity. The relationship, then, between global and regional international human rights mechanisms and prevention of crimes against humanity

56 Thus, the House of Lords appeared to rule out the possibility of universal criminal jurisdiction in customary international law applying to murder and disappearances; see N. S. Rodley *supra* note 2.

is clear. The fulfilment of human rights commitments by states is the best guarantee that there will not be the extreme abuse of power, which leads to crimes against humanity.

Both the Inter-American and the European Conventions have had to respond in individual applications to situations of gross violation in particular countries. Such applications have resulted in state responsibility for the violation of these Conventions being established. Individual victims can receive compensation or restitution. But the machinery can do more than offer justice to the individual. It can identify the changes needed to stem impunity, in particular the duty on the violating state to investigate and prosecute the state agents responsible. It can also specify the changes needed in national laws and practices that are incumbent on that state to safeguard against further abuses.

Perhaps the most important contribution of the Inter-American jurisprudence over many years, and recently also the European cases, has been to focus on the importance of adequate and effective remedies, in particular effective use of the criminal law, to counter impunity for gross violation of human rights.

In *Velásquez Rodríguez*, the Inter-American Court in the context of enforced disappearances stated:

*The State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation.*⁵⁷

The European Court has spoken in similar terms. Thus in *Yasa v Turkey* the Government sought to argue that civil remedies available to the victims of violation of the right to life were adequate and effective:

*...the investigation, which the Contracting states are obliged by Articles 2 and 13 of the Convention to conduct in cases of fatal assault, must be able to lead to the identification and punishment of those responsible. As the Court has previously held, these obligations cannot be satisfied merely by awarding damages. Otherwise, if an action based on the states strict liability were to be considered a legal action that has to be exhausted in respect of complaints under Article 2 or 13 the States obligations to seek those guilty of fatal assault might thereby disappear.*⁵⁸

But the capacity and willingness of the regional human rights courts to address the lines of high level responsibility that may be responsible for gross violation needs to be further developed.⁵⁹

It is not the responsibility of such courts to fix individual criminal responsibility but it can and should be possible, in the investigation of individual complaints, to name names, to identify at what level of the chain of command, authorisation or toleration of practices of gross violations occurred. The new possibilities of prosecution of the individual public official, whether high or low in the state, will hopefully encourage the regional human rights courts to examine state responsibility for gross violation in terms of individual responsibilities of such officials. It then falls to the state to investigate and to prosecute those responsible.

Conclusion

The international criminalisation of gross human rights violation and the use of enforcement mechanisms through regional human rights machinery, are different approaches to the same goal of accountability. Is it appropriate to term these the civil and criminal international approaches?⁶⁰ Whether such classification is appropriate or not, both can play an

⁵⁷ Judgement of 29 July 1998 Series C No.4 para. 174 & 184.

⁵⁸ *Yasa v Turkey*, European Court of Human Rights judgement of 2 September 1998, para. 74.

⁵⁹ K. Boyle, F. Hampson, A. Reidy, "Litigating Gross Violation of Human Rights Under the European Convention on Human Rights –the Case of Turkey–" 15 NQHR 161-73 (1997).

⁶⁰ See the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility which develop the concept of international delicts and international crimes: *Yearbook of the International Law Commission* (1976) Chapter III B, Draft Articles on State Responsibility article 19. A/ CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part 2).

important part in the overall effort to achieve global implementation of common human rights standards through the rule of law and to ensure an end the era of impunity for crimes against humanity.

Appendix

Rome Statute of the International Criminal Court

Article 7

Crimes against humanity

1. For the purpose of this Statute, “crime against humanity” means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- (c) Enslavement;
- (d) Deportation or forcible transfer of population;
- (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law;
- (f) Torture;
- (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;
- (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;
- (i) Enforced disappearance of persons;
- (j) The crime of apartheid;
- (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering or serious injury to body or to mental or physical health.

2. For the purpose of paragraph 1:

- (a) “Attack directed against any civilian population” means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack;
- (b) “Extermination” includes the intentional infliction of conditions of life, *inter alia* the deprivation of access to food and medicine, calculated to bring about the destruction of part of a population;
- (c) “Enslavement” means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children;
- (d) “Deportation or forcible transfer of population” means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law;
- (e) “Torture” means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions;
- (f) “Forced pregnancy” means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy;
- (g) “Persecution” means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;
- (h) “The crime of apartheid” means inhumane acts of a character similar to those referred to in paragraph 1, committed in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups and committed with the intention of maintaining that regime;
- (i) “Enforced disappearance of persons” means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, a State or a

political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time.

3. For the purpose of this Statute, it is understood that the term “gender” refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term “gender” does not indicate any meaning different from the above.

LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Douglass Cassel

En cierto sentido, la lucha de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la impunidad abarca todas las labores de estos órganos. Sin embargo, sus logros más relevantes resultan de su elaboración jurisprudencial –a partir de 1986¹– de los siguientes temas relacionados con las serias violaciones de los derechos humanos²:

1 El desarrollo hasta 1996 fue analizado por este autor en un trabajo previo, “Lecciones de las Américas: Lineamientos para una Respuesta Internacional ante la Amnistía de Atrocidades”, 24 *Revista IIDH* 277 (1996), también publicado en inglés, “Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities”, 59 *Law & Contemporary Problems* 197 (1996). El ensayo actual incorpora partes de ese análisis.

2 Para los fines de este trabajo “serias” violaciones a los derechos humanos significa: violaciones cometidas por o con el consentimiento o con la tolerancia de los estados o por insurgencias organizadas, que cobren vidas o pongan en peligro la integridad física o mental de seres humanos y se realicen a través de actos que sean considerados criminales por el derecho nacional o internacional. Algunos ejemplos serían las masacres de civiles, asesinatos políticos, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura, violación o asalto sexual y detención prolongada en condiciones inhumanas. Para una definición similar, véase *Caso Barrios Altos*, Sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41 y el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 13. Con esto no se pretende denigrar la importancia de otros derechos tales como el derecho a votar, la libertad de expresión y asociación y el derecho a la no discriminación. Simplemente se refleja el interés de este artículo por las violaciones a los derechos humanos cometidas mediante graves conductas criminales. Este concepto es análogo al de “serias” violaciones del derecho humanitario internacional que se inició por el mandato del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia [C.S.Res. 808, N.U. SCOR, 48th Year, reunión 3175 página 1, N.U. Doc. S/ RES/808 (1993)] y al concepto semejante del Estatuto de la Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF. 183/9, corregido por los *procés-verbaux* del 10 de noviembre de 1998 y del 12 de julio de 1999, artículos 1 (crímenes “más graves”) y 17.1.d (“gravedad suficiente”). Para que una violación sea “seria” no es necesario que sea un crimen de lesa humanidad, lo cual requiere que el crimen sea “generalizado o sistemático”. *Ibidem.*, artículo 7.1.

- (1) *La verdad*: el derecho, tanto de los sobrevivientes como de la sociedad, de conocer la verdad sobre las violaciones, incluyendo las identidades de los violadores.
- (2) *Deber estatal*: el deber de los estados de investigar, procesar y, en su caso, condenar y sancionar apropiadamente las violaciones.
- (3) *Derecho de víctimas y familiares*: su derecho de acceder a la justicia, no solo para demandar la verdad y reparaciones, sino también para que se sigan procesos penales para investigar y castigar las violaciones, e incluso participar en ellos.
- (4) *Condena explícita de la impunidad*: un reconocimiento explícito de que la impunidad atenta contra los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho.
- (5) *Prohibición de amnistías*: la prohibición impuesta por el derecho internacional –y en especial por la Convención Americana sobre Derechos Humanos³– de leyes nacionales que pretenden otorgar amnistías para las violaciones.
- (6) *Control de defensas*: la negación de varias defensas de la impunidad pretendidas por los Estados.
- (7) *Revisión de procesos*: la facultad de los órganos interamericanos de revisar los procesos penales formales en los estados, para evaluar –y en su caso restar validez– a los procesos que no sean serios.
- (8) *Ordenes internacionales*: las resoluciones y sentencias que ordenan a los estados que investiguen, procesen y, en su caso, condenen y castiguen apropiadamente las violaciones y las que dejen sin efecto leyes de amnistía.
- (9) *Otros tratados*: la extensión de esta jurisprudencia –fundamentada principalmente en la Convención Americana– a

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, OEA Serie de Tratados número 36, OEA/Ser.L/V/11.23 doc. 21 rev. 2.

otros pactos interamericanos sobre violaciones serias de los derechos humanos.

- (10) *Jurisdicción universal*: pactos que la autorizan y la recomendación de la Comisión de que los estados ejerzan la jurisdicción universal en casos de crímenes internacionales.
- (11) *Asilo político*: la recomendación de la Comisión de que los estados se abstengan de otorgar asilo a los presuntos responsables de crímenes internacionales.
- (12) *Corte penal internacional*: la recomendación de la Comisión de que los estados firmen el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el que ya ha sido suscrito por la gran mayoría de estados americanos.

El resultado de este desarrollo jurisprudencial por la Comisión y la Corte Interamericana es la doctrina más restrictiva de la impunidad de todo el sistema internacional de los derechos humanos. Mientras los políticos y expertos académicos siguen debatiendo la conveniencia de las amnistías para proteger la paz y las nuevas democracias⁴ y la jurisprudencia tanto del sistema de las Naciones Unidas como del Consejo de Europa queda menos clara, la jurisprudencia interamericana –fruto de una experiencia larga y trágica, combinada con una oportunidad nueva y esperanzadora– se ha consolidado en contra de la impunidad, sea *de hecho* o sea en forma de leyes tales como los decretos de amnistía. Aún cuando el sistema interamericano reconoce la utilidad de combatir la impunidad por diversos

4 E.g., compárese Juan Méndez, “In Defense of Transitional Justice”, en A. James Mc Adams, ed., *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies* (1997) 1; Diane F. Orentlicher, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, 100 *Yale L.J.* 2537 (1991); y Jaime Malamud-Goti, “Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?”, 12 *Human Rts. Q.* 1 (1990); con José Zalaquett, “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints”, en *State Crimes: Punishment or Pardon* (Aspen Institute, 1989), pp. 23, 26-65, reimpresso en Kritz, nota 44 abajo, vol. I p. 3; José Zalaquett, “Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations”, 43 *Hastings L.J.* 1426 (1992); Michael Scharf, “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court”, 32 *Cornell Int’l L.J.* 507 (1999); Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence* (1998).

métodos⁵, ya parece insistir en la imperiosidad de la justicia penal –investigación, enjuiciamiento y, en su caso, condena penal y castigo severo– en la respuesta estatal a la impunidad para serias violaciones a los derechos humanos.

¿Hasta dónde llega esta doctrina? ¿Es absoluta, sin excepción alguna? ¿No permite ni siquiera un esquema al estilo sudafricano, que pretende aprovecharse de una amnistía restringida para efectos de buscar y divulgar la verdad, de otra manera desconocida?

Hasta ahora no hay Estado americano que haya seguido el modelo sudafricano. Mas aún, hay quienes lo critican fuertemente por imposibilitar la justicia en casos determinados⁶. Por tales razones y también porque a estas alturas la Corte Interamericana no ha enfrentado el tema de la amnistía tan ampliamente como la Comisión –la Corte sí ha rechazado las auto-amnistías, tales como la de Fujimori–, todavía se desconocen los alcances máximos y teóricos de la doctrina interamericana contra la impunidad.

A pesar de esta cuestión pendiente, la retórica fuerte y coherente, tanto de la Corte como de la Comisión, ha sido clara: la impunidad para las serias violaciones a los derechos humanos, en toda la diversidad de formas en que la han sufrido los pueblos de las Américas, viola tanto los deberes de los estados como los derechos de las víctimas, consagrados en el pacto regional de derechos humanos. No obstante que en gran medida en la realidad continúa la impunidad, un primer paso –nada fácil de lograr y nada menos que lo esencial para la dignidad humana– se ha dado: el derecho interamericano formalmente condena la impunidad. Tal logro servirá para fortalecer la

5 La impunidad penal o civil, que constituye el enfoque de este trabajo, no necesariamente debe significar impunidad ante toda consecuencia legal o moral. Por ejemplo, altos oficiales militares y comandantes rebeldes en El Salvador fueron públicamente señalados como responsables por asesinatos políticos y ejecuciones extrajudiciales por la Comisión de la Verdad. Véase, *De la Locura a la Esperanza: La Guerra de 12 Años en El Salvador*, Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, N.U.Doc. S/25500 (1993), página 188.

6 Para análisis pensativos y valoraciones distintas de la amnistía en Sudáfrica, véase, e.g., John Dugard, “Retrospective Justice: International Law and the South African Model”, en McAdams, nota 4 arriba, p. 269; Robert Rotberg y Dennis Thompson, *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions* (2000).

conciencia pública, política y jurídica en contra de la impunidad, sentando bases para su conversión paulatina en la realidad.

En las partes siguientes de este trabajo se analiza la jurisprudencia interamericana sobre los temas arriba señalados. Antes de concluir, en una parte penúltima se comenta brevemente la doctrina de la ONU y la jurisprudencia del sistema europeo.

A. La verdad

El primer acercamiento de la doctrina interamericana al tema de la impunidad se produjo en 1986. Después del retorno de la democracia a Argentina, la Comisión Interamericana publicó directrices generales sobre la responsabilidad de los gobiernos democráticos de investigar y remediar las violaciones de derechos humanos bajo regímenes anteriores⁷. Además de pronunciarse en contra de las “auto-amnistías”⁸, la Comisión advirtió que tanto la sociedad como las familias de las víctimas tienen el derecho de conocer la verdad⁹.

“Toda sociedad –declaró la Comisión– tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro...”¹⁰.

“A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos”¹¹.

7 1985-86 *Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (de aquí en adelante, “CIDH”) 204-05 (1986), en la sección “Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los Derechos Humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Ibidem.*, página 203.

8 Véase la parte E abajo.

9 1985-86 *Informe Anual CIDH*, página 205.

10 *Ibidem.*

11 *Ibidem.*

A lo largo de los 15 años posteriores, la Comisión ha mantenido ese doble enfoque –un derecho tanto colectivo como particular– de conocer la verdad. La Corte también ha reconocido el derecho de los familiares de conocer la verdad acerca de sus seres queridos que hayan sido víctimas, pero la Corte aún no ha opinado sobre el derecho de la sociedad¹².

Mientras tanto, la Comisión ha fortalecido los derechos colectivos y particulares a la verdad, por análisis de sus bases jurídicas: “surgen fundamentalmente” del deber estatal de garantizar el ejercicio de los derechos humanos y de prevenir las violaciones futuras (artículo 1.1 de la Convención Americana); el derecho de acceder a la justicia (artículo 8.1); el derecho a la protección judicial (artículo 25); el derecho de buscar y de recibir información (artículo 13); y el derecho a la reparación de violaciones, “en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición”¹³.

12 *Caso Durand y Ugarte*, Sentencia de 16 de agosto de 2000 (fondo), Corte Interamericana de Derechos Humanos (de aquí en adelante “Corte IDH”), Serie C número 68, párr. 143; *Velásquez*, nota 17 abajo, párr. 181; *Caso Bámaca Velásquez*, Serie C, número 70, Sentencia del 25 de noviembre de 2000 (fondo), párr. 200-01; *Barrios Altos*, nota 2 arriba, párrs. 45-49. En el *Caso Bámaca*, dos jueces opinaron que el derecho a la verdad corresponde tanto a la sociedad como al individuo. Voto Razonado del juez A.A. Cançado Trindade, párr. 30; Voto Razonado Concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 18, 22. Por otro lado un juez opinó que el derecho a la verdad es “esencialmente moral”. Voto Razonado Concurrente del juez Hemán Salgado Pesantes. En su criterio, “[L]a axiología o estimativa jurídica tiene que construir una sólida doctrina que permita insertar el derecho a la verdad dentro de las normas positivas y, al mismo tiempo, determinar hasta donde debe y puede ser aplicado un derecho semejante”. Por su parte el juez García Ramírez observó, “Esta es la primera vez que la Corte se refiere explícitamente al derecho a la verdad, ... La novedad que la Sentencia aporta en este punto pudiera conducir a mayor exploración en el porvenir, ...” Voto Razonado Concurrente, párr. 22.

La parte dispositiva de la sentencia de la Corte, tanto en *Bámaca*, párr. 230.8, como en los casos del Tribunal Constitucional, Serie C, número 71, Sentencia del 31 de enero de 2001 (fondo), párr. 130.4, y de *Barrios Altos*, párr. 51.5, ordena que el Estado no solamente investigue para determinar las personas responsables de las violaciones, sino también que deba “divulgar públicamente” los resultados de la investigación. Tal orden podría parecer un reconocimiento del derecho de la sociedad a la verdad; de otro modo, bastaría que los familiares de las víctimas, y no el público entero, conozcan los resultados de las investigaciones. Sin embargo, también puede analizarse en el sentido de una medida de reparación moral a las víctimas, y no como expresión de un derecho colectivo a la verdad.

13 *Caso de Monseñor Oscar Romero*, caso 11.481, informe 37/00 de 13 de abril de 2000, CIDH, párr. 142 y 148; *Caso de Ignacio Ellacuría et al.*, caso 10.488, informe 136/99 de 22 de diciembre de 1999, CIDH, párr. 223-25, 228; véase en general el *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110/doc.52, 9 de marzo de 2001, párrs. 20-28.

Además se ha precisado el alcance del derecho, es decir, es el “que tienen toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos, ...”¹⁴. En casos de asesinatos y desapariciones, se incluye “el derecho de los familiares de las víctimas a conocer el destino de éstas y, en su caso, el paradero de sus restos”¹⁵.

El derecho a la verdad tiene miras tanto al pasado como al futuro. En ese sentido la Comisión ha hecho suyas las palabras del expresidente de la Corte Interamericana, doctor Pedro Nikken:

“... [E]l descubrimiento de la Verdad, ... cumple por lo menos, una doble función. En primer término, sirve para que la sociedad conozca, objetivamente, lo ocurrido ..., que se traduce en una suerte de catarsis colectiva. En segundo lugar, contribuye a crear una conciencia colectiva sobre la necesidad de impedir la repetición ... y muestra a quienes son capaces de incurrir en [violaciones] ... que ... no son inmunes a que se les reconozca públicamente como responsables ...” Así tiene una “función preventiva de no poca utilidad en un proceso de construcción de la paz y de transición hacia la democracia”¹⁶.

En el *Caso Barrios Altos*, nota 2 arriba, párr. 48, la Corte falló que el derecho a la verdad, “en las circunstancias del presente caso” se encontró “subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. El juez García Ramírez aclaró que la Corte “no ha rechazado la posibilidad de que se invoque el derecho a la verdad al amparo del artículo 13”, sino que en las circunstancias del caso, “similares a otros planteados anteriormente al Tribunal”, el derecho se encontró subsumido en los derechos garantizados por los artículos 8 y 25. Voto Concurrente del juez García Ramírez, párr. 8.

Los textos de los artículos referidos de la Convención Americana se citan en las partes B y C en adelante.

14 *Caso Romero*, nota 13 arriba, párr. 148; *Caso Ellacuría*, nota 13 arriba, párr. 228; véase también *Barrios Altos*, nota 2 arriba, párr. 48 (“esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes”).

15 *Caso Durand y Ugarte*, nota 12 arriba, párr. 143.

16 *Caso Romero*, nota 13 arriba, párr. 149, nota 149, citando a Pedro Nikken, “El Manejo del Pasado y la Cuestión de la Impunidad en la Solución de los Conflictos Armados de El Salvador y Guatemala”, en Secretaría de la Corte IDH, *Liber Amicorum - Héctor Fix-Zamudio* (1998), Vol. I, página 149.

B. Deber estatal

El primer fallo de la Corte relacionado con la impunidad se produjo en 1988 en el caso *Velásquez Rodríguez*¹⁷ sobre las desapariciones forzadas en Honduras. La sentencia de la Corte encontró un patrón de impunidad *de facto* (de hecho) a principios de los ochentas, que incluía repetidas fallas en las peticiones de *habeas corpus* y procedimientos penales para localizar y proteger a las víctimas de desapariciones¹⁸. La Corte concluyó que los remedios judiciales hondureños eran tan “ineficaces” que no era necesario agotarlos antes de recurrir al sistema interamericano¹⁹.

La Corte también decidió que este patrón de impunidad violó el deber de Honduras –bajo el artículo 1.1 de la Convención Americana– de “garantizar” el libre ejercicio de los derechos humanos²⁰. La Corte interpretó esto imponiendo al Estado el “deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones ... a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”²¹.

Ese deber no se fundamentó directamente en los derechos de las víctimas a la justicia, sino en el deber estatal de garantizar sus derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad. Esta distinción entre deber y derecho, como fundamento jurídico para la necesidad de sancionar a los violadores de los

derechos humanos, es más que teórica; bajo el tratado comparable de la ONU²², por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha resuelto que las víctimas no tienen derecho a los enjuiciamientos penales de personas particulares, aún cuando sí tienen derecho a la investigación y a la reparación²³.

Desde aquel entonces la Corte ha reiterado el deber de los estados –bajo el artículo 1.1 de la Convención– de investigar, identificar y sancionar a los responsables²⁴. Además sus interpretaciones de la Convención han elaborado una serie de deberes estatales adicionales. Entre ellos están los deberes de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial²⁵; el de “satisfacer esas justas expectativas [de los familiares a conocer el destino y paradero de las víctimas de asesinatos y desapariciones] por los medios a su alcance”²⁶; el de “evitar y combatir la impunidad”²⁷; el de “investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos”²⁸ y el de “adoptar las

17 *Velásquez Rodríguez*, 1988 Informe Anual Corte IDH 35 (1988) [en adelante “Velásquez”]. Fueron tres los casos hondureños de desaparición, pero para este artículo están tratados como un solo caso. La opinión de la Corte en el segundo caso, *Godínez Cruz*, 1989 Informe Anual Corte IDH 15 (1989), es casi idéntico al caso *Velásquez*. En el tercer caso, *Fairén Garbí*, id. página 71, 108-110, párr. 156-61, la Corte decidió que no existía prueba suficiente de la responsabilidad de Honduras debido a la posibilidad de que las víctimas hubieran sido desaparecidas en un país vecino.

18 *Velásquez*, página 47-53 párr. 50-81.

19 *Ibidem.*, página 53 párr. 81.

20 El artículo 1.1 dice, en parte, lo siguiente: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...”

21 *Velásquez*, nota 17 arriba, página 74 párr. 174.

22 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, A.G. Res. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR Supp. (número 16) 52, N.U. Doc. A/6316 (1966).

23 *Hugo Rodríguez v. Uruguay*, Comm. número 322/1988, Observaciones del 19 de julio de 1994, página 7 párr. 6.4 y 12.2-12.4, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/322/1988 (1994) (sobre la amnistía uruguaya). Pero el hecho de que las víctimas carecen de derechos para procesar, no significa que los estados no tengan el deber de procesar por iniciativa propia: “El Comité reafirma su posición de que las amnistías que protegen violaciones graves a los derechos humanos y legislación tal como [la ley de amnistía de Uruguay], son incompatibles con las obligaciones de los Estados Partes consignadas en el Convenio. El Comité hace notar con profunda preocupación que la adopción de esta ley excluye en un número de casos la posibilidad de investigar abusos pasados de derechos humanos y por eso impide al Estado parte cumplir con la responsabilidad de proveer remedios efectivos para las víctimas de esos abusos. Además, el Comité está preocupado de que, al adoptar esta ley, el Estado parte haya contribuido a una atmósfera de impunidad que pueda minar el orden democrático y dar nacimiento a otras violaciones graves a los derechos humanos”. *Ibidem.*, párr. 12.4 (sin nota de pie de página).

24 E.g., *Caso Loayza Tamayo*, Serie C número 42, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones, párr. 70; *Caso Castillo Páez*, Serie C. número 43, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones, párr. 107 (deber de investigar, procesar y evitar la impunidad).

25 *Loayza Tamayo*, nota 24 arriba, párr. 169; *Castillo Páez*, nota 24 arriba, párr. 106; véase la parte C abajo para análisis de estos derechos.

26 *Durand y Ugarte*, nota 12 arriba, párr. 143; véase también *Velásquez*, nota 17 arriba, párr. 181.

27 *Caso Blake*, Serie C número 48, Sentencia de 22 de enero de 1999, Reparaciones, párr. 64; *Caso Paniagua Morales*, Serie C número 37, Sentencia del 8 de marzo de 1998 (fondo), párr. 173.

28 *Caso Blake*, nota 27 arriba, párr. 61.

disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación (artículo 2 de la Convención Americana)”²⁹.

Asimismo la Corte no contempla excepciones a los deberes de investigar y sancionar a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos. Tales obligaciones corresponden al Estado “siempre” que haya violación³⁰; se aplican a “toda violación”³¹.

C. Derechos de las víctimas y de sus familiares

Las armas jurídicas interamericanas contra la impunidad cuentan no solo con los deberes de los estados, sino también con los derechos de las víctimas y de sus familiares. Así interpreta la Corte el artículo 8.1 de la Convención Americana –que garantiza el acceso a la justicia³²– y el artículo 25 –sobre el derecho a la protección judicial³³–, ambos en su “relación” entre

29 *Caso Loayza Tamayo*, nota 24 arriba, párr. 171; *Caso Blake*, nota 27 arriba, párr. 65; *Caso Suárez Roseo*, Serie C número 44, Sentencia de 20 de enero de 1999, Reparaciones, párr. 80; véase también *Caso Durand y Ugarte*, nota 12 arriba, párr. 143; *Ellacuría*, nota 13 arriba, párr. 210-17; *Barrios Altos*, nota 2 arriba, párr. 43 (deberes estatales conforme a los artículos 1.1, 2, 8 y 25). El artículo 2 de la Convención dice: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

30 *Suárez Roseo*, nota 29 arriba, párr. 79.

31 *Caso Villagrán Morales* (los niños de la calle), Serie C número 63, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, (interpretación de la sentencia de fondo), párr. 225; véase también *Velásquez*, nota 17 arriba, párr. 176.

32 El artículo 8.1 de la Convención dice: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, por un juez competente, independiente e imparcial, dentro de un plazo razonable establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

33 El artículo 25 dice:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen: (a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; (b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y (c) a garantizar el

sí y con el artículo 1.1 sobre el deber del Estado de garantizar estos derechos³⁴.

Aún cuando el alcance del artículo 8.1 fuera debatible en un inicio³⁵, la Corte ya resolvió, por medio de interpretación de la Convención, que esta garantía de acceso a la justicia “confiere a los familiares ... el derecho a que [la] desaparición y muerte sean debidamente investigadas por las autoridades ...; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios ...”³⁶.

cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

34 *E.g.*, *Durand y Ugarte*, nota 12 arriba, párr. 130 (artículo 8.1 “en conexión con” artículo 25); *Blake*, nota 27 arriba, párr. 63 (artículo 8.1 “guarda relación directa con el artículo 25 en relación con el artículo 1.1”); *Loayza Tamayo*, nota 24 arriba, párr. 169 (artículo 25 “en relación con” artículo 1.1; artículo 25 “guarda relación” con artículo 8.1); *Barrios Altos*, nota 2 arriba, párr. 43 (artículos “8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2”).

35 En los casos de 1992 sobre las amnistías de Uruguay y Argentina (véase la discusión en la parte E abajo), la Comisión opinó que al menos en aquellos estados que permiten a las víctimas participar en procedimientos penales, el artículo 8.1 garantiza el derecho de las víctimas a participar en el proceso. *Hugo Leonardo et al.*, casos números 10.029 *et al.*, 1992-93 *Informe Anual CIDH* 162, párr. 35-46; *Alicia Consuelo Herrera et al.*, casos nos. 10.147 *et al.*, *ibidem*. 42, párr. 32-37. Uruguay disputó que el derecho a un juicio imparcial bajo el artículo 8.1 protege solo a los acusados y no a las víctimas y familiares. *Leonardo*, página 167 párr. 24. La Comisión rechazó esta contención, por lo menos para los estados como Uruguay que permiten a las víctimas participar como un derecho en los procedimientos penales. *Ibidem.*, páginas 170-71 párrs. 39-46. En el caso de Argentina la Comisión también opinó que en estados como Argentina, que conceden a las víctimas el derecho de iniciar procesamientos penales, “un derecho fundamental del ciudadano” no puede ser negado por una ley de amnistía en casos sobre derechos humanos sin violar el deber del Estado de garantizar a la víctima un juicio imparcial. *Herrera*, página 49 párrs. 33-37.

Uruguay y Argentina, objetando que la Comisión había elevado los derechos bajo sus leyes nacionales al nivel de derechos internacionales, pidieron a la Corte Interamericana emitir una opinión consultiva para aclarar que la Comisión no podía hacerlo. La Corte opinó que la Comisión puede determinar violaciones de derecho internacional pero no de leyes nacionales, sin añadir más aclaración en cuanto a cómo aplicar ese principio en estos casos. Corte IDH, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 1993 *Informe Anual Corte IDH* 47 (1993).

A estas alturas este debate parece académico ya que la Corte ha fallado que el mismo artículo 8.1 –y no solamente las leyes nacionales– confiere a las víctimas y a los familiares los derechos de que haya un proceso penal contra sus violadores y también el de participar, al menos hasta cierto grado, en ese proceso. Véase texto arriba.

36 *Caso Blake*, Serie C número 36, Sentencia de 24 de enero de 1998 (fondo), párr. 97, citado en *Blake* (reparaciones), nota 27 arriba, párr. 62; *Durand y Ugarte*, nota 12 arriba, párr. 130 (igual); véase también *Paniagua Morales*, nota 27 arriba, párr. 155; *Barrios Altos*, nota 2 arriba, párrs. 42, 43 y 48.

De igual manera el derecho protegido por el artículo 25 es el acceso “a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados ...”³⁷.

El derecho de acceder a la justicia no significa solamente que haya un proceso que busca castigar a los culpables, sino que conlleva un derecho de participar, hasta cierto grado, en él:

“... del artículo 8 ... se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”³⁸.

D. Condena explícita de la impunidad

La interpretación de la Convención Americana en el sentido de reconocer tales deberes y derechos refleja una preocupación más amplia sobre el peligro para la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos provocado por la impunidad. Repetidamente la Corte ha advertido que el derecho a la protección judicial es un “pilar básico” del Estado de derecho en una sociedad democrática³⁹. En 1998 se expresó en forma explícita en contra de la impunidad. En el caso *Paniagua Morales y Otros*⁴⁰, de víctimas detenidas arbitrariamente, torturadas y algunas asesinadas, la Corte llegó incluso a definir la impunidad:

“La Corte constata que en Guatemala existió un estado de impunidad respecto de los hechos del presente caso *entendiéndose como impunidad* la falta en su conjunto de investigación, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la

37 *Loayza Tamayo*, nota 24 arriba, párr. 169; *Castillo Páez*, nota 24 arriba, párr. 106; *Barrios Altos*, nota 2 arriba, párrs. 42, 43 y 48.

38 *Villagrán Morales*, nota 31 arriba, párr. 227.

39 E.g., *Castillo Páez*, nota 24 arriba, párr. 107.

40 *Paniagua Morales*, nota 27 arriba.

Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”⁴¹.

Así la impunidad se define como la falta en su conjunto de investigación, captura, enjuiciamiento y condena. Los estados tienen el deber de combatirla, porque propicia la repetición crónica de violaciones y la total indefensión de víctimas y familias. Esta formulación se cita repetidamente en casos posteriores, tanto por la Comisión⁴², como por la Corte⁴³.

E. Prohibiciones de amnistías

Un mecanismo de la impunidad en las Américas ha sido la amnistía de delitos violatorios de los derechos humanos⁴⁴. Desde 1986 se ha desarrollado un cuerpo significativo de jurisprudencia interamericana sobre tales amnistías. En la medida en que evoluciona progresivamente en forma paralela a la consolidación aparente de las democracias formales del hemisferio, la doctrina se vuelve cada vez más hostil a esta forma de impunidad legalizada.

41 *Ibidem.*, párr. 173 (énfasis nuestro); véase también *Barrios Altos*, nota 2 arriba, párr. 43 (indefensión e impunidad “manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención”) y los Votos Concurrentes del juez A.A. Cançado Trindade, párr. 4 (“la impunidad, con la consecuente erosión de la confianza de la población en las instituciones públicas”) y del juez Sergio García Ramírez, párr. 14 (“El sistema democrático ... requiere que determinadas conductas de suma gravedad sean invariablemente” tipificadas, investigadas y sancionadas).

42 E.g., *Ellacuría*, nota 13 arriba, párr. 203; véase *Tercer Informe sobre Paraguay*, nota 13 arriba, párrs. 3 y 40.

43 *Loayza Tamayo*, nota 24 arriba, párr. 170; *Castillo Páez*, nota 24 arriba, párr. 107; *Bámaca*, nota 12 arriba, párr. 211; *Caso Ivcher Bronstein*, Serie C número 74, Sentencia del 6 de febrero de 2001 (fondo), párr. 186; véase también *Barrios Altos*, nota 2 arriba, párr. 43.

44 Véase *Cassel*, nota 1 arriba; Robert Norris, “Leyes de Impunidad y los Derechos Humanos en las Américas: Una Respuesta Legal”, 15 *Revista IIDH* 47 (1992); *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes* (Neil J. Kritz, ed., 1995), vol. I, en 82-103, 146-53, 417-38, y vol. II, en 323-81; “Injustice for All: Crime and Impunity in Latin America”, 30 *Nacla Report on the Americas* 16-43 (1996) (Brasil, Colombia, Haití, Jamaica y Venezuela); Tribunal Permanente de los Pueblos, *Proceso a la impunidad de Crímenes de Lesa Humanidad en América Latina 1989-1991* (1991), P. II (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay); 1996 *Informe Anual CIDH*, páginas 686-688 (Colombia) y 750-752 (Guatemala).

1. Primeros lineamientos

En su informe de 1986 sobre Argentina⁴⁵, la Comisión Interamericana publicó directrices generales sobre la responsabilidad de los gobiernos democráticos de investigar y remediar las violaciones de derechos humanos bajo regímenes anteriores⁴⁶. Desafortunadamente, la Comisión caracterizó esta cuestión como un asunto en el cual la contribución de los cuerpos internacionales es “mínima”⁴⁷. Sin embargo, ofreció dos directrices: el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido⁴⁸ y la prohibición de las “auto-amparistías”⁴⁹. Sólo las amparistías promulgadas por cuerpos electos democráticamente y no las auto-amparistías promulgadas por el régimen abusivo, tienen validez legal⁵⁰. No obstante, en ese momento la Comisión no insistió en que los procesos judiciales fueran esenciales: observó que la verdad podría encontrarse ya fuera mediante “comisiones investigadoras ... o ... el propio Poder Judicial”⁵¹.

Si retrospectivamente la actuación inicial de la Comisión en esta materia parece demasiado tímida, debe tenerse en cuenta que la propagación de Estados democráticos en las Américas parecía menos segura a mediados de los ochentas que a principios del siglo XXI⁵² y la Corte Interamericana aún no había

45 Véase la parte A arriba.

46 1985-86 *Informe Anual CIDH*, nota 7 arriba, página 203.

47 “La Comisión reconoce que ésta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella -así como cualquier otro órgano internacional- puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben amonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia”. *Ibidem.*, página 204.

48 *Ibidem.*, página 205.

49 *Ibidem.*, página 204-05.

50 “Considera la Comisión, por lo tanto, que sólo los órganos democráticos apropiados -usualmente el Parlamento- tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amparistía o la extensión de ésta, sin que, por otra parte, puedan tener validez jurídica las amparistías decretadas previamente por los propios responsables de las violaciones”. *Ibidem.*, página 205. Para una elaboración más elocuente de este punto, véase el caso chileno *Hermosilla*, nota 88 abajo, páginas 169-72 párrs. 26-39.

51 (Enfasis nuestro). “Tal acceso a la verdad supone no coartar la libertad de expresión ...; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país, o el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias”. 1985-86 *Informe Anual CIDH* 205.

emitido la sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez* respecto al deber positivo de los Estados de “garantizar” los derechos humanos.

2. La Corte Interamericana y la impunidad en Honduras

Tal como se resumió arriba⁵³, la sentencia de la Corte en 1988 en *Velásquez Rodríguez* decidió que un patrón de impunidad por desapariciones forzadas violó el deber de Honduras -bajo el artículo 1.1 de la Convención Americana- de “garantizar” el libre ejercicio de los derechos humanos. Según ese fallo, en tales casos el Estado tiene el deber general de dar pasos razonables para investigar e identificar a los responsables, así como para procesarlos y sancionarlos. Pero ¿qué sucede si el Estado promulga una amparistía? ¿Puede una amparistía relevarlo del deber de investigar y procesar?

Mientras el caso estuvo pendiente ante la Corte, Honduras aprobó una amparistía que aparentemente cubría a los responsables por la desaparición que estaba en litigio⁵⁴. Sin duda, la Corte estaba consciente de la amparistía promulgada poco antes de las audiencias finales ante ella⁵⁵. Sin embargo, Honduras no hizo valer la amparistía en su defensa y la Corte no hizo mención alguna de ella, al fallar que Honduras violó su deber de procesar.

Uno podría concluir, entonces, que una amparistía nacional no exime del deber de castigar las violaciones serias a los derechos humanos⁵⁶. Sin embargo, la inferencia no es rigurosa. La Corte ordenó a Honduras compensar a la familia, pero no le mandó también procesar y castigar a aquellos responsables⁵⁷.

52 La Comisión concluyó, con cautela, que “la observancia de principios como los indicados permitirá que sean las consideraciones de justicia, y no las de venganza, las que primen y de ese modo no llegue a arriesgarse ni la urgente necesidad de reconciliación nacional ni la consolidación del régimen democrático”. *Ibidem.*

53 Véase la parte B arriba.

54 Decreto número 199-87, adoptado 5 noviembre 29, 1987; véase en general Norris, nota 44 arriba, página 62-65.

55 Véase *Ibidem.*

56 Robert Norris así lo concluyó. Norris, nota 44 arriba, página 64-65.

57 *Velásquez*, nota 17 arriba, páginas 77-79 párrs. 189-94.

Si Honduras tenía tal deber a pesar de la amnistía, ¿por qué la Corte no ordenó su cumplimiento?⁵⁸.

3. *La Comisión Interamericana y las amnistías en Argentina, El Salvador y Uruguay*

En 1992 la Comisión opinó sobre las amnistías en tres casos de serias violaciones a los derechos humanos -una masacre militar de 74 civiles en El Salvador⁵⁹; desapariciones forzadas y secuestro de niños en Uruguay⁶⁰ y desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias, tortura y secuestro en Argentina⁶¹. Igual que la Corte en *Velásquez Rodríguez*, que hizo notar que las desapariciones forzadas son crímenes de lesa humanidad⁶², la Comisión hizo hincapié en la seriedad de las violaciones. En el caso de Uruguay, la Comisión enfatizó que el Estado “debe aquilatar, asimismo, la naturaleza y gravedad de los hechos a que se refiere la Ley [de amnistía]: presuntas desapariciones de personas y el secuestro de menores entre otros, que han sido condenadas como violaciones de derechos humanos particularmente graves; por lo que la necesidad social de su esclarecimiento e investigación no puede ser equiparada a la de un mero delito común”⁶³.

Aunque la Corte y la Comisión no limitaron expresamente sus decisiones a esas violaciones serias, a la luz de esas declaraciones y del contexto de los hechos, sus opiniones pueden razonablemente ser leídas como concernientes a la impunidad de violaciones serias a los derechos humanos.

En los casos de 1992 la Comisión expresamente trató la cuestión de las amnistías a la luz del deber de procesar las vio-

58 Una posible respuesta es que la Corte tuviera duda sobre su competencia para mandar una reparación por medio de una orden a un Estado para que conduzca una investigación y un proceso penal. Véase la parte Habajo.

59 El caso de la masacre de *Las Hojas*, caso número 10.287,1993 *Informe Anual CIDH* 88, párr. 1 (1993) [en adelante “Las Hojas”].

60 *Hugo Leonardo et al.*, casos números 10.029 *et al.*, 1992-1993 *Informe Anual CIDH* 162, 170 párr. 38 (1993) [en adelante “Leonardo”].

61 *Alicia Consuela Herrera et al.*, casos números 10.147 *et al.*, 1992-1993 *Informe Anual CIDH* 42, 44 párr. 6 (1993) [en adelante “Herrera”].

62 *Velásquez*, nota 17 arriba, página 68-71 párr. 149-158.

63 *Leonardo*, nota 60 arriba, página 170 párr. 38.

laciones a los derechos humanos enunciado por la Corte en *Velásquez Rodríguez*. Ante la Comisión, las tres amnistías cubrieron la gama -de peor a mejor- de respuestas hechas por los gobiernos en transición ante las violaciones serias a los derechos humanos ocurridas bajo los regímenes anteriores.

En El Salvador una “absoluta y completa” amnistía -adoptada en 1987 como parte del proceso Esquipulas de Paz para Centroamérica- prohibió ambos enjuiciamientos, tanto el penal como el civil, no haciendo ninguna concesión ni para investigaciones ni para compensación de víctimas⁶⁴. Si alguna vez una amnistía violó el deber del Estado de garantizar los derechos humanos, fue ésta⁶⁵.

En contraste, Argentina alegó correctamente que su proceso de amnistía era el más defendible en toda Latinoamérica: a pesar de las leyes de amnistía, altos comandos militares fueron convictos y encarcelados, una comisión oficial investigó extensivamente y públicamente reportó las desapariciones, se otorgó compensación substancial para las familias de las víctimas y el gobierno había proclamado “Nunca más”⁶⁶. Si alguna vez una amnistía de violaciones serias a los derechos humanos no violó los deberes de los estados, fue ésta (al menos en Latinoamérica)⁶⁷.

64 Véase *Las Hojas*, nota 59 arriba, páginas 95-96 párr. 11.

65 Lo mismo podría ser dicho de la “auto-amnistía” del régimen militar chileno, discutida en la subparte (e) más adelante. Al tiempo que la Comisión decidió el caso *Las Hojas* que envolvía a la ley salvadoreña de amnistía, ella sabía que el gobierno había accedido -durante los Acuerdos de Paz en 1992- a que una Comisión de la Verdad de las Naciones Unidas investigara los casos importantes de violencia durante la guerra. Sin embargo, el informe de la Comisión de la Verdad, nota 5 arriba, no fue presentado hasta marzo de 1993. Así que cuando la Comisión Interamericana decidió el caso *Las Hojas* en 1992, no podía saber que la Comisión de la Verdad reportaría más tarde sobre él, proporcionando los nombres de aquellos responsables. *Ibidem.*, página 76.

66 *Herrera*, nota 61 arriba, página 44 párr. 7; páginas 47-48 párrs. 25-28; páginas 51-52 párrs. 42-48. Cabe hacer notar que recientemente el gobierno de Argentina decidió efectuar una emisión de bonos por 3 billones de dólares que se destinarán a compensar a las familias de aquellas personas desaparecidas entre 1976 y 1983. El Secretario del Tesoro, Pablo Guidotti, expresó que el desembolso ya fue incluido en el nuevo presupuesto. *N.Y. Times*, August 21, 1997, p. A7.

67 Se podría alegar que la aproximación de Sudáfrica de permitir la amnistía sólo a cambio de una confesión creíble, es aun más defendible que la respuesta Argentina. Véase e.g., nota 6 arriba, y Peter Parker, “The Politics of Indemnities, Truth Telling and Reconciliation in South Africa; Ending Apartheid Without Forgetting”, 17 *Hum. Rts. L.J.* 1 (1996); Daniel F. Wilhelm, Note, “Azanian Peoples Organization v. President of South Africa”, 91 *Am. J.*

La amnistía de Uruguay se situó en alguna parte en medio. A diferencia de cualquier otra amnistía latinoamericana, sus credenciales democráticas fueron reforzadas por su aprobación hecha por votantes mediante un referéndum⁶⁸, aunque este referéndum fue obtenido bajo coacción⁶⁹.

Además, en teoría Uruguay prohibió solamente el enjuiciamiento penal; las demandas civiles por daños permanecieron siendo posibles. Sin embargo la Comisión encontró que al prohibir la investigación judicial y por ello la posibilidad de forzar a los oficiales militares y policíacos a testificar, el efecto práctico de la amnistía fue que quedó “substancialmente restringida” la habilidad de la víctima para perseguir los remedios civiles⁷⁰.

A pesar de estas variaciones, la Comisión alcanzó el mismo resultado en cada caso. Las amnistías violaron al menos tres –y posiblemente cuatro– distintas obligaciones del Estado, consignadas en la Convención Americana. Primero, violaron la obligación del Estado de investigar violaciones, parte de su deber de “garantizar” los derechos humanos de acuerdo con el artículo 1.1⁷¹. Segundo, al menos en aquellos estados que per-

miten a las víctimas participar en procedimientos penales⁷², las amnistías violaron el deber del Estado consignado en el artículo 8.1 de otorgar a las víctimas un juicio justo⁷³. Tercero, las amnistías violaron los derechos de las víctimas y de los sobrevivientes a una compensación adecuada, requerida tanto por el artículo 1.1⁷⁴ como por el derecho a la protección judicial consignado en el artículo 25⁷⁵. En otras palabras, cuando se han cometido serias violaciones a los derechos humanos los estados deben investigar, deben permitir a las víctimas participar en investigaciones judiciales donde las leyes nacionales lo permitan y deben asegurar una adecuada compensación por las violaciones. Los estados no pueden excusarse a sí mismos promulgando leyes de amnistía.

Pero ¿qué hay acerca del deber de asegurar el enjuiciamiento y la sanción de los responsables de las violaciones? En este punto las tres resoluciones de la Comisión no son enteramente claras o consistentes. Las tres citan el lenguaje de la Corte Interamericana en *Velásquez Rodríguez*, acerca del deber del Estado de procesar y sancionar a los violadores de derechos humanos, sin añadir ninguna sugerencia de que el lenguaje puede no aplicarse completamente en casos de amnistías⁷⁶.

Las resoluciones de Uruguay y Argentina también se refieren a los derechos de las víctimas de participar en investigaciones judiciales con el objeto de perseguir sanciones penales⁷⁷. Sin embargo, las leyes nacionales en Uruguay y Argentina permiten la participación de la víctima en los procesos penales; pa-

Int'l. L. 360 (1997). Pero ningún Estado en las Américas ha adoptado hasta ahora la aproximación de Sudáfrica.

68 *Leonardo*, nota 60 arriba, páginas 166-167 párr. 22, página 168 párr. 31; véase en general Lawrence Weschler, “The Great Exception: I – Liberty”, *The New Yorker*, 3 de abril de 1989, página 43, y “The Great Exception: II – Impunity”, *The New Yorker*, 10 de abril de 1989, página 85.

69 Véase Norris, nota 44 arriba, página 85-90. La amnistía originalmente entró en vigor solamente una hora antes de que un coronel testificara en una corte por secuestro; se esperaba que el coronel se rehusara a aparecer. *Ibidem.*, página 85. La amnistía fue aprobada más tarde por el 57% de los votos en un referéndum, pero sólo después de amenazas públicas hechas por líderes militares. *Ibidem.*, página 90.

70 *Leonardo*, nota 60 arriba, páginas 173-74 párr. 53. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas luego concluyó lo mismo. *Hugo Rodríguez v. Uruguay*, Comm. número 322/1988, Views of July 19, 1994, en 7 para. 12.2, U.N. Doc. CCPR/C/51 /D/322/1988 (1994) (“...el Comité encuentra que la ... Ley ... y la práctica subsecuente en Uruguay han vuelto extremadamente difícil el ejercicio del derecho del autor a un remedio adecuado”). La conclusión de la Comisión no fue alterada por el hecho, que la notó con aprobación, de que Uruguay había negociado “algunos importantes acuerdos compensatorios” con varias personas, incluyendo a tres peticionarios ante la Comisión, para sus daños. *Leonardo* páginas 173-174 párr. 53.

71 *Las Hojas*, nota 59 arriba, página 95 párrs. 9-11, página 97 párr. 4; *Herrera*, nota 61 arriba, páginas 50-51 párrs. 40-41; *Leonardo*, nota 60 arriba, páginas 172-173 párrs. 50-51. Quizás porque El Salvador no participó en el caso antes de la resolución de la Comisión, *Las Hojas*

página 96 párrs. 14-15, el razonamiento del caso salvadoreño es oscuro con respecto a los derechos violados. Algunas explicaciones más claras pueden encontrarse en los casos de Uruguay y Argentina.

72 *Leonardo*, página 170-71 párrs. 39-46; *Herrera*, página 49 párrs. 33-37. Esta limitación –de que el derecho de participar en el proceso depende solamente de la ley nacional– ya está superada en gran medida. Véase nota 35 arriba.

73 *Las Hojas*, nota 59 arriba, página 97 párr. 3; *Herrera*, nota 61 arriba, página 49 párrs. 32-37; *Leonardo*, nota 60 arriba, páginas 169-171 párrs. 35-46.

74 *Las Hojas*, nota 59 arriba, página 95 párr. 9, página 97 párr. 4; *Herrera*, nota 61 arriba, páginas 50-51 párr. 40; *Leonardo*, nota 60 arriba, páginas 172-74 párrs. 50 y 53.

75 *Las Hojas*, nota 59 arriba, página 97 párr. 3; *Herrera*, nota 61 arriba, página 50 párrs. 38-39; *Leonardo*, nota 60 arriba, página 172 párrs. 47-49.

76 *Las Hojas*, nota 59 arriba, página 95 párrs. 9-10; *Herrera*, nota 61 arriba, página 51 párr. 41; *Leonardo*, nota 60 arriba, páginas 172-73 párr. 50.

reciera que las amnistías no infringen ese derecho en estados cuyos procedimientos penales no permiten dicha participación⁷⁸.

Finalmente, mientras la resolución de la Comisión en el caso salvadoreño recomienda la sanción penal de los violadores⁷⁹, las resoluciones de Uruguay y Argentina, siguiendo la Sentencia de la Corte Interamericana en *Velásquez Rodríguez*, no lo hacen⁸⁰. Nuevamente, si el deber de procesar y castigar a pesar de la amnistía estaba claro, ¿por qué no pedir al Estado que cumpla con él?

4. La Comisión Interamericana y la amnistía de 1993 en El Salvador

El siguiente comentario de la Comisión sobre amnistías, otra vez dejó sin resolver la cuestión de si un Estado puede, por amnistía, abstenerse de procesar y sancionar a los culpables de las violaciones, siempre y cuando conduzca una investigación, permita a las víctimas participar en los procesos judiciales donde existan dichos sistemas y proporcione adecuadas reparaciones.

En su informe de 1994 sobre la situación de los derechos en El Salvador⁸¹, encontrando que la ley salvadoreña de amnistía de 1993 tenía “amplísimas dimensiones” y violaba la Conven-

77 La Comisión dictó que las víctimas uruguayas han visto frustrado su derecho a ... una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsabilidades e imponga las sanciones penales correspondientes”. *Leonardo*, nota 60 arriba, página 170 párr. 39. Opinó que la amnistía argentina “privó a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal, destinada a individualizar y sancionar a los responsables de los delitos cometidos”. *Herrera*, nota 61 arriba, página 52 párr. 50.

78 Sin embargo, esa limitación parece ya superada en gran medida. Véase nota 35 arriba.

79 La resolución de la Comisión en el caso salvadoreño recomienda una “exhaustiva, rápida, completa e imparcial investigación sobre los hechos denunciados, a fin de identificar a todas las víctimas y a los responsables, y someterlos a la justicia para establecer la responsabilidad a fin de que reciban las sanciones que tan grave proceder exige”. *Las Hojas*, nota 59 arriba, página 97 párr. 5a.

80 Recomiendan la adopción de criterios necesarios para “esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos”, pero sin pedir explícitamente algunos procesamientos, condenas o sanciones. *Herrera*, nota 61 arriba, página 53 párr. 3; *Leonardo*, nota 60 arriba, página 174 párr. 3.

81 *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador*, páginas 74-83, OEA, Doc.OEA/Ser.L/V/II.85 (1994).

ción Americana⁸², la Comisión reiteró sus directrices de 1985-86 y sus criterios contenidos en resoluciones anteriores sobre El Salvador, Argentina y Uruguay⁸³, pero no aclaró si las amnistías pueden precluir el enjuiciamiento y la sanción.

Sin embargo, si identificó al menos uno y posiblemente tres límites adicionales en las amnistías. Primero, la amnistía viola la Convención en parte “por su aplicación a crímenes de lesa humanidad”⁸⁴.

Segundo, la amnistía no puede ser justificada en el caso de perjurio y otras obstrucciones de la justicia por oficiales de la Corte y litigantes, especialmente porque muchas violaciones graves a los derechos humanos no fueron castigadas debido a que el país carecía de “una administración de justicia seria, independiente y eficaz”⁸⁵. (Aunque el fuerte lenguaje de la Comisión implica que esta deficiencia violó la Convención, no lo declaró así expresamente).

Finalmente, la Comisión encontró que la amnistía constituía una violación de la Convención “porque permite ... la figura de la ‘amnistía recíproca’, que no tuvo como paso previo un reconocimiento de responsabilidad (pese a las recomendaciones de la Comisión de la Verdad); ...”⁸⁶. Esto parece decir que la Convención requiere a los Estados condicionar las amnistías a un previo reconocimiento de responsabilidad. Sin embargo, la Comisión no clarificó los contornos de tal deber, ni tampoco si se hubiera aplicado en ausencia de la Comisión de la Verdad⁸⁷.

82 *Ibidem.*, página 82.

83 *Ibidem.*, páginas 81-82.

84 *Ibidem.*, página 83.

85 *Ibidem.*, página 80.

86 *Ibidem.*, página 83.

87 La Comisión de la Verdad recomendó que El Salvador observe y reconozca lo que ocurrió y que no debe repetirse nunca jamás y, entre otras medidas, la “reparación moral” mediante un “reconocimiento de la honorabilidad de las víctimas y de los graves delitos de que fueron víctimas”. *De la Locura a la Esperanza: La Guerra de 12 Años en El Salvador, Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador*, nota 5 arriba, páginas 195, 197.

5. La orientación más amplia de la Comisión: la falla de Chile en no revocar la “auto-amnistía” del régimen militar

En dos resoluciones de 1996 hechas públicas a principios de 1997, la Comisión encontró que la falla continua de Chile de no revocar la “auto-amnistía” de 1978 –promulgada por el régimen militar– y su consecuente falla para procesar casos de desapariciones, de ejecuciones sumarias y extrajudiciales y de tortura, constituye una violación de su deber de “garantizar” los derechos humanos consignados en el artículo 1 de la Convención Americana, su deber de adoptar medidas legislativas o de otra índole para tal fin consignado en el artículo 2, su deber de asegurar a las víctimas un juicio justo consignado en el artículo 8.1 y el deber de otorgarles protección judicial consignado en el artículo 25⁸⁸.

Las resoluciones de la Comisión en los casos chilenos proporcionan la más elocuente y extensa exposición sobre la juris-

88 *Garay Hermosilla et al.*, caso número 10.843, 1996 *Informe Anual CIDH* (1997), página 162 [en adelante “Hermosilla”], páginas 188-189 párrs. 105-09; *Irma Reyes et al.*, casos 11.228 *et al.*, *ibidem.*, página 203 [en adelante “Reyes”], página 227 párrs. 103-08. (Los dos casos son casi idénticos en su terminología; algunas diferencias pequeñas en las versiones en inglés aparecen mayormente debido a las distintas traducciones de las versiones originales en español).

Cuando la Comisión, en un informe de 1990 sobre Chile, consideró por primera vez el acercamiento del nuevo gobierno democrático a las violaciones a los derechos humanos cometidas por el régimen anterior, la Comisión no fue crítica. Haciendo notar la clausura (debida a la amnistía) de los procesos que involucraban a más de 130 desaparecidos y la creación de una comisión investigadora que no identificaría a los responsables, la Comisión expresó su “decidido apoyo” a la iniciativa de Chile. 1989-90 *Informe Anual CIDH* 137-145 (1990).

Sin embargo en aquel momento la interacción final de la amnistía y las investigaciones en Chile no fue clara. La Comisión citó el anuncio del Presidente Aylwin sobre la comisión investigadora, incluyendo la promesa de que su gobierno “tiene la firme decisión de prestar a esos Tribunales toda la cooperación que está a su alcance para que puedan cumplir cabalmente su tarea de establecer las responsabilidades individuales que correspondan en cada caso sometido o que se someta a su conocimiento” y su explicación de que “[s]i en el ejercicio de sus funciones la Comisión recibe antecedentes sobre hechos que revistan caracteres de delito, los comunicará reservadamente y sin más trámite al tribunal que corresponda”. *Ibidem.*, páginas 143,144.

Cuando la comisión investigadora terminó con su informe, el Presidente Aylwin pidió a la Corte Suprema de Justicia dar instrucciones a las cortes inferiores de reactivar los casos de derechos humanos, e informó a la Corte que en su opinión, “la amnistía en vigor, misma que el Gobierno respeta, no puede ser un obstáculo para la realización de una investigación judicial y la determinación de responsabilidades, especialmente en los casos de personas desaparecidas”. Kritz, nota 44 arriba, vol. 11, página 501 (traducción nuestra). Por eso la Corte dio instrucciones a los jueces de proseguir casos y reabrir casos cerrados. *Ibidem.*, página 502.

prudencia de la Comisión acerca de puntos de vista previamente expresados, tales como: que las auto-amnistías promulgadas por regímenes extra-constitucionales son legalmente nulas⁸⁹; que la seriedad de los crímenes no puede pasarse por alto⁹⁰; que las amnistías violan el deber del Estado de investigar⁹¹ y el derecho de las víctimas de presentar cargos penales en estados que lo permiten⁹² y que las amnistías también violan el derecho de las víctimas a la compensación⁹³ y a la protección judicial⁹⁴.

Quizás aun más importante es la aclaración por parte de la Comisión de dos puntos más. El nuevo gobierno democrático de Chile, como el de Argentina en 1992, había tomado una serie de medidas: reconocía su deber de investigar, estableciendo una comisión investigadora que publicara un reporte. El Presidente de Chile, a nombre del Estado, pidió perdón a las familias de las víctimas y públicamente protestó la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Chile de continuar aplicando la ley de amnistía⁹⁵. Chile también otorgó una variedad de compensaciones a las familias de las víctimas, incluyendo una pensión no menor que el promedio para las familias chilenas; expidió procedimientos para declarar una presunción de muerte; prestó atención especial del Estado en relación con la salud, la educación y la vivienda; ayudó a solventar las deudas y dispensó a los hijos de las víctimas del servicio militar obligatorio⁹⁶.

No obstante, la Comisión dijo que “el reconocimiento de responsabilidad realizado por el Gobierno, la investigación parcial de los hechos y el pago posterior de compensación” no eran suficientes, a menos que el derecho a la justicia también

89 *Hermosilla*, nota 88 arriba, páginas 169-172 párrs. 26-39; *Reyes*, nota 88 arriba, páginas 207-211 párrs. 25-39; véase también el Voto Concurrente elocuente del Comisionado Fappiano en ambos casos. 1996 *CIDH*, nota 88 arriba, páginas 191-202 y 229-240.

90 *Hermosilla*, páginas 174-75 párrs. 46-48; *Reyes*, páginas 213-14 párrs. 46-48.

91 *Hermosilla*, páginas 181-83 párrs. 73-78; *Reyes*, páginas 219-21 párrs. 72-77.

92 *Hermosilla*, páginas 178-9 párrs. 62-67; *Reyes*, páginas 216-18 párrs. 61-66.

93 *Hermosilla*, página 179 párrs. 65-67; *Reyes*, páginas 217-18 párrs. 64-66.

94 *Hermosilla*, páginas 180-81 párrs. 68-72; *Reyes*, páginas 218-19 párrs. 67-71.

95 *Hermosilla*, página 173 párr. 41; *Reyes*, páginas 211-12 párr. 41.

96 *Hermosilla*, página 177 párr. 57; *Reyes*, páginas 215-16 párr. 56.

fuera satisfecho, para cumplir con las obligaciones del Estado consignadas en la Convención⁹⁷.

Removiendo cualesquiera dudas que pudieran permanecer de los casos anteriores, la Comisión esclareció primero que las investigaciones deben buscar identificar a los culpables; de otra manera las víctimas encontrarán “virtualmente imposible” establecer responsabilidad civil por daños en contra de los malhechores⁹⁸.

En conformidad, más adelante la Comisión encontró que la amnistía violaba el derecho a la protección judicial consignado en el artículo 25 de la Convención, en parte porque “el Decreto-ley de amnistía dio lugar a una ineficacia jurídica de los delitos, y dejó a las víctimas y a sus familias sin ningún recurso judicial a través del cual se pudiesen identificar a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura militar, e imponerles los castigos correspondientes”⁹⁹.

Segundo, la Comisión dejó en claro que de acuerdo con su opinión sobre la Convención, una amnistía viola el deber del Estado de procesar y sancionar a los culpables de violaciones serias. Citando la Sentencia de la Corte en *Velásquez Rodríguez* la Comisión expresó, “Según lo dispuesto en el artículo 1.1 [de esta Convención], el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”¹⁰⁰.

Además en este caso (como en el caso de El Salvador), las recomendaciones de la Comisión a los Estados especificaron que las investigaciones deben ser “a fin de que se individualice a los culpables, se establezcan sus responsabilidades y sean efectivamente sancionados, garantizando a las víctimas el de-

97 *Hermosilla*, página 183 párr. 77, 177 párr. 58; *Reyes*, página 221 párr. 76, 216 párr. 57.

98 *Hermosilla*, página 179 párr. 66; *Reyes*, páginas 217-18 párr. 65.

99 *Hermosilla*, páginas 180-81 párr. 71; *Reyes*, página 219 párr. 70.

100 *Hermosilla*, página 183 párr. 77 (énfasis nuestro); *Reyes*, página 221 párr. 76.

recho a la justicia que les asiste”. A pesar de una traducción al inglés no muy precisa en el caso de *Hermosilla* (pero no en el caso de *Reyes*) la obligación del Estado no es sólo que los culpables sean efectivamente procesados, sino que sean “efectivamente sancionados”¹⁰¹.

Después de los casos chilenos parece que hay muy poca duda de que en opinión de la Comisión, las amnistías de violaciones serias a los derechos humanos violan múltiples preceptos de la Convención. Ahora está claro que sólo será suficiente con investigaciones judiciales que identifiquen a los autores de las violaciones, proporcionen nombres y castiguen a los culpables.

Aunque no se ha derogado la ley de amnistía formalmente, con el reciente apoyo de la justicia española e inglesa y a pesar de las dificultades políticas internas, parece que Chile está cumpliendo cada vez más con el espíritu de estas resoluciones de la Comisión¹⁰².

101 *Hermosilla*, página 189 párr. 111 (énfasis nuestro); *Reyes*, página 228 párr. 110. (La traducción al inglés del caso *Hermosilla* dice que las investigaciones necesitan tener como fin “identifying the guilty parties, establishing their responsibilities and effectively prosecuting them...” *Hermosilla*, página 183 (versión en inglés) párr. 111. La traducción más precisa de *Reyes* dice que el fin es que los culpables sean “effectively punished”. *Reyes*, página 221 (versión en inglés) párr. 109.

102 Como la Comisión lo reconoció en sus resoluciones, el gobierno de Chile ha intentado superar la amnistía de 1978, pero el Senado, algunos de cuyos miembros aun no son democráticamente electos, hasta la fecha se ha rehusado a revocar la amnistía y el poder judicial continúa aplicándola. E.g. *Hermosilla*, página 173 párr. 41, 178 párr. 61, 183-86 párrs. 79-93, 187-88 párrs. 99-103.

Aún así, al menos dos clases de procedimientos judiciales de derechos humanos están pendientes en Chile. Primero, algunos delitos de derechos humanos que ocurrieron después de la amnistía de 1978 han sido procesados.

La segunda es la llamada “Doctrina Aylwin”. Como lo explica el Departamento de Estado de los Estados Unidos, esa doctrina interpreta la amnistía de 1978 de tal manera que “los tribunales no deben cerrar un caso que envuelva una desaparición ... hasta que los cuerpos sean encontrados, o sea proporcionada evidencia creíble que indique que un individuo está muerto”. US Dept. of State, *Country Report on Human Rights Practices for 1996, Chile*, página 382 (traducción nuestra).

Aprovechándose de esta doctrina, después del intento de extradición del general Pinochet por un tribunal de España, cuya validez fue reconocida por los tribunales más altos de España (Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 173/98, 5 de noviembre de 1998) y de Gran Bretaña (*Regina v. Bartle*, House of Lords, 24 de marzo de 1999), y que fracasó solamente por razones de la salud del general, un tribunal penal chileno ha llevado cargos en contra del general y lo ha sometido a detención domiciliaria. Clifford Krauss, “Judge Reinstates Pinochet Case With New Order for House Arrest”, *N.Y. TIMES*, 31 de enero de 2001, página A3.

6. Doctrina más reciente de la Comisión

Después de los informes de 1996 en los casos chilenos, la Comisión ha repetido su condena de las amnistías en los casos de Chile¹⁰³, El Salvador¹⁰⁴ y Perú¹⁰⁵, y en un informe sobre la situación de derechos humanos en el Perú¹⁰⁶. Estas actuaciones más recientes no cambian la doctrina en forma sustantiva¹⁰⁷ aún cuando sí avanzan en el sentido de recomendar en forma explícita que se anulen las leyes de amnistía¹⁰⁸. Cabe señalar que en su resolución reciente en el caso del asesinato de los padres jesuitas y dos mujeres en El Salvador, la Comisión observa que las leyes de amnistía “eliminan la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos, es decir, el enjuiciamiento y castigo a los responsables”¹⁰⁹.

103 *Alfonso René Chanfeau Orayce et al.*, casos 11.505 *et al.*, informe número 25/98, 7 de abril de 1998, párrs. 41-97, 101-05; *Samuel Alfonso Catalán Lincolea*, caso 11.771, informe número 61/01, 16 de abril de 2001, párrs. 32-96.

104 *Lucio Parada Ceay otros*, caso 10.480, informe número 1/99; *Ignacio Ellacuría et al.*, caso 10.488, informe 136/99, 22 de diciembre de 1999, párrs. 197-232; *Monseñor Oscar Romero*, caso 11.481, informe 37/00, 13 de abril de 2000, párr. 123-51.

105 *Pedro Pablo López González et al.*, caso 11.031, informe número 111/00, 4 de diciembre de 2000, párrs. 14, 24, 31, 79, 81 y 82.2; *Yone Cruz Ocalio*, caso 11.099, informe número 112/00, 4 de diciembre de 2000, párrs. 18, 66.2. Más temprano en 2000 la Comisión publicó una serie de informes en casos peruanos que condenan las leyes de amnistía de 1995 del régimen de Fujimori. *E.g.*, *Alcides Sandoval Flores et al.*, caso 10.670, informe 43/00, 13 de abril de 2000, párrs. 73 y 74.2.

106 *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú*, OEA Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párrs. 215-30, 245.4.

107 En el caso de la amnistía salvadoreña de 1993, la Comisión explicó que “... dadas las circunstancias, fines y efectos de la Ley de Amnistía General ..., dicho acto violó las obligaciones internacionales ..., al permitir la figura de la ‘amnistía recíproca’ (que no tuvo como paso previo un reconocimiento de responsabilidad) pese a las recomendaciones de la Comisión de la Verdad; su aplicación a crímenes de lesa humanidad; y la eliminación de la posibilidad de obtener una adecuada reparación integral ...”. *Ellacuría*, nota 13 arriba, párr. 216. Esas repeticiones de las críticas hechas por la Comisión en 1994, si bien ciertas, no sirven para esclarecer el derecho interamericano sobre las amnistías. ¿Qué pasaría en la ausencia de tales circunstancias específicas? Según la doctrina elaborada por la Comisión después de 1994, basta que la ley otorgue amnistía a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos, para que sea inválida. A pesar de la falta de claridad, la resolución en este caso no pretende cambiar en nada la doctrina de la Comisión elaborada después de 1994.

108 *López González*, nota 105 arriba, párr. 82.2; *Cruz Ocalio*, nota 105 arriba, párr. 66.2.

109 *Ellacuría*, nota 13 arriba, párr. 200 (citando los informes de 1992 sobre las amnistías de Argentina y Uruguay).

7. Directrices para la amnistía basadas en la jurisprudencia de la Comisión

En la jurisprudencia de la Comisión sobre amnistías de violaciones a los derechos humanos, después de 1992 quedó la pregunta (removida más tarde por los casos chilenos) sobre si los estados deben procesar y sancionar a los responsables de las violaciones. Pero aún en 1992, los siguientes lineamientos eran claros para las amnistías que cubrieran serias violaciones a los derechos humanos:

1. En principio, para ser legalmente válidas, las amnistías deben ser adoptadas por cuerpos democráticos, usualmente el Poder legislativo; las auto-amnistías promulgadas por regímenes ilegales no son válidas¹¹⁰.
2. Las amnistías no pueden excluir las investigaciones de las violaciones, que sean suficientes para reivindicar el derecho de la sociedad a saber la verdad y el derecho de los sobrevivientes a saber qué sucedió con sus familiares¹¹¹.
3. Las amnistías no deben impedir a las víctimas iniciar o participar en investigaciones penales judiciales, al menos en aquellos estados que tengan dichos procedimientos¹¹².
4. Las amnistías no pueden excluir o en sus efectos prácticos limitar substancialmente el derecho de las víctimas o los

110 Véase nota 50 arriba y *Hermosilla y Reyes*, notas 88 y 89 arriba; véase en general la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre “La Expresión ‘Leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OC-6/86, 1986 *Informe Anual Corte IDH* 13, 22 párr. 38 (1986) (“...que la palabra ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención [que permite restricciones a los derechos humanos por ley] significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.”); véase también *Barrios Altos*, nota 2 arriba, Voto Concurrente del juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 7, 11 y 26.

111 Notas 9-16, 71 y 91 arriba.

112 Notas 35, 71, 78 y 92 arriba; esta limitación a solo los estados con dichos procedimientos ya parece superada en gran medida, véase nota 35 arriba.

sobrevivientes a obtener reparación adecuada por las violaciones¹¹³.

Para 1994 las siguientes directrices adicionales eran claras:

5. Las amnistías no deben aplicarse a los crímenes de lesa humanidad¹¹⁴.
6. Las amnistías no deben aplicarse a los delitos de perjurio u otras obstrucciones de la justicia cometidas por oficiales de la corte y litigantes en casos de serias violaciones a los derechos humanos¹¹⁵.
7. Las amnistías no deben otorgarse sin un reconocimiento por parte del Estado de su responsabilidad por las violaciones pasadas¹¹⁶.

Y después de la publicación de los casos chilenos a principios de 1997, las siguientes directrices adicionales ahora quedan claras:

8. Las investigaciones deben identificar a los responsables y proporcionar nombres; de otra manera son insuficientes¹¹⁷.
9. Los estados deben procesar y sancionar a los culpables de violaciones serias a los derechos humanos, quienes no deben ser protegidos por la amnistía¹¹⁸.

8. La jurisprudencia de la Corte sobre amnistías

Hasta 1998 salió el primer pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre las amnistías, en las sentencias de reparaciones en dos casos peruanos, *Castillo Páez* y *Loayza Tama-*

113 Notas 74-75, 93 arriba.

114 Notas 84 y 90 arriba.

115 Nota 85 arriba.

116 Notas 86-87 y 95 arriba.

117 Nota 98 arriba.

118 Notas 99-100 arriba.

yo¹¹⁹. La Corte estuvo de acuerdo con la condena de amnistías por parte de la Comisión, por lo menos en cuanto a las auto-amnistías, lo cual fue confirmado por la sentencia de fondo de 2001 en otro caso peruano, el de *Barrios Altos*¹²⁰.

En los tres casos la Corte enfrentó dos leyes de auto-amnistía decretadas por el régimen autoritario del Presidente Alberto Fujimori del Perú, que produjeron, además, una amnistía muy general y absoluta¹²¹. En *Castillo Páez* la Corte calificó a la legislación peruana de amnistía como una “dificultad de orden interno” que impedía identificar a los responsables de delitos violatorios de los derechos humanos, “debido a que esa ley obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”¹²². Recordando los deberes estatales y los derechos humanos consagrados por el conjunto de los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana, así como la naturaleza del artículo 25 como “pilar básico” del Estado de derecho en una sociedad democrática, la Corte concluyó que no obstante la amnistía, “En consecuencia, el Estado tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y procesar a los responsables y evitar la impunidad”¹²³.

En *Loayza Tamayo*, al igual que en *Castillo Páez* bajo el acápite del “Deber de actuar en el ámbito interno”¹²⁴, la Corte citó

119 *Caso Loayza Tamayo*, Serie C número 42, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones; *Caso Castillo Páez*, Serie C número 43, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones.

120 *Barrios Altos*, Sentencia del 14 de marzo de 2001.

121 La amnistía peruana otorgada por los Decretos-ley número 26.479 y 26.492 fue una “amnistía general al personal militar, policial y civil, cualquiera fuere su situación militar, policial o funcional, que se encontrara denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes o militares por hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de su promulgación”. *Castillo Páez*, nota 118 arriba, párr. 101 (citando textualmente el Escrito del Estado). La amnistía significa que las personas que “hubiesen incurrido en responsabilidades administrativas, civiles o penales, no podrían ser juzgadas judicial o administrativamente en virtud de las leyes indicadas”. *Loayza Tamayo*, nota 119 arriba, párr. 167.

122 *Castillo Páez*, nota 119 arriba, párr. 105.

123 *Ibidem.*, párr. 107.

124 *Castillo Páez*, parte XII, párr. 98-108; *Loayza Tamayo*, parte XIV, párr. 165-71.

el principio general de que “Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones el argumento del Perú en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos ... debe ser rechazado”¹²⁵. El Estado no solo tenía los deberes de investigar, de “identificar a los responsables y sancionarlos” y de evitar la impunidad, sino también el de “adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación (artículo 2 de la Convención Americana.)”¹²⁶.

En los dos casos los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli emitieron un Voto Razonado Conjunto, elaborando sus criterios a favor de la sentencia de la Corte y en contra de la amnistía peruana. La doctrina contemporánea –opinaron– “ha establecido la relación entre el derecho a la reparación, el derecho a la verdad y el derecho a la justicia (que comienza por el acceso a la justicia). La realización de estos derechos se ve obstaculizada por medidas de derecho interno, tales como las llamadas autoamnistías atinentes a violaciones de los derechos humanos, que conducen a una situación de impunidad”¹²⁷.

Además de infringir tales derechos, en el criterio del Voto Razonado las autoamnistías son incompatibles con varios deberes estatales –de investigación, de reparación, de respeto y garantía a los derechos humanos, y del deber de eliminar obstáculos para su realización de acuerdo con el artículo 2 de la Convención–¹²⁸.

125 *Ibidem.*, párr. 168.

126 *Ibidem.*, párr. 171.

127 Voto Razonado Conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, en *Loayza Tamayo*, nota 119 arriba, párr. 2 y en *Castillo Páez*, párr. 1. Citaron el informe final sobre impunidad de 1997 del Relator Louis Joinet de la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU, discutida más adelante en la parte M. Voto Razonado, *Loayza Tamayo*, párr. 2, nota 1.

128 *Ibidem.*, párr. 3-4.

El juez García Ramírez también aportó un Voto Concurrente en los dos casos¹²⁹. A su juicio, la sentencia de la Corte “no implica, en modo alguno, el desconocimiento de la conveniencia y la necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos ...”¹³⁰. Hay “diversos factores relevantes: circunstancias en que se dictan, forma de adoptarlas y eficacia que revisten”¹³¹.

“En este sentido, cabe distinguir entre las llamadas ‘autoamnistías’, expedidas en favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos, y las amnistías que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos”¹³².

El tercer caso, *Barrios Altos* (fondo), fue fallado luego del derrumbe del régimen fujimorista y de la aceptación de responsabilidad internacional por parte del nuevo gobierno¹³³. En este caso el enfoque de la Corte pasó más allá de la necesidad de investigar y procesar en el caso concreto, a las leyes de amnistía en sí y hasta su posible aplicación a otros casos. La Corte trató el tema bajo el acápite de la “Incompatibilidad de Leyes de Amnistía con la Convención”¹³⁴. Falló que son “inadmisibles” las amnistías para las violaciones graves de los derechos humanos¹³⁵. Para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, los estados “que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1

129 El texto de su Voto Concurrente aparece en *Castillo Páez*, nota 119 arriba; se incorpora por referencia en *Loayza Tamayo*, nota 119 arriba.

130 Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez, *Castillo Páez*, nota 119 arriba, párr. 6.

131 *Ibidem.*, párr. 9.

132 *Ibidem.*

133 *Barrios Altos*, nota 120 arriba, párrs. 31, 34-35, 37-40.

134 Acápite VII.

135 Párr. 41.

y 2 ...”¹³⁶. Tales leyes “carecen de efectos jurídicos ...” Por lo tanto, no pueden seguir obstaculizando la investigación y castigo en el caso *Barrios Altos*. Más aún, “ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”¹³⁷.

En la parte resolutive de la sentencia, la Corte declaró no solamente que el Perú incumplió la Convención como consecuencia de la “promulgación y aplicación” de las leyes de amnistía, sino también que aquellas leyes “son incompatibles con la Convención ... y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”¹³⁸.

La sentencia de fondo en *Barrios Altos* significa un avance histórico en la jurisprudencia de la Corte, tanto en cuanto a las amnistías como en cuanto a las leyes nacionales. En vez de seguir insistiendo en la investigación y procesamiento de cada caso individual, la Corte pasa a declarar la invalidez de la misma ley y de su aplicación en cualquier caso de violación grave de derechos humanos. Por primera vez la Corte determina que la promulgación de una ley concreta constituye en sí una violación de la Convención, independientemente de su aplicación –aún cuando la Corte así falla solamente en un caso en el cual la ley violatoria sí fue aplicada–¹³⁹. Resulta en un control internacional mucho más amplio que el intentado en casos anteriores.

La Corte tampoco se limita a condenar las auto-amnistías, sino todas las leyes con efecto similar, es decir, “las disposiciones 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 ...”¹⁴⁰. Precisa, además, que las violaciones se-

136 Párr. 43.

137 Párr. 44.

138 Párrs. 51.3 y 51.4.

139 Véase Voto Concurrente del juez Cañado Trindade, párr. 8.

140 Párr. 41; véase también el Voto Concurrente del juez García Ramírez, párr. 13 (amnistía, prescripción, causas excluyentes de incriminación “y otras que pudieran llevar a los mismos resultados”).

rias son “tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁴¹.

En su Voto Concurrente, el juez Cañado Trindade opinó que las autoamnistías no son ni siquiera verdaderas “leyes”, en parte porque “carecen de carácter general” y “ciertamente en nada contribuyen al bien común”¹⁴². Aclaró que a su juicio los estados tienen el deber de derogarlas, independientemente de su aplicación¹⁴³. Y concluyó que las auto-amnistías son “inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad”¹⁴⁴, la cual él considera “fuente material *par excellence*” del derecho internacional¹⁴⁵.

El juez García Ramírez, además de reiterar su Voto Concurrente en *Castillo Páez*¹⁴⁶, declaró que “es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela” del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional. Entre ellas se encuentran “las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas, el genocidio, la tortura, determinados delitos de lesa humanidad y ciertas infracciones gravísimas del derecho humanitario”¹⁴⁷.

No obstante el alcance amplio de estas sentencias y de las distintas opiniones de los jueces, no está del todo claro que la Corte haya llegado a coincidir con la Comisión en un aparente rechazo de cualquier amnistía para serias violaciones a los derechos humanos. Sin lugar a dudas la Corte rechaza las auto-amnistías –como las de Fujimori– para serias violaciones; sin embargo, hay que tomar en cuenta la naturaleza extrema de la

141 *Ibidem*.

142 Voto Concurrente del juez A.A. Cañado Trindade, párr. 7.

143 *Ibidem*., párr. 11.

144 *Ibidem*., párr. 26.

145 *Ibidem*., párr. 13 (énfasis original); sobre la “conciencia jurídica de la humanidad”, véase en general párrs. 13-26.

146 *Caso Barrios Altos*, Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 9-12.

147 *Ibidem*., párr. 13.

amnistía peruana. ¿Cómo fallaría la Corte sobre las amnistías de Argentina y de Uruguay, aprobadas por gobiernos democráticos luego de una transición del antiguo régimen?, aún cuando la Corte no haya expresado ningún desacuerdo con la doctrina de la Comisión ni tampoco ha tenido oportunidad para revisar la amplia gama de amnistías ya consideradas por la Comisión.

F. Control de defensas

No todas las amnistías, por supuesto, son contrarias a los derechos humanos o al régimen de derecho. Por ejemplo, para después de conflictos armados de carácter no internacional, el artículo 6(5) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra pide la “amnistía más amplia posible”¹⁴⁸. Asimismo las amnistías para delitos comunes están expresamente contempladas en el artículo 4.6 de la Convención Americana y en el artículo 6.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

No permitidas, de acuerdo con la doctrina interamericana, son las amnistías en la medida en que se aplican a los responsables de violaciones serias a los derechos humanos. La doctrina no solo condena tales amnistías, sino que desvirtúa varios argumentos planteados por gobiernos para defender sus amnistías. Entre ellos se encuentran los siguientes:

1. Derecho humanitario internacional

El Salvador citó el artículo 6.5 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra para defender su amnistía otorgada al terminar la guerra civil en ese país¹⁴⁹. Según la Comi-

148 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados de Carácter No Internacional, 8 de junio de 1977, N.U. Serie de Tratados número 609, 614. El artículo 6(5) dice lo siguiente: “Ala cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

149 *Ellacuría*, nota 13 arriba, párr. 243; véase también, Decision of the Supreme Court of Justice of El Salvador on the Amnesty Law, Proceedings número 10-93 (May 20, 1993), reimpreso en Kritz, nota 44 arriba, vol. III, páginas 549, 555; y nota 146 abajo.

sión¹⁵⁰ dicha cita está mal interpretada. El artículo 6.5 busca simplemente alentar la amnistía para actividades de combate que de otra manera estarían sujetas a proceso en calidad de violaciones de las leyes penales de los estados en los cuales tienen lugar. No tiene el propósito de apoyar la amnistía de violaciones del derecho humanitario internacional.

Esta interpretación está confirmada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, la agencia bajo cuyos auspicios fueron negociados y son administrados los Convenios de Ginebra. La interpretación del artículo 6.5 hecha por dicho Comité, comunicada en 1995 al fiscal del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y reiterada en 1997, dice lo siguiente:

El Artículo 6(5) del Protocolo Adicional II es en el derecho de conflictos armados no internacionales, el único y muy limitado equivalente de lo que se conoce en el derecho de conflictos armados internacionales como ‘inmunidad de los combatientes’, es decir, el hecho de que un combatiente no puede ser castigado por actos de hostilidad, incluyendo matar a los enemigos en combate, siempre y cuando respete el derecho humanitario internacional y que tiene que ser re-patriado al término de las hostilidades activas. En conflictos armados de carácter no internacional tal principio no existe y aquellos que combaten pueden ser castigados de acuerdo con la legislación nacional, por el mero hecho de haber combatido, aun cuando hayan respetado el derecho humanitario internacional. Los ‘trabajos preparatorios’ del artículo 6(5) indican que este precepto tiene el propósito de alentar la amnistía, es decir, como una especie de liberación al término de las hostilidades para quienes fueron detenidos o sancionados por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. No pretende una amnistía para aquellos que han violado el derecho humanitario internacional¹⁵¹.

150 *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, CIDH, OEA Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, párr. 345.

151 Carta del doctor Toni Pfanner, Jefe de la División Legal, Comité Internacional de la Cruz Roja, oficina central en Ginebra, al autor (abril 15, 1997) (archivada por el autor) (traducción y énfasis nuestros). La interpretación del Comité Internacional de la Cruz Roja cita una declaración hecha por el delegado soviético en la Conferencia Diplomática en la que se

El derecho humanitario internacional de esta manera no contradice o apoya una exención de las restricciones impuestas por la legislación interamericana de derechos humanos sobre amnistías de violaciones serias a los derechos humanos.

2. La paz y la reconciliación

La doctrina interamericana no acepta que el fin de las amnistías de promover la paz y la reconciliación nacional justifique que se las aplique a las violaciones serias a los derechos humanos. En el caso del asesinato de Monseñor Romero, El Salvador pretendió justificar la liberación de los imputados “por aplicación de la Ley de Amnistía para la Consolidación de la Paz ... como una ‘medida encaminada a asegurar la existencia de un nuevo Estado democrático y en paz como única forma de preservar los derechos humanos’”¹⁵². Argumentó que los Acuerdos de Paz y su creación del mecanismo de una comisión de la verdad reconocieron “la necesidad de cerrar un capítulo trágico de nuestra historia y con ello evitar abrir heridas recién cerradas o, en el peor de los casos, evitar una cadena de venganzas que en definitiva pudo haber acarreado una nueva polarización en la sociedad salvadoreña”¹⁵³.

A pesar de la “importancia de la paz” la Comisión contestó que “Las consideraciones de carácter general sobre la situación

negoció el Protocolo Adicional II. Dicha declaración dice que el precepto que más tarde se convirtió en el artículo 6(5) “no puede ser interpretado como que permite a los criminales de guerra, o a aquellos culpables de crímenes en contra de la paz o de crímenes de lesa humanidad, evadir severos castigos en cualquier circunstancia”. *Ibidem.*, páginas 1-2 (traducción nuestra).

Respecto al punto separado referente a si el derecho humanitario internacional prohíbe amnistías de violaciones a sus normas, la interpretación del Comité Internacional de la Cruz Roja concluye ambiguamente: “A la inversa, uno tampoco puede afirmar que el derecho humanitario internacional excluye absolutamente cualquier amnistía incluyendo personas que han cometido serias violaciones del derecho humanitario internacional, siempre cuando el principio de que aquellos que han cometido graves violaciones tienen que ser o procesados o extraditados no sea invalidado en su substancia”. *Ibidem.*, página 2 (traducción nuestra). En cualquier caso, independientemente de si el derecho humanitario internacional prohíbe tales amnistías, la doctrina interamericana de derechos humanos las prohíbe, como se ha descrito en el texto, arriba, en la medida en que la misma conducta puede también constituir una seria violación de derechos humanos. *De la Locura a la Esperanza: La Guerra de 12 Años en El Salvador, Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador*, nota 5 arriba, páginas 10-13.

152 *Romero*, nota 13 arriba, párr. 3.

153 *Ibidem.*, párr. 20.

en un Estado no pueden de manera alguna ser utilizadas para impedir una decisión de la Comisión respecto a un caso individual”¹⁵⁴. Precisó que “la paz ... no debe impedir la justicia, que incluye la investigación y castigo de las violaciones de derechos humanos”¹⁵⁵.

Igualmente la Corte no acepta que las amnistías de violaciones serias sean justificadas por el fin de consolidar la paz. En el caso *Loayza Tamayo* el Estado peruano explicó que su amnistía fue aprobada “dentro del marco del proceso de pacificación”¹⁵⁶. Esta afirmación no impidió que la Corte declarara la amnistía violatoria de la Convención. En su Voto Concurrente, el juez García Ramírez, citando el *Informe Joinet* de las Naciones Unidas¹⁵⁷, opinó que prohibir las amnistías para delitos graves en contra del derecho internacional no constituye un obstáculo a la reconciliación nacional, sino que permite que “se puedan sentar los cimientos de una ‘reconciliación fuerte y duradera’”¹⁵⁸. Es decir, “el pronunciamiento de la Corte [en contra de la amnistía peruana] en el presente caso no pugna con los esfuerzos que se hagan para favorecer la paz interna y reconciliación ...”¹⁵⁹.

3. Las comisiones de la verdad

Asimismo en el *Caso Romero*, según el Estado, a raíz del Informe de la Comisión de la Verdad, “En El Salvador se conoció la verdad y no se la cubrió, ...”¹⁶⁰. Sin embargo, la Comisión Interamericana contestó que “... pese a la importancia que tuvo la Comisión de la Verdad ..., las funciones desempeñadas por ella no sustituyen el proceso judicial como método para llegar a la verdad”¹⁶¹. Tal mecanismo no satisface la

154 *Ibidem.*, párr. 155.

155 *Ibidem.*, párr. 162.

156 *Loayza Tamayo*, nota 118 arriba, párr. 167.

157 Véase la parte M abajo.

158 *Loayza Tamayo*, nota 24 arriba, Voto Concurrente del juez García Ramírez, párr. 10 (citando textualmente al *Informe Joinet*, párr. 49).

159 *Ibidem.*, párr. 12.

160 *Ibidem.*, párr. 20.

161 *Ibidem.*, párr. 149.

“obligación indelegable del Estado de investigar las violaciones ..., de identificar a los responsables, de imponerles sanciones ..., todo dentro de la necesidad imperativa de combatir la impunidad”¹⁶². De igual manera la Comisión rechazó la pretendida defensa de la amnistía chilena, fundamentada en los esfuerzos de la comisión de verdad de Chile¹⁶³.

Por otro lado la Comisión ha recomendado que se establezca una comisión de la verdad para investigar la dictadura en Paraguay¹⁶⁴.

4. Las cuestiones políticas

En El Salvador la Corte Suprema de Justicia desestimó en 1993 una demanda de inconstitucionalidad llevada en contra de la Ley de Amnistía, por considerarla una “cuestión política no justiciable”¹⁶⁵. Pero la Comisión Interamericana, al contrario, opinó que esa decisión no se justificó en la doctrina de las “facultades delegadas” a otras ramas de un gobierno democrático¹⁶⁶. El efecto de la sentencia nacional fue “la consolidación de la impunidad” y por lo tanto “dicha decisión judicial configura una violación del artículo 25 de la Convención Americana”¹⁶⁷.

162 *Ibidem.*, párr. 150; véase también *Ellacuría*, nota 13 arriba, párr. 229-31.

163 Véase, e.g., *Catalán Lincoleo*, nota 103 arriba, párrs. 53, 55, 81-86.

164 *Tercer Informe sobre Paraguay*, nota 13 arriba, párrs. 36 y 44.

165 Véase *Romero*, nota 13 arriba, párr. 139. Sin embargo, recientemente la Corte Suprema de El Salvador cambió de criterio. Opinó que la constitucionalidad –a diferencia de la conveniencia– de la ley de amnistía no es una cuestión política. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de septiembre de 2000, en los procesos 24-97 y 21-98, páginas 22-23. Señaló que las cortes inferiores deben aplicar la ley de amnistía únicamente en aquellos casos en los que “no impida la protección en la conservación y defensa de los derechos de las personas, es decir, cuando se trata de delitos cuya investigación no persigue la reparación de un derecho fundamental”. *Ibidem.*, p. 39.

166 *Romero*, nota 13 arriba, párr. 139 y nota 135. En la nota 135 la Comisión citó su resolución en el caso *Gustavo Carranza*, caso 10.087, Argentina, informe 30/97, *Informe Anual CIDH*, párrs. 42-44 y 63. La interpretó en el sentido de que “cuando la doctrina de la cuestión política tiene el efecto de impedir una decisión judicial sobre el fondo de una denuncia de violación de derechos fundamentales, ello puede constituir una violación del derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por la Convención Americana”.

167 *Romero*, nota 13 arriba, párr. 140.

5. La cosa juzgada

En la última etapa del caso del asesinato de los jesuitas ante la Comisión –ya vencido el plazo para presentar defensas– El Salvador argumentó que el juicio ante los tribunales nacionales “produjo el efecto de *res judicata* para los que fueron absueltos o condenados”¹⁶⁸. Por ser tarde y por no presentar ningún hecho nuevo, la Comisión no hizo caso a este planteamiento¹⁶⁹. De todos modos, el derecho internacional no le otorga efecto de *res judicata* a un proceso, como el del *Caso Jesuitas*, cuyo fin es obstaculizar en vez de lograr la justicia¹⁷⁰.

6. La retroactividad

Asimismo El Salvador argumentó tarde ante la Comisión en el *Caso Jesuitas* que la derogatoria de la Ley de Amnistía violentaría “el precepto de la irretroactividad de la ley, consagrado en la Constitución de la República ...”¹⁷¹. Aunque la Comisión rechazó esta defensa sin considerarla por extemporánea, la respuesta podría ser que el principio en contra de las leyes retroactivas no se aplica a los hechos violatorios del derecho internacional en el momento de cometerse, no importa si fueron o no tipificados por la ley nacional vigente¹⁷². En un caso posterior la Comisión rechazó en forma explícita la defensa de la irretroactividad, siempre que los actos fueran delictivos en el momento de cometerse y el proceso fuera impedido por una ley de amnistía violatoria de la Convención¹⁷³.

168 *Ellacuría*, nota 13 arriba, párr. 242.

169 *Ibidem.*, párr. 244.

170 Véase, e.g., el Estatuto de la Corte Penal Internacional, nota 2 arriba, artículo 20.3; *Barrios Altos*, nota 120 arriba, párr. 41. En el caso chileno *Catalán Lincoleo*, nota 103 arriba, párrs. 22 y 33, una corte militar sobreseyó un proceso nuevo, con el argumento de que una sentencia anterior, fundamentada en la ley de amnistía, fue cosa juzgada. La Comisión no obstante insistió en la necesidad de un proceso penal, pero la razón no queda clara; tal vez fue porque el principio de cosa juzgada no fue admisible para el caso, *ibidem.*, párr. 22, o tal vez porque fue otra aplicación más de la ley de amnistía violatoria de la Convención, *ibidem.*, párrs. 57, 65 y 69.

171 *Ellacuría*, nota 13 arriba, párr. 242.

172 Pacto de Derechos Civiles y Políticos, nota 22 arriba, artículo 15.2 que dice que el principio de la irretroactividad no se opone “al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

173 *Catalán Lincoleo*, nota 103 arriba, párr. 56.

7. La prescripción

La Corte opinó en *Barrios Altos* que es “inadmisibles” la prescripción para impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos¹⁷⁴. Si bien parece que en ese caso no se había aplicado la prescripción, en otro caso la Comisión sí rechazó una sentencia chilena fundamentada en la prescripción de un proceso amnistiado¹⁷⁵.

8. Otros excluyentes de responsabilidad penal

En *Barrios Altos* la Corte desestimó, más allá de la amnistía y de la prescripción, “el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos ...”¹⁷⁶. Aunque el alcance de este principio queda por definirse, parece que la Corte desea advertir que lo que importa son los efectos negativos de una ley –de impedir el cumplimiento con el deber internacional de investigar y sancionar– y no el título, superando así la mera formalidad¹⁷⁷.

9. Constitución Nacional

De acuerdo con el principio de que la ley nacional no justifica el incumplimiento de los deberes internacionales, no se acepta el argumento de que la Constitución Nacional autoriza una ley de amnistía que viola la Convención Americana¹⁷⁸.

174 *Barrios Altos*, nota 120 arriba, párr. 41 y Voto Concurrente del juez García Ramírez, párr. 13.

175 *Catalán Lincoleo*, nota 103 arriba, párrs. 22, 33, 85-86.

176 *Barrios Altos*, nota 120 arriba, párr. 41.

177 En su Voto Concurrente, explica el juez García Ramírez: “La tipificación de esas conductas y el procesamiento y 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 ofendan gravemente esos bienes jurídicos primordiales”. *Barrios Altos*, Voto Concurrente del juez García Ramírez, párr. 13.

178 *López González*, nota 105 arriba, párr. 81; véase también *Loayza Tamayo*, nota 119 arriba, párr. 168.

G. Revisión de procesos

¿Qué pasa si un Estado pretende investigar o procesar a los culpables de violaciones serias a los derechos humanos, pero sin seriedad o eficacia? ¿Quedarían así en la impunidad?

La respuesta de la Corte así como de la Comisión Interamericana es de no aceptar la mera apariencia de justicia. Al contrario, están dispuestas a revisar y privar de validez jurídica, en el plano internacional, a los procesos nacionales que no sean serios.

Ya en su primera sentencia contenciosa en el caso *Velásquez*, la Corte enfatizó que la obligación estatal de garantizar los derechos “no se agota con la existencia de un orden normativo ..., sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía”¹⁷⁹. La Corte insiste en que la obligación de investigar y sancionar a los violadores de los derechos humanos “debe ser cumplido seriamente y no como una mera formalidad”¹⁸⁰.

Aún cuando la Comisión no se considera una “cuarta instancia” para revisar procesos nacionales y evaluar las pruebas evacuadas en ellos¹⁸¹, tampoco acepta los procesos nacionales que sean chantajes. Por ejemplo, en cuanto al proceso penal salvadoreño en el caso del asesinato de los padres jesuitas, la Comisión concluyó que el proceso en sí violó la Convención Americana, por no ser “imparcial ni objetivo” y por estar viciado por “actos concatenados y orquestados para dar una apariencia de regularidad”¹⁸².

179 *Velásquez*, nota 17 arriba, párr. 167.

180 *Suárez Rosero*, nota 29 arriba, párr. 79; *Bámaca*, nota 12 arriba, párr. 212.

181 La “premisa básica” de la fórmula de la cuarta instancia “es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención”. *Santiago Marzióni*, caso 11.763, Argentina, informe 39/96, 15 de octubre de 1996, párr. 50. Si “se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición [ante la CIDH] debe ser rechazada ...”. *Ibidem.*, párr. 51.

182 *Ellacuría*, nota 13 arriba, párr. 142.

Pueden surgir dificultades cuando los Estados pretenden llevar a cabo procesos que no son tan obviamente fraudulentos como en el *Caso Jesuitas*, pero que requieren de un grado de escrutinio para revelar su falta de seriedad o al menos de eficacia. En tales casos la Corte se ha mostrado dispuesta a hacer una revisión franca y minuciosa de las actuaciones judiciales nacionales. En el caso guatemalteco *Villagrán Morales y Otros*¹⁸³, sobre asesinatos de niños de la calle que quedaron en la impunidad, la Corte no aceptó el intento de Guatemala de defenderse con base en los procesos judiciales internos en contra de los policías señalados como responsables.

En primer lugar –dijo la Corte– “... Guatemala no puede excusarse de la responsabilidad relacionada con los actos u omisiones de sus autoridades judiciales, ya que tal actitud resultaría contraria a lo dispuesto por el artículo 1.1 en conexión con los artículos 25 y 8 de la Convención”¹⁸⁴.

En consecuencia, “El esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”. En tales casos, de acuerdo con la jurisprudencia europea¹⁸⁵ “la función del tribunal internacional es determinar si la integralidad de los procedimientos, así como la forma en que fue producida la prueba, fueron justos”¹⁸⁶. Por lo tanto, “la Corte debe efectuar un examen del conjunto de las actuaciones judiciales internas para obtener una percepción integral de tales actuaciones, y establecer si resulta o no evidente que

183 Véase nota 31 arriba.

184 Párr. 221.

185 Párr. 222, citando las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Vidal v. Bélgica*, caso 14/1991/266/337, Sentencia del 25 de marzo de 1992, y *Edwards v. Reino Unido*, caso 79/1991/331/404, Sentencia del 25 de noviembre de 1992. En *Edwards* la Corte Europea advirtió que “no está dentro de la competencia de la Corte Europea sustituir su propia apreciación de los hechos por la de los tribunales nacionales y, como regla general, les toca a esos tribunales evaluar las pruebas ante sí”. Sin embargo, la Corte Europea sí puede “determinar si los procedimientos en su totalidad, incluida la manera de recepción de pruebas, fueron justos”, párr. 34 (traducción nuestra). Como bien se ejemplifica en la sentencia de la Corte Interamericana en *Villagrán*, la frontera entre apreciación de pruebas (prohibida a una corte internacional) y revisión de la manera de recibir las pruebas (permitida), no es ni ancha ni clara. Véase nota 165 abajo.

186 *Villagrán Morales*, nota 31 arriba, párr. 222.

dichas actuaciones contravienen los estándares sobre el deber de investigar y derecho a ser oído y a un recurso efectivo ...”¹⁸⁷.

En el caso *Villagrán* la Corte encontró “abundantes constancias que demuestran que las autoridades judiciales ... faltaron al deber de adelantar una investigación y proceso judicial adecuados ...”¹⁸⁸. En primer lugar, se había omitido o practicado de manera deficiente una serie de diligencias para efectos del “esclarecimiento de los homicidios”¹⁸⁹. En segundo lugar, los tribunales nacionales contravinieron principios de valoración de la prueba¹⁹⁰.

Si bien la Corte no se pronunció sobre la culpabilidad de los policías acusados¹⁹¹ –evitando así convertirse en una “cuarta instancia”– la Corte sí concluyó que el Estado, por la falta de los órganos judiciales de investigar y procesar seriamente a los sindicatos, violó los artículos 1.1 y 8 de la Convención¹⁹².

187 *Ibidem.*, párr. 224.

188 Párr. 229.

189 Párr. 231. Entre otras: las “autopsias quedaron incompletas y fueron practicadas de una manera muy poco técnica; no se registraron ni conservaron las huellas digitales de los cadáveres, ni éstos fueron retratados de cuerpo entero; no se decretó el reconocimiento personal por testigos de uno de los acusados ...; no se llamó a declarar a presuntos testigos presenciales ...; no se decretó un peritaje dental ...; no se realizó la reconstrucción de los hechos en relación con el homicidio [de una víctima] ...; no se practicó allanamiento de las residencias de los sindicatos; no se investigó si habían sido adulterados los registros ...; no se indagó por el vehículo ..., a pesar de que una testigo proporcionó el número de su placa; las amenazas ... no fueron objeto de pesquisa alguna”.

190 “En lo referente a la apreciación de las pruebas, se observa que los tribunales intemos desestimaron por irrelevantes o tacharon absoluta o parcialmente ciertos testimonios importantes, aplicando criterios que merecen reparos”, párr. 232 [con varios ejemplos]. Además fue evidente que los jueces nacionales “fragmentaron el acervo probatorio y luego pretendieron enervar, caso por caso, los alcances de todos y cada uno de los elementos probatorios de la responsabilidad de los imputados. Esto contraviene los principios de valoración de la prueba, de acuerdo con los cuales las evidencias deben ser practicadas en su integralidad, ... De esa manera el Estado dejó de cumplir con la obligación de investigar efectiva y adecuadamente ...”, párr. 233.

191 Párr. 228. La Corte no tiene competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad individual, facultad que pertenece a las autoridades nacionales. Véase *Caso Caballero Delgado y Santana*, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, 1995 *Informe Anual Corte IDH* 135, 153 párr. 60, citando a Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, Serie A número 14, párr. 56.

192 Párr. 233.

H. Órdenes internacionales

Hace tiempo que la Comisión suele recomendar en sus resoluciones sobre casos que los estados investiguen y procesen a los responsables. Un ejemplo reciente es el caso del asesinato de los padres jesuitas. La Comisión recomendó a El Salvador lo siguiente: “Realizar una investigación completa, imparcial y efectiva, de manera expedita, conforme a estándares internacionales, a fin de juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones encontradas, sin perjuicio de la amnistía decretada”¹⁹³.

En contraste, en las primeras sentencias contenciosas, la Corte no ordenó a los estados que investiguen y procesen a los responsables de violaciones serias, talvez porque tenía dudas acerca del alcance de su competencia reparatoria¹⁹⁴. Sin embargo, a partir de 1995¹⁹⁵, a pesar de las objeciones estatales¹⁹⁶ y de una inconstancia inicial¹⁹⁷, la Corte ha desarrollado una práctica coherente de ordenar que los estados investiguen y procesen¹⁹⁸. Un ejemplo reciente es el *Caso Blake*, en el cual la Corte ordena “que el Estado de Guatemala investigue los hechos ..., identifique y sancione a los responsables y adopte las disposiciones en su derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación ..., lo que informará a la Corte, semestralmente, hasta la terminación de los procesos correspondientes”¹⁹⁹.

193 *Ellacuría*, nota 13 arriba, párr. 241.1.

194 Véase Douglass Cassel, “The Inter-American Human Rights System: A Functional Analysis”, en *Liber Amicorum - Héctor Fix-Zamudio*, nota 16 arriba, 521, 529-31.

195 *Caso Caballero y Delgado*, 1995 Informe Anual Corte IDH 135, 154 párr. 69, 155 párr. 72(5).

196 E.g., *Caso El Amparo*, Reparaciones, 1996 Informe Anual Corte IDH 159, 171 párr. 55.

197 E.g., *Caso Neira Alegría*, Reparaciones, 1996 Informe Anual Corte IDH 179, 191 párr. 4 (la Corte ordenó que el Perú haga lo posible para localizar, identificar y entregar los restos a la familia, pero no ordenó explícitamente investigación o proceso penal). Además en el *Caso Caballero Delgado*, aún cuando la Corte en la sentencia sobre el fondo ordenó procesar y castigar a los responsables, nota 170 arriba, en la Sentencia de 29 de enero de 1997 sobre Reparaciones, no se repitió tal orden, sino solamente se ordenaron esfuerzos para localizar los restos y entregarlos a la familia. 1997 Informe Anual Corte IDH 63, 75-76, párr. 66(4).

198 E.g., *Paniagua*, nota 27 arriba, párr. 181.6; *Castillo Páez*, nota 24 arriba, párr. 118.2; *Loayza Tamayo*, nota 24 arriba, párr. 192.6; *Villagrán Morales*, nota 31 arriba, párr. 253.8; *Durand y Ugarte*, nota 12 arriba, párr. 146.7; *Caso Cantoral Benavides*, Serie C número 69, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Fondo, párr. 198.12.

Más allá de recomendar medidas en casos concretos, la Comisión ha llegado hasta recomendar que el Estado derogue las mismas leyes de amnistía²⁰⁰. Si bien la Corte no ha ordenado que un Estado derogue tales leyes –lo cual podría implicar cuestiones de separación de poderes y teoría democrática– ha fallado el equivalente indirecto, al declarar que las leyes vigentes de amnistía “carecen de efectos jurídicos”²⁰¹ y que no pueden aplicarse, ni en el caso examinado, ni en otros casos²⁰².

I. Otros tratados

En adición a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tres tratados interamericanos recientes restringen las amnistías de serias violaciones a los derechos humanos y al menos en los Estados Partes, imponen deberes de sancionar, los cuales parecen ser inconsistentes con las amnistías. La Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura²⁰³, en vigor desde 1987, tiene 16 Estados Partes y cuatro firmantes adicionales a principios de 2001²⁰⁴. Impone a los Estados Partes la obligación de tomar medidas efectivas para sancionar la tortura²⁰⁵ y otras penas crueles, inhumanas o degradantes²⁰⁶ y de establecer su jurisdicción sobre el delito o conceder la extradición de toda persona acusada de haber cometido el delito de tortura²⁰⁷. Los Estados Partes también deben garantizar a toda

199 *Caso Blake*, nota 27 arriba, párr. 75.1. Además, en dos casos recientes, la Corte ordenó que el Estado debe “divulgar públicamente” los resultados de la investigación. *Bámaca*, nota 12 arriba, párr. 230.8; Tribunal Constitucional, nota 12 arriba, párr. 130.4.

200 *López González*, nota 105 arriba, párr. 82.2; *Cruz Ocalio*, nota 105 arriba, párr. 66.2.

201 *Barrios Altos*, nota 120 arriba, párr. 51.4.

202 *Ibidem.*, párrs. 44 y 51.5.

203 9 de diciembre de 1985, OEA Serie de Tratados Núm. 67, OEA Doc. OEA / Ser. A / 42 (SEPF).

204 Véase <http://www.oas.org> (consultada el 5 de junio de 2001). Los Estados Partes son Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Otros países signatarios son Bolivia, Haití, Honduras y Nicaragua. *Ibidem.* La única reserva en vigor, hecha por Chile, no se refiere al deber de procesar ante los tribunales nacionales.

205 Artículos 1 y 6.

206 Artículo 6.

207 Artículos 11, 12 y 13. Sobre los tratados que imponen una obligación de sancionar o extraditar, véase en general, M. Cherif Bassiouni and Edward M. Wise, *Aut Dedere aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law* (1995).

persona que denuncie haber sido sometida a tortura “el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente” y deben iniciar de inmediato una investigación y, “cuando corresponda, el respectivo proceso penal”²⁰⁸. Además los Estados se comprometen a incorporar a sus legislaciones normas que “garanticen una compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura”²⁰⁹.

La Corte ha aplicado esta Convención para concluir que cuando hay denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido tortura, surge “la obligación del Estado de proceder de oficio y en forma inmediata”²¹⁰. Si en tales circunstancias el Estado no inicia una investigación formal, ni tampoco investiga en la práctica, viola múltiples artículos de esta Convención²¹¹.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas²¹², en vigor desde 1996, tiene ocho Estados Partes y ocho signatarios adicionales²¹³. Los Estados Partes se comprometen a sancionar las desapariciones forzadas²¹⁴ y a ejercer su jurisdicción sobre los autores de los delitos o a extraditarlos²¹⁵.

Citando estos dos tratados sobre la tortura y la desaparición forzada, la Comisión Interamericana comentó en los casos chilenos que a algunos de los delitos de derechos humanos “se consideran de tal gravedad que han justificado la adopción, en

208 Artículo 8.

209 Artículo 9.

210 Villagrán Morales, nota 31 arriba, párr. 251; Cantoral Benavides, nota 198 arriba, párr. 189; véase también Paniagua Morales, nota 27 arriba, párrs. 133-36; Raquel Martín de Mejía, caso 10.970, CIDH, Perú, informe 5/96, 1 de marzo de 1996, texto a sus notas a pie 106-07; Bámaca, nota 12 arriba, párr. 221.

211 Villagrán Morales, párrs. 250-52; Cantoral Benavides, párrs. 189-91; Bámaca, nota 12 arriba, párrs. 222-23 (violación por no investigar “eficazmente”).

212 9 de junio de 1994, OEA Doc. OEA/Ser.P AC/doc.3114/94 rev.1.

213 Véase <http://www.oas.org> (consultada el 5 de junio de 2001). Los Estados Partes son Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Otros países que la han firmado son Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua y Perú. La única reserva en vigor, por Guatemala, se refiere a la extradición de nacionales.

214 Artículo I.

215 Artículos IV, V y VI.

varios instrumentos internacionales, de medidas específicas para evitar su impunidad, incluyendo la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad de los delitos”²¹⁶.

Finalmente, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer²¹⁷, en vigor desde 1995, tiene 30 Estados Partes²¹⁸. Ellos convienen en adoptar las políticas orientadas a sancionar y a actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar la violencia contra la mujer²¹⁹ y a establecer procedimientos legales justos y eficaces que incluyan medidas de protección, un juicio oportuno²²⁰ y el acceso efectivo a las reparaciones²²¹.

En pocas palabras, además de las restricciones a las amnistías basadas en la jurisprudencia expuesta en las secciones anteriores, los Estados Partes de estos tratados asumen el deber de procesar y sancionar (o en el caso del delito de tortura y desapariciones forzadas, el deber de extraditar) a los culpables del delito de tortura o de otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a los culpables de desapariciones forzadas y de violencia en contra de la mujer. Puede interpretarse justamente que estos tratados impiden la amnistía para este tipo de violaciones a los derechos humanos, ya que nada en su len-

216 Por ejemplo, *Hermosilla*, nota 88 arriba, página 175 párr. 47 y nota 7, citando, respecto a la jurisdicción universal, el artículo II de la Convención sobre Tortura y los artículos V y VI de la Convención sobre Desaparición. Respecto a la imprescriptibilidad, la Comisión citó el artículo VII de la Convención sobre Desaparición (la cual permite como una alternativa, en los estados donde las prescripciones son mandatorias, el uso del período de la prescripción que corresponda a los delitos más graves reconocidos por el Estado).

217 9 de junio de 1994, impreso nuevamente en La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano* (Actualizado a mayo de 1996), 95, OEA Doc. OEA/Ser.LV/11.92, doc. 31 rev. 3 (1996), página 125.

218 Véase <http://www.oas.org> (consultada el 5 de junio de 2001). Los Estados Partes son Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Grenadinas, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Ninguna reserva ha sido hecha hasta la fecha.

219 Artículo 7 y 7(b).

220 Artículo 7(f).

221 Artículo 7(g).

guaje o en el objeto y fin de los mismos²²² prevé las amnistías.

J. Jurisdicción universal

Los pactos interamericanos contra la tortura y la desaparición forzada autorizan –y hasta imponen el deber condicional de ejercer– la jurisdicción universal sobre tales delitos. Disponen: “Todo Estado parte tomará ... las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito ... cuando el presunto delincuente se encuentre en el ámbito de su jurisdicción y no proceda a extraditarlo ...”²²³.

Además, luego de la detención del general Pinochet en Londres en 1998 a solicitud de los tribunales españoles, la Comisión emitió una recomendación a los estados para que adopten las medidas legislativas y de otra naturaleza que sean necesarias para invocar y ejercer la jurisdicción universal frente a los individuos en materia de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra²²⁴.

K. Asilo político

De manera similar, a raíz de la fuga del ex jefe de inteligencia peruano Vladimiro Montesinos a Panamá en 2000, la Comisión recomendó a los estados que se abstengan de otorgar asilo político a presuntos autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales, tales como desapariciones forzadas, tortura, ejecuciones sumarias, crímenes de guerra y crímenes contra la paz²²⁵. La recomendación se fundamentó, en parte, en

222 Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1978, 1177 N.U. Serie de Tratados 331, artículo 31(l).

223 Véase nota 203 arriba (tortura), artículo 12 y nota 212 arriba (desapariciones), artículo IV. Estas disposiciones son adicionales al deber de los Estados Partes de adoptar medidas para establecer su jurisdicción para los casos en los que la tortura o la desaparición forzada se comete en el “ámbito de su jurisdicción”, o el imputado sea nacional del Estado, o la víctima sea nacional del Estado, “y éste lo considere apropiado”. *Ibidem*.

224 OEA/Ser/L/V/II.101 Doc. 69, 8 de diciembre de 1998, incorporado en 1998 *Informe Anual CIDH*, capítulo VII, *Recomendaciones de la CIDH*, número 21.

225 CIDH, *Comunicado de Prensa Número 16/00*, 20 de octubre de 2000, anexo, *Asilo y Crímenes Internacionales*.

el reconocimiento por parte de los estados de que el asilo no puede otorgarse cuando existan serios indicios de tales crímenes²²⁶. También se basó en el artículo 1.1 de la Convención Americana y en los pactos interamericanos contra la tortura y contra la desaparición forzada. Estos últimos imponen el deber de procesar o bien de extraditar a personas señaladas por la comisión de tales delitos²²⁷.

L. La Corte Penal Internacional

En 1998 la Comisión también recomendó a los Estados que ratifiquen el Estatuto de la Corte Penal Internacional²²⁸. Cuando se venció el plazo para firmar el pacto a fines del año 2000, 26 de los Estados Americanos eran signatarios y hasta mayo de 2001 siete ratificaron o accedieron al pacto²²⁹.

M. Doctrina de otros sistemas

Aunque aquí no se pretende analizar de manera exhaustiva la doctrina de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos sobre la impunidad, cabe referirse bre-

226 La Comisión no citó los fundamentos jurídicos de esta afirmación. Véase, por ejemplo, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951, entrada en vigor el 22 de abril de 1954, 189 U.N.T.S. 137, artículo 1.F: “Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: (a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, ...”.

227 Véanse notas 207 y 215 arriba. La recomendación de la Comisión no menciona al artículo 15 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que dispone, “Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como limitación del derecho de asilo, cuando proceda, ...” ni tampoco el artículo XV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que dispone, “Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las partes” (algunos de los cuales reconocen el derecho a solicitar asilo político). No obstante, tales disposiciones no van en contra de la recomendación de la Comisión. Si un acusado de cometer tortura o desaparición forzada no puede ser extraditado a su país de origen por temor fundado de persecución política allí, el país donde él se encuentra sigue con el deber, o bien de procesarlo o bien de entregarlo a un tercer país dispuesto a procesarlo.

228 OEA/Ser/L/V/II.101 Doc. 70, 8 de diciembre de 1998, incorporado en 1998 *Informe Anual CIDH*, capítulo VII, *Recomendaciones de la CIDH*, número 21.

229 Los Estados Partes son Argentina, Belice, Canadá, Dominica, Paraguay, Trinidad y Tobago, y Venezuela. Los ocho Estados que no firmaron ni accedieron son Cuba, El Salvador, Grenada, Guatemala, Nicaragua, St. Kitts y Nevis, St. Vincent y las Grenadinas y Surinam. Véase <http://www.iccnw.org> (consultada el 5 de junio de 2001).

vemente al menos a la doctrina de ellos citada por los órganos interamericanos.

La Comisión ha expresado que su doctrina y práctica sobre amnistía “coincide” con las conclusiones del informe final de 1997 del relator para el tema de la impunidad de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Louis Joinet²³⁰. Varios jueces de la Corte también han citado el *Informe Joinet*²³¹.

El proyecto de principios elaborado por Joinet propone que los estados tienen el deber de investigar, procesar, juzgar y condenar a penas apropiadas, a los responsables de violaciones²³². En cuanto a las amnistías, propone: “Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional y los autores de violaciones masivas o sistemáticas, no podrán beneficiarse de la amnistía a menos que las víctimas dispongan de un recurso eficaz y obtengan una decisión equitativa y efectiva”²³³.

Hasta la fecha, ni el *Informe Joinet* ni sus principios han ganado aprobación por el órgano superior de la Subcomisión, es decir la Comisión de Derechos Humanos. Decisiones sobre el *Informe Joinet* han sido postergadas repetidamente²³⁴, más recientemente en la forma de proponer el posible nombramien-

230 Romero, nota 13 arriba, párr. 127; véase también *Ellacuría*, nota 13 arriba, párr. 204; *López González*, nota 105 arriba, párr. 81 nota 23; y el argumento de la Comisión ante la Corte Interamericana en *Castillo Páez*, nota 24 arriba, citado en párr. 100 de la sentencia, todos citando a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *La Administración de Justicia y Los Derechos Humanos de Los Detenidos*, informe final acerca de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por Louis Joinet, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 de junio de 1997.

231 Voto Razonado Conjunto de los Jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli en *Loayza Tamayo*, nota 127 arriba, nota 1; Voto Concurrente del juez García-Ramírez, nota 130 arriba, párr. 10.

232 *Informe Joinet*, nota 230 arriba, Principio 20.

233 *Ibidem.*, Principio 28(a).

234 Resolución 1998/53 de la Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1998/53, 17 de abril de 1998 (tomando nota del *Informe Joinet* y solicitando mayores informaciones del Secretario General); Resolución 1999/34 de la Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1999/34, 23 de abril de 1999 (recordando el *Informe Joinet* y solicitando mayores informaciones del Secretario General).

to de un nuevo experto para la Comisión, con el mandato de investigar el tema de la impunidad²³⁵.

Algo similar ha sido el destino de las recomendaciones formuladas en el informe de 1993 del relator para el tema de la reparación de la Subcomisión de Derechos Humanos, Theo van Boven²³⁶, también citado por la Comisión y por miembros de la Corte Interamericana²³⁷. La Comisión de Derechos Humanos, a su vez, decidió que se debe nombrar un nuevo relator, el profesor M. Cherif Bassiouni, cuyo Informe Final sobre el tema igualmente ha caído víctima de demoras, sin aprobación hasta la fecha²³⁸.

Sin embargo, cabe notar la fuerte condena retórica de la impunidad por parte de la Comisión, cuyas resoluciones subrayan la “importancia de luchar contra la impunidad” por las violaciones de los derechos humanos y “de adoptar todas las medidas posibles y necesarias para que respondan ante la justicia los autores, incluidos los cómplices, ...”²³⁹.

235 Resolución 2001/70 de la Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2001/70, 25 de abril de 2001; Resolución 2000/68 de la Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2000/68, 27 de abril de 2000. Sin mencionar el *Informe Joinet*, las dos resoluciones solicitan al Secretario General que recabe opiniones sobre el posible nombramiento de un experto independiente sobre el tema de la impunidad.

236 Theo van Boven, *Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms - Final Report*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 02.07.93.

237 *Tercer Informe de la Comisión sobre Paraguay*, nota 13 arriba, párr. 43 (recomendación de que Paraguay tome en cuenta los principios Van Boven para efectos de indemnizaciones y reparaciones); Voto Razonado Conjunto de los Jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, nota 127 arriba, nota 3.

238 Comisión de Derechos Humanos, Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular las Cuestiones Relacionadas con: la Independencia del Poder Judicial, La Administración de Justicia, La Impunidad: *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe Final del Relator Especial, M. Cherif Bassiouni, U.N. Doc. E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000, y su párr. 1; Resolución 2000/41 de la Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2000/41, 20 de abril de 2000 (tomando nota del *Informe Bassiouni* y solicitando al Secretario General que recabe opiniones sobre los proyectos de principios); Decisión 2001/105 de la Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/DEC/2001/15, 25 de abril de 2001 (contemplando reunión consultiva para efectos de finalizar los principios). Entre otros, el principio 4 del proyecto *Bassiouni* propone, “Las violaciones de normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que son crímenes de derecho internacional conllevarán el deber de enjuiciar y castigar a los autores ...”.

239 Resolución 2001/70, nota 235 arriba, párrs. 1 y 2.

No obstante tal falta de precisión por parte de la Comisión de Derechos Humanos, órgano político de las Naciones Unidas, los comités de expertos de la ONU han criticado diversas amnistías en América Latina, por ser violatorias de los pactos de derechos humanos²⁴⁰. Además, el Secretario General en su informe reciente sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, afirma que Naciones Unidas ha sostenido de manera consistente que no se puede otorgar amnistía para crímenes internacionales, tales como genocidio, crímenes de lesa humanidad u “otras violaciones serias del derecho internacional humanitario”²⁴¹.

En el sistema europeo, aunque no tocó la cuestión de amnistía, la Corte Europea de Derechos Humanos interpretó el derecho a un recurso eficaz para violaciones de los derechos humanos, en el sentido de imponer un deber estatal de investigar y procesar por lo menos las violaciones serias²⁴². Opinó

240 Véase nota 23 arriba y los siguientes documentos del Comité de Derechos Humanos en su monitoreo del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *Observaciones Finales: Perú*, 15 de noviembre de 2000, U.N. Doc. CCPR/CO/70/PER, párr. 9 (leyes de amnistía del Perú de 1996 impiden la investigación y el castigo, violando el artículo 2 del Pacto); *Observaciones Finales: Chile*, 30 de marzo de 1999, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.104, párr. 7 (la amnistía chilena impide que el Estado chileno cumpla sus obligaciones con arreglo al artículo 2.3 del Pacto); *Observaciones Finales: Perú*, 18 de noviembre de 1996, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.72, párr. 9 (deplorando que se hayan seguido sus recomendaciones referentes a la ley de amnistía); *Observaciones Finales: Perú*, 25 de julio de 1996, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.67, párrs. 9-10 (la amnistía peruana viola el artículo 2 del Pacto); *Observaciones Finales: Haití*, 3 de enero de 1995, U.N. Doc. A/50/40, párrs. 224-241, párr. 4 (la amnistía haitiana es preocupante). Véase también las *Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura: Perú*, 15 de noviembre de 1999, U.N. Doc. A/55/44, párrs. 56-63, en especial párr. 59.g y 61.d (la amnistía peruana no debe aplicarse a los casos de tortura); *López González*, nota 105 arriba, párr. 81 nota 23 (citando varios informes del Comité de Derechos Humanos y del Comité Contra la Tortura que critican la amnistía peruana).

241 *Informe del Secretario General sobre el Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona*, U.N. Doc. S/2000/915, 4 de octubre de 2000, página 5 párr. 22. Por lo tanto se acordó no aplicar la amnistía de Sierra Leona a tales crímenes. *Ibidem.*, párrs. 23-24.

242 *Aksoy v. Turkey*, Cte. Eur. DD.HH, caso número 100/1995/606/1994, Sentencia del 18 de diciembre de 1996, párr. 95-100 (en <http://www.dhcour.coe.fr/eng/AKSOY.html>). La sentencia se fundamentó en el Artículo 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual dispone: “ Toda persona cuyos derechos y libertades consagrados en esta Convención sean violados tendrá un recurso eficaz ante una instancia nacional no obstante que la violación sea cometida por personas actuando en su capacidad oficial”. *Ibidem.*, párr. 88 (traducción nuestra). En el caso de tortura de un detenido, la Corte explicó, “ Dada la importancia fundamental de la prohibición de la tortura ... y la situación especialmente vulnerable de las víctimas de la tortura, el Artículo 13 impone, sin perjuicio de cualquier otro recurso proporcionado por el sistema nacional, una obligación de los estados de llevar a cabo una investigación exhaustiva y eficaz de los incidentes de tortura”.

que “ si un individuo tiene una demanda discutible en la que señala que ha sido torturado por agentes del Estado, el concepto de ‘ un recurso eficaz ’ incluye ... una investigación exhaustiva y eficaz, capaz de llevar a la identificación y sanción de los responsables y que permita acceso efectivo del demandante al proceso investigativo ”²⁴³.

En resumen, no se observa incoherencia entre la doctrina interamericana y la de los sistemas de protección de Naciones Unidas y del Consejo de Europa. Sin embargo, la doctrina interamericana es más elaborada y consolidada que la de estos otros sistemas.

N. Conclusión

En un plazo corto de unos 15 años y con base en instrumentos jurídicos poco explícitos en la materia, la Comisión y la Corte Interamericana han desarrollado una doctrina amplia, enérgica, y justificada de acuerdo con el texto general y los objetos de los instrumentos, para efectos de poner fin a la impunidad para violaciones serias a los derechos humanos. Este desarrollo refleja, por un lado, la consolidación de estas dos instituciones de protección y, por otro lado, la conciencia de que la impunidad no solo imposibilita la justicia para el pasado, sino que amenaza también el futuro del respeto para los derechos humanos.

Cierto es que la impunidad sigue vigente en las Américas, no solamente debido a las leyes de amnistía²⁴⁴. Sin embargo, en los momentos de adoptar las amnistías en diversos países durante los años 80 y a principios de los 90, no había claridad sobre los límites impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos. Para principios del siglo XXI, gracias a las labores de la Comisión y de la Corte, queda evidente que no se permite que las serias violaciones de los derechos humanos sean amnistiadas. Los tribunales nacionales asimismo han

243 *Ibidem.*, párr. 98 (traducción nuestra).

244 En Paraguay, por ejemplo, continúa la impunidad en la práctica, a pesar de que no hubo ley de amnistía y al contrario, hay leyes favorables a los derechos humanos. *Tercer Informe sobre Paraguay*, nota 13 arriba, párrs. 27-28.

comenzado a restringir las amnistías de antaño en países tales como Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras y el Perú.

Un primer paso –la condena formal de la impunidad– se ha dado. La tarea actual es convertirlo cada vez más en la realidad.

***IUS GENTIUM* Y CONCEPCIÓN ESTATALISTA DEL DERECHO EN RELACIÓN CON LOS NUEVOS DESARROLLOS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA**

Leopoldo Schiffrin

Emilio Mignone in memoriam

La exigencia de Justicia respecto del terrorismo desatado por los poderes fácticos dominantes en la vida argentina durante los años setenta produjo –al fin– en el derecho de nuestro país, una catarata de novedades que se suman a la corriente que reimplanta y desarrolla los principios del derecho de gentes en el orden internacional.

Que el conjunto de todas las personas humanas formamos una sola comunidad –más allá de todas las diferencias– y que la existencia de ese lazo origina de inmediato derechos y deberes recíprocos, es una conclusión a la que arribaron el pensamiento bíblico y el helénico al llegar a su madurez¹.

¹ v. en especial, Félix Flückiger, *Geschichte des Naturrechtes*, vol. I, *Altertum und Frühmittelalter*, Evangelischer Verlag A.G. Zollikon-Zürich, 1954. Esta obra llega hasta Santo Tomás, se ocupa profundamente del pensamiento helénico y del patrístico y solo desde allí aborda el tema bíblico. Sobre el tema de la justicia y su universalidad en el pensamiento bíblico efectué algunas breves indicaciones en el punto 24 de mi voto en el precedente *Schwammberger*, sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, de 30 de agosto de 1989, publicado en *El Derecho* t. 135 (v. el punto indicado en la página 336). Acerca del tema de la noción de Justicia en la Biblia hebrea, me impresiona el estudio de Eliezer Berkovits *Man and God*, Wayne University Press, Detroit, 1969, en sus caps. 5, 6 y 7, titulados, respectivamente, *The Biblical Meaning of Justice, Emeth, the Concept of Truth and Tsédek and Tsedaká*. En cuanto al pensamiento judío post-bíblico, éste no utiliza el término “derecho natural”, sino el de “Pacto de Noaj” (Noé) a cuyo respecto formulé algunas reflexiones en mi trabajo “Pro jure mundi”, publicado en la *Revista Jurídica de Buenos*

La historia de la ética social en gran parte consiste en el esfuerzo por dar realidad a esta idea: el derecho tiene su fuente de obligatoriedad en la simple circunstancia de que *todos* los seres humanos *co-existimos*. El fundamento trascendente que da lugar a que la *co-existencia* obligue es, para la tradición filosófica, el carácter trascendente de la razón que habita en cada hombre; para quienes profesamos la fe bíblica, en cambio, la voluntad creadora del Eterno. Solo un fuerte escepticismo –tanto teórico como práctico– puede derrumbar una u otra columna de la apelación trascendente de sobre la cual la *co-existencia* humana origina el derecho común a toda la familia humana.

El contenido de este derecho parte de mínimas certidumbres elementales para construirse en el enorme trabajo de la elaboración racional de la experiencia histórica. Su formulación ha ocupado desde siempre a los profetas, a los moralistas, a los sabios y a los juristas.

Frente a este derecho en estado de permanente devenir, pero afincado raigalmente en la conciencia de todo hombre capaz de dejar que la escuche su oído interno, se levanta la pretensión según la cual la voluntad de los órganos políticos de cada Estado sería la única fuente de producción y obligatoriedad del derecho.

Esta ideología surgió para vigorizar el poder de los Estados modernos europeos en la época de su formación y posterior consolidación. Consiste en el trasplante –a un terreno cualitativamente distinto– de la gran discusión teológica medieval concerniente a la autonomía de la razón universal, esto es, si, independientemente de la voluntad de un Dios personal,

Aires, 1998, página 19 y siguientes. Sobre la temática del Derecho Natural en el pensamiento griego y cristiano siempre me ha impresionado la obra de Hans Welzel *Derecho Natural y Justicia Material*, traducción del alemán de Felipe González Vicén, Aguilar, Madrid, 1957, página 80 y siguientes, y ya con más aproximación a nuestra problemática específica, la obra de Ernst Reibstein *Die Anfänge des neuen Natur- und Völkerrechts*, Verlag Paul Haupt-Berna, 1949. También, para muchos temas, hallo de especial interés la obra *Ius Naturae* de Eustaquio Galán y Gutiérrez, Madrid, 1961; e igualmente, con amplia referencia a la tradición católica, pero con criterio independiente, puede verse la obra de John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, reimpresión de 1986.

el derecho y la moral encuentran su directo fundamento en la Razón con mayúscula, que aparece como una concepción idealista de la divinidad frente a la bíblica-existencial.

Los teólogos que se batían por la concepción de mayor fidelidad bíblica –más alejada del intelectualismo helénico– como Duns Scot y Guillermo de Okham, sostuvieron que solo la voluntad divina hacía que un acto fuera bueno o reprochable y, aunque al propio tiempo admitían la capacidad de la razón (con minúscula) para fijar reglas de convivencia, reclamaban la dependencia de la razón respecto del abismo supraracional del inefable misterio divino².

La dudosa hazaña de una parte del pensamiento juspublicístico de la Edad Media tardía fue transportar estas grandiosas visiones teológicas –por completo válidas en su esfera– a la esfera del Estado, equiparando la voluntad de sus órganos a la divina y dotando a la *potestas* estadual de un fiat creativo de todo derecho. Así, aquello que era legítimo argumento y visión teológicos, se degradó a burda mistificación

2 La evolución del pensamiento de los teólogos cristianos medievales y tardo-escolásticos en esta cuestión central la examina con mano maestra Hans Welzel en su obra *Derecho Natural y Justicia Material* ya citada. También Franz Böckle, *Theonomie Autonomie des Menschen-Zur Geschichte der Katolischen Naturrechtslehre*, en Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, ed. Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1974, página 49 y siguientes. Entiendo, como lo reflejo en el texto, que en lo profundo de este tipo de reflexiones se encuentra el punto esencial planteado por la filosofía árabe al que se refiere Maimónides en su *Guía*: la Creación no es producto de la necesidad (racional) sino de la libre voluntad divina (*Guía de los Descarriados* [Peplejos], versión castellana de León Dujovne, Ed. Sigal, Buenos Aires, 1955, T.I., página 257). Desde luego, cuando hablamos de “voluntad divina” nos referimos a un último fundamento supraracional que no simbolizamos con la idea de razón, sino con la de “voluntad”, que traduce mejor el sentimiento teísta. Por allí debe buscarse, en mi criterio, la oposición que diferenció a Francisco Suárez de Gabriel Vázquez: este último hacía nacer la obligatoriedad del derecho natural de la Razón pero como derivada de la naturaleza divina (v. Böckle, ensayo citado). Creo que con justicia señala Welzel que a partir de Gabriel Vázquez el derecho natural comienza a desprendirse de su base teísta para transformarse en el derecho natural de la Ilustración, solo apoyado en la Razón necesaria y autónoma, o sea, una divinidad abstracta e impersonal.

Dos palabras sobre la inaplicabilidad de estos esquemas teológicos a la vida estatal. En este sentido ilustra el ejemplo de Okham, que no solo era un gran teólogo sino un vivo polemista político, y que en sus controversias sobre los límites de la autoridad papal se apoyó en el derecho natural según la razón podría descubrirlo. Tengamos en cuenta que fue al Papa a quien primero se trasladó la idea de que tenía una limitada potestad de la cual emanaba todo el derecho positivo de la Iglesia que no fuese de institución divina (v. Arthur Stephen McGrade, *The Political Thought of William of Okham*, Cambridge University, 1974, páginas 175, 177/178).

destinada a legitimar las pretensiones absolutistas de los príncipes sobre el orden estamental de la sociedad medieval³.

Mientras tanto, otros sectores del pensamiento jurídico trasladaban la idea de la primacía de la Razón como fundamento de la ética y el derecho al derecho estadual en la forma de soberanía de las normas abstractas y su autoproducción (esquema que, contemporáneamente, alcanza en Kelsen su mayor desarrollo).

Existen otras soluciones más aceptables para la categorización del derecho estadual, que giran en torno a la labor de estructurar las tradiciones jurídicas de una sociedad dada y las necesidades normativas de la gestión estatal en un orden soportado por el mayor consenso racional obtenible. Pero no debemos detenernos aquí en ello, sino ocuparnos de subrayar la confrontación que el actual derecho de gentes debe sostener con la corriente ideología que ve la fuente del derecho en la voluntad concreta y particularizada de los órganos de cada Estado.

La cuestión es aguda cuando delitos *jure gentium* prescriptos y/o amnistiados en el derecho intra estatal deben ser juzgados por la magistratura del Estado sobre la base de algunas reglas del derecho de gentes que no encuentran correspondencia en el derecho interno, caso que ha abordado con amplísimos fundamentos la decisión dictada el 6 de marzo de 2001 por el Juez Federal de la Ciudad de Buenos Aires, doctor Gabriel Cavallo, en la causa “Simón, Julián y Del Cerro, Juan Antonio”.

La Constitución argentina ofrece la ventaja de que su artículo 118 (antiguo artículo 102 antes de la reforma de 1994) determina que los tribunales penales apliquen el derecho de gentes para delitos ocurridos fuera del territorio nacional y los orígenes históricos de esta cláusula indican que nada se opone a entenderla como un completo reconocimiento a la

3 Sobre esta cuestión ya he realizado algunas reflexiones en mi trabajo “La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino”, publicado en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, comp. Martín Abregú y Christian Courtis, Editores del Puerto, 1997, punto III, página 118 y siguientes.

aplicabilidad interna del derecho de gentes en la esfera penal⁴.

Únicamente debemos tener cuidado en subrayar que el derecho de gentes no desplaza al derecho interno a raíz de que así lo disponga el artículo 118 C.N., sino, por el contrario, que este sometimiento de la cláusula constitucional se debe a la primacía lógica y axiológica del derecho de gentes, la cual no desaparecería con la derogación del artículo mencionado.

Con esto no queremos negar la trascendencia del artículo 118 C.N. que previene –en la órbita penal– el conflicto entre el derecho de gentes y el derecho interno, receptando en el propio ordenamiento interno al *jus gentium*. Y esta recepción se produce en el nivel constitucional supremo, de manera que no se incorporan los preceptos de aquél como legislación sub-constitucional, sino como reglas de nivel constitucional. Vale decir que junto al concepto de “nullum crimen” del artículo 18 de la C.N. existirá el más lato que consagra el artículo 15 segundo párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; junto a las normas de prescripción penal, las de imprescriptibilidad; junto a las facultades de amnistía e indulto, la negación de las mismas para los casos de crímenes de lesa humanidad; para el caso de las definiciones que señalen la obediencia jerárquica como causa de impunidad, la exclusión de esa causal en los delitos señalados. Así, en la estructura constitucional se aloja una edificación que la complementa y la valida, cuyos cimientos y materiales provienen de una fuente independiente del poder estatal. Y de esa manera, la Constitución argentina también es un documento y un fragmento del *jus gentium*.

En resumen, en materia penal el *jus gentium* tiene en el derecho interno argentino categoría constitucional reconocida

4 Dicho artículo reza: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se derivan del derecho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. la actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de gentes, el congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

mediante su recepción por el poder constituyente originario de 1853⁵.

Advirtamos, empero, que a esta conclusión se podría oponer lo prescrito en el artículo 21 de la ley 48 que reza así: “Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de la provincia, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido”.

Empero, el artículo 21, de acuerdo con el cual el derecho de gentes jugaría solo como norma supletoria y de jerarquía inferior a todo el sistema legal, no resulta consonante con los precedentes constitucionales que llevaron a la sanción del actual artículo 118 de la C.N., especialmente el apartado XV del proyecto de Constitución provisoria de 1811, que proclamaba en términos inequívocos la superioridad del derecho de gentes sobre el derecho interno.

Por otra parte, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, según la reforma de 1994, ha otorgado a los tratados jerarquía suprallegal y a algunos de ellos –referidos a derechos humanos– rango constitucional, aunque condicionado a que no se opongan a ningún artículo de la primera parte de la Constitución (declaraciones de derechos y garantías) y sean entendidos como complementarios de los mismos.

5 En mi trabajo *Pro Jure Mundi* (ya citado en nota 1) tuve oportunidad de decir que para no aplicar esta norma tan terminante sería preciso demostrar que en el ánimo de los constituyentes venezolanos de 1811 (de allí proviene nuestro artículo 118) y de los argentinos de 1853, la referencia al derecho de gentes estuvo sólo dirigida a la hipótesis de la piratería en alta mar –o sea a delitos cometidos fuera del territorio de cualquier Estado– y que ese punto merece indagación. En un espléndido trabajo, titulado *De Schwammergera Massera* (Nueva Doctrina Penal, 1999-B, página 555 y siguientes), Alejandro Luis Rúa realiza –entre tantas excelentes contribuciones– un aporte valioso que pone ante nuestros ojos el panorama de ideas sobre el *jus gentium* propio de la atmósfera intelectual en la que se desarrollaron los primeros proyectos constitucionales argentinos, donde ya el Proyecto de Constitución de Mariano Moreno contenía una norma antecedente del actual artículo 118, que distinguía entre los delitos de alta mar y los delitos contra las leyes de las Naciones (v. ensayo citado, página 561/564, texto y notas).

Agreguemos que la propia Corte Suprema había establecido, con anterioridad a la reforma, la superioridad de los tratados sobre las leyes ordinarias⁶.

De todos modos, cada vez que se haga prevalecer el derecho de gentes sobre el derecho interno de rango constitucional, deberá tenerse en cuenta que ello significa la declaración de inconstitucionalidad del artículo 21 de la ley 48, dictada en 1863, al instalarse por vez primera la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En suma, para ver en el actual artículo 118 de la C.N. la recepción del derecho de gentes en materia penal con rango *constitucional* se parte, obviamente, de optar por una visión del derecho que niega que su fuente principalísima –o exclusiva– se halle en la voluntad de los órganos del Estado y, por el contrario, encuentra su origen en la conciencia jurídica universal a lo que se remite el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Cançado Trindade en su voto concurrente en el reciente caso “Barrios Altos”, sentencia del 14 de marzo de 2001.

Tan decisiva resulta la norma dirimente que contiene el artículo 118 de la C.N. que quienes se oponen a las conclusiones formuladas ya en forma agobiadora por la jurisprudencia y la doctrina, guardan silencio sobre ese precepto y se limitan a encerrarse ya no en la letra ni en el espíritu de la ley fundamental, sino a repetir el esquema según el cual ha de admitirse como derecho aplicable por el Estado solo el que directamente emane de sus órganos, pasando por alto que el ordenamiento supremo que crea a esos órganos reconoce la obligatoriedad del derecho emanado por la comunidad universal con independencia de la concreta voluntad de los órganos estatales.

A mi juicio, entonces, solo una concepción del artículo 118 de la C.N. que, insistimos, lo entienda en el sentido de un reconocimiento y recepción del *jus gentium* penal en el orden directo de la Constitución, es capaz de superar las dificultades

6 Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 315, página 1492 y siguientes.

que aparecen si los temas que hoy en día han de ser resueltos en nuestro ámbito, o sea, sentido y efecto de la obediencia jerárquica, de las situaciones de emergencia y de la amnistiabilidad y prescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, se quisieran resolver a la luz de los tratados incorporados con rango constitucional condicionado, o sin ese carácter, pero de todos modos supra-legales.

Al respecto y en primer lugar, encontramos que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, que fue aprobada por la ley 23.328 del 30 de julio de 1986, el 24 de septiembre de ese mismo año, elevándola a rango constitucional el artículo 75 inciso 25 de la C.N., excluye en su artículo 2, puntos 2 y 3, la emergencia y la obediencia debida como causas para justificar la tortura.

Esta norma estaba en vigencia en la Argentina en 1987 o sea cuando fue sancionada la ley llamada *de obediencia debida* (N° 23.521), en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, instrumento también vigente hacía tiempo en el país.

En atención a lo declarado por la Corte en el ya citado caso “Ekmekdjian” con apoyo en otras prescripciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo dispuesto en la llamada *ley de obediencia debida* resulta violatorio de la norma supra legal que prohíbe justificar la tortura con invocación de la emergencia o por la obediencia debida.

Una vez establecida la nulidad de la ley de obediencia debida, ésta desaparece como obstáculo frente al principio de retroactividad de la ley penal más benigna, pues la aplicación de tal principio requiere que la norma penal que otorga mayor beneficio sea válida.

Por tal motivo, la derogación de la ley de obediencia debida mediante la ley 24.492 obliga a los jueces a rechazar las alegaciones que puedan fundarse en la ultra actividad de la ley 23.521, pues ésta era nula *ex-radice*.

Hasta aquí, pues, el juego de las normas para-constitucionales y sub-constitucionales, pero en todo caso supra-legales que hoy integran la estructura del ordenamiento argentino, arroja como conclusión la inaplicabilidad de la excusa creada por la llamada ley de obediencia debida, sin que deba apelarse al principio de supremacía constitucional absoluta del derecho de gentes consagrado en el artículo 118 de la Constitución Nacional.

La dificultad radica, en cambio, en que muchos de los hechos abarcados por la ley llamada de obediencia debida, en general, están prescriptos, excepto que se acepte que, por arriba del derecho interno que declara dicha prescripción, se encuentran las normas internacionales que la impiden.

En este orden de ideas, resulta que la Argentina sancionó, por medio de la ley 24.584, publicada en el Boletín Oficial el 29 de noviembre de 1995, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, mas pese a esta aprobación legislativa, el Poder Ejecutivo nunca realizó el acto de ratificación, aunque puede considerarse la vigente en virtud del artículo 18 de la Convención de Viena.

Sin embargo, la adhesión de Argentina al instrumento citado es muy posterior a los hechos a los cuales se aplica la llamada ley de obediencia debida, de manera que si el derecho argentino no hubiese receptado en la Constitución la imprescriptibilidad mencionada, que hace inaplicables las normas de prescripción de las leyes ordinarias a los delitos de lesa humanidad, la no aplicación de esos términos de prescripción, si fuera cierto que *existían al momento de cometerse el delito*, produciría el quebrantamiento del principio *nullum crimen nulla poena sine previa lege*. Precisamente, al votar en el caso *Schwamberger* (sentencia del 30 de agosto de 1988) tuvo oportunidad de enfatizar que la norma de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad siempre fue parte del derecho argentino y con rango constitucional, en tanto que siempre ha sido parte del derecho de gentes en el ámbito penal.

Estimo que la Corte Suprema argentina, en el caso *Priebke*⁷, parece haber optado por este mismo criterio, pero mediante un complejo rodeo que consistió en encuadrar la conducta del nombrado en la masacre de las Fosas Ardeatinas (Roma, 24 de marzo de 1944) como crimen de guerra violatorio de disposiciones de las Convenciones sobre Derecho de Guerra adoptados en Ginebra en 1949 y sus precedentes, de los cuales resultaba anterior al hecho atribuido a Priebke el artículo 50 de la Convención de La Haya del 28 de julio de 1889, a la que el gobierno argentino se adhirió el 22 de junio de 1907, tras la aprobación de la Convención por la ley 5.082 del 19 de junio de 1907.

En otros términos, los homicidios en masa cometidos en las Fosas Ardeatinas, con la participación de Priebke y así encuadrada por los jueces italianos, eran homicidios también captados por normas internacionales prohibitivas introducidas en el derecho argentino, a cuya sanción proveía el propio derecho nacional.

Con todo, como este encuadramiento producía una figura penal con carácter especial respecto a los homicidios contemplados en las leyes corrientes, varios ministros de la Corte consideraron que no podían aplicarse para juzgar la prescripción en el derecho interno las normas del mismo, sino las normas internacionales que excluyen la prescripción.

La doctrina que parece establecerse, entonces, en este caso, consiste en que los hechos penales sancionados por la ley argentina, que a la vez constituyen infracciones o prohibiciones consagradas en instrumentos internacionales vigentes en Argentina, tienen la característica de que la prescripción está regida por el derecho de gentes y no por el derecho interno.

Esta sutileza revela que en la decisión subyace el criterio de prevaencia del derecho de gentes sobre el derecho interno, pero no se lo ha querido decir explícitamente y en todo caso ésta prioridad, a la letra, queda circunscripta a los casos en que la

7 Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 318, volumen 3, página 2148 y siguientes.

norma prohibitiva internacional esté contenida en un instrumento internacional escrito, vigente en la República Argentina.

Aún con las limitaciones mencionadas, los votos de distintos jueces de la Corte Suprema argentina en el caso *Priebke* rompen con la idea de que todos los presupuestos de la sanción penal *deban encontrarse en la ley escrita emanada del Congreso*, y lo hacen así al admitir como integrativo de esos presupuestos – en los crímenes de guerra previstos por las convenciones internacionales – al principio de imprescriptibilidad. Y para ello, han debido recurrir a la superioridad del *jus gentium* como “cristalización de los principios y usos de la conciencia jurídica de la sociedad mundial de los que ningún Estado podría individualmente apartarse en la medida en la que la formulación del derecho internacional general establece, en la materia, una descripción suficientemente acabada de la conducta punible como así también que su configuración merece una sanción de contenido penal” (considerando 43 del voto de los doctores Julio Nazareno y Eduardo Moliné O’Connor).

Y el voto del doctor Gustavo Bossert en su considerando 33 afirma “Que en el plano internacional donde no hay Estado ni órgano soberano comunes ni legislación propiamente dicha, y no cabe la división de poderes estatales inexistentes la única salvaguarda posible contra los desbordes de los Estados particulares para la protección de bienes esenciales –entre los que indudablemente se encuentra la vida– se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica y que se ha ido desarrollando progresivamente en la formulación de un derecho internacional general en materia de sanción de actos atentatorios de intereses internacionalmente protegidos”.

Todo esto significa admitir que el principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* debe entenderse, al aplicar el *jus gentium* penal, en el sentido de que la *lex*, en estos casos, está parcialmente integrada por los principios básicos no escritos de aquél. Y ello provocó la reacción de los jueces disidentes, doctores Augusto César Belluscio, Ricardo Levene(h) y Enrique Petracchi, que se aferraron a la formulación del aludido

principio en el sentido exclusivo del derecho interno⁸ (la inteligencia del principio de reserva en materia penal en orden al

8 Luis Jiménez de Asúa se pronunció contra la consideración como “verdadero derecho” del derecho penal internacional y examiné su posición en los puntos 37, 38, 46 y 47 de mi voto in re *Schwammberger*. Mientras el asunto nombrado se tramitaba en la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en aquel ya lejano 1989, Alberto L. Zuppi planteó el tema del *nullum crimen nulla poena sine previa lege* en relación con el *jus gentium* en su artículo “La prohibición ‘ex post facto’ y los crímenes de lesa humanidad”, en *El Derecho*, tomo 131, página 765 y siguientes, y en mi voto convergí con sus ideas, sin conocerlas previamente.

La publicación de la sentencia de la Cámara que estoy citando, fue acompañada de una nota sustancial de Germán Bidart Campos (“La extradición de un criminal de guerra nazi por delitos contra la humanidad”) en la cual adhiere a la idea más abierta del *nullum crimen* en materia de derecho de gentes que propicia mi propio voto aunque limitando la aplicación de esta idea al orden público extemo (esta limitación la he rechazado en el trabajo citado en la nota 3 –igualmente no la admiten Rúa y el fallo del juez Cavallo).

Después apareció el fundamental estudio de Martín Abregú y Ariel Dulitzky, “Las leyes *ex post facto* y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno. Con especial referencia al caso *Schwammberger*”, publicado en *Lecciones y Ensayos*, N° 60/61, Universidad de Buenos Aires, 1994, VI, página 139 y siguientes.

En cambio, mi respetado y querido amigo, el Profesor Esteban Righi, tratándome, por cierto, de la manera más halagüeña, ha discrepado con la orientación auspiciada en *Schwammberger* en un valioso artículo publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 3, Ad Hoc, Buenos Aires, página 191 y siguientes. Por cierto, la consecuencia con las propias ideas es de alabar tanto en Righi, como en los jueces Petracchi, Belluscio y el ya fallecido Ricardo Levene (h), aunque no se hacen cargo de explicar cuál es su concepción de fondo acerca de la relación entre derecho interno y *jus gentium*, ni cuáles serían los fundamentos para establecer algún criterio explícito al respecto. Al omitir ese recorrido, los juristas de talla como los que he nombrado, se encuentran en la poco edificante compañía de Carl Schmitt, de una inteligencia soberana, pero muy comprometido con el régimen nazi, cuyos peores crímenes iniciales justificara con repugnante obsecuencia (v. Ingo Müller *Furchtbare Juristen*, ed. Knauer, Munich, 1989, página 50 y siguientes). Pese a ello se permitió una elíptica, pero muy ácida crítica a los procesos de Nüremberg como un abandono de la tradición racional y humanística del *jus publicum* europeo (v. el Prólogo escrito en 1962 para la reimpresión de su obra de 1932, *Der Begriff des Politischen*, Duncker y Humblot, Berlín, 1963, páginas 11 y 12). No comprendo cómo Oscar Julián Guerrero expresa citando un reconocido simpatizante del nazismo como Ernst Jünger, que: “La obra de Carl Schmitt merece especial atención. De él dijo Ernst Jünger, al final de sus días, que la experiencia de la posguerra le había vuelto cauteloso: ‘para darse cuenta de ello basta de leer *El nomos de la tierra*, una obra de amplio aliento en la que desnuda toda la precariedad teórica e histórica de los principios que inspiraron el proceso de Nüremberg, con el que se destruyó definitivamente la antigua tradición del *jus publicum europaeum*’. Esta acertada valoración de Jünger se puede reafirmar como un apurado recorrido por las preocupaciones intelectuales de Schmitt con posterioridad a 1945. Solo a tres meses de culminar las hostilidades se produjo el estudio jurídico donde se examinaba el problema de considerar la agresión bélica como un delito, a partir del derecho internacional, reconocido por Alemania, sin que ello implicase una violación flagrante del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Las conclusiones del estudio que publicó Helmut Quaritsch, con un anexo importante sobre el mismo tema, condujeron a Schmitt a preguntarse por el destino de los derechos ciudadanos en el Estado burgués de derecho, en una clara alusión a la fractura que había sufrido la tradición jurídica occidental con el juzgamiento *ex post facto* de los militares alemanes por los crímenes de guerra” (*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos - Oscar Julián Guerrero, Universidad Externado de Colombia, 1999, páginas 60 y 61).

jus gentium que supone el fallo de la Corte Suprema argentina al que nos referimos, la sostuve de manera explícita y ampliamente al votar en el mencionado caso *Schwammberger* en el año 1988).

Una observación más sobre *Priebke*. El criterio que vengo dando como propio de la mayoría de la Corte Suprema en ese precedente es la sostenida por tres de sus jueces (Nazareno, Moliné O’Connor y Bossert), mientras que otros tres (los doctores Fayt, Boggiano y López) afirman sumariamente la existencia en el caso del delito de genocidio y su imprescriptibilidad, así como la superioridad del *jus cogens* sobre el derecho estatal.

Obsérvese, empero, que la línea de razonamiento es similar a la de los votos extensos (que además no niegan el posible encuadramiento en el genocidio, considerandos 27 del voto del doctor Bossert o directamente lo aceptan considerandos 27 del voto de los doctores Nazareno y Moliné O’Connor). Aquí también se está diciendo que la infracción a normas prohibitivas del *jus gentium* recogidas en instrumentos vigentes para la Argentina y que a la vez involucran hechos incriminados por el derecho interno, acarrearán la aplicación de la regla de imprescriptibilidad. Cabría de todos modos la objeción de que los hechos fueron anteriores a la sanción de la Convención sobre genocidio, pero el voto breve indica que la calificación de los delitos de lesa humanidad no depende de la voluntad de los Estados sino de los principios del *jus cogens* del Derecho Internacional. Así, el voto escueto llega a reconocer la total incorporación del *jus gentium* en materia penal, sin alusión, empero, al artículo 118 de la C.N.

En todo caso, para lograr una mayoría sobre el tema, no puede prescindirse de los matices de los votos extensos, de

De todos modos, tanto Guerrero Peralta (*op cit.*, 59) como Kai Ambos (*Impunidad y derecho internacional*, Ad Hoc, 2ª edición, 1997, página 119), expresan que cultivadores de la dogmática penal corriente, o sea la que se ocupa del derecho estatal, como Jescheck y Triffterer, admiten posiciones más amplias en la relación entre el “*nullum crimen*, etc.” y el *jus gentium*. Jescheck a través de la excepción respecto de necesidades forzosas de justicia en el ámbito de graves violaciones a la humanidad, mientras Triffterer –en un enfoque que formalmente es, a mi juicio, más certero– expresa que el fundamento de la norma previa exigida por la prohibición de la retroactividad puede pertenecer al derecho tanto escrito como no escrito.

manera que corresponde confrontarlos con los problemas que ahora nos preocupan, o sea, los referidos a los crímenes de lesa humanidad perpetrados en suelo argentino.

Como decíamos, el criterio de los votos extensos en el caso *Priebke* consiste en considerar imprescriptibles los hechos tipificados penalmente en las leyes argentinas que a la vez importan infracción a normas del *jus gentium* incluidas en tratados vigentes para la República.

Si quisiéramos aplicar los puntos de vista mencionados a las situaciones de desaparición forzada de personas, tormentos y asesinatos sistemáticos y masivos hasta llegar a decenas de miles de víctimas que caracterizan al terrorismo de Estado en la Argentina antes de los años 1976 y 1983, no encontraremos ningún instrumento escrito vigente para el país anterior a su comisión que contemple tales hechos, excepto que se entendieran comprendidos en la definición de genocidio contenida en el artículo 2 de la Convención respectiva, vigente en la Argentina desde el 12 de enero de 1951, punto que me parece muy dudoso, toda vez que se le define por la “intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”.

En cuanto a la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, su vigencia data del año 1994 (ley 24.556) y su incorporación con rango para-constitucional del año 1997 (ley 24.820) y, además, su artículo 7 reza:

“La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte”.

A esta limitación ha de sumarse lo siguiente:

I.

1. la recepción constitucional de los tratados sobre derechos humanos que se incluyen se hace “en las condiciones de su vigencia”, (estimo que es la vigencia en el momento de sancionarse la nueva cláusula constitucional);

2. “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”;

II. entre los derechos y garantías inalterados de la primera parte del texto constitucional se encuentra el artículo 18, que consagra el principio nullum crimen, nulla poena sine previa lege, entendido desde siempre por la jurisprudencia constitucional en el sentido de que se refiere a todas las condiciones de punibilidad, incluso lo referente a la prescripción;

III. por ende, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, introducida en el derecho interno, será aplicable a los hechos cometidos después de la vigencia de dichos instrumentos en el ordenamiento argentino;

IV. Esta conclusión se refuerza porque el artículo 4 de la ley 23.313 que aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos formuló la siguiente reserva a la segunda parte del artículo 15 de dicho Pacto: “El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeto al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”.

Desde este hontanar, toda la argumentación que se mueve en el plano de reglas receptadas en la Constitución con diferencia de grado –inclusive para su derogación– no es útil para establecer la supremacía del *jus gentium* en materia penal, como en cambio lo hace el artículo 118 de la C.N., que es una norma completamente suprema de la Constitución originaria y para nada entra en la categoría intermedia (diría constitucional-condicionada) que introdujo la reforma de 1994.

La incorporación practicada por la Constitución original de 1853 (en la que el actual artículo 118 llevaba el número 99, cambiando a 102 en la reforma de 1860) del derecho de gentes en materia penal con nivel supremo, disipa igualmente las objeciones sobre la contraposición del tratamiento de la obediencia jerárquica y la amnistía en el *jus gentium* y en el derecho interno, pues el conflicto se resuelve a favor de las normas superiores.

De la misma manera, la aceptación en los tratados de derechos humanos incorporados con categoría constitucional condicionada del *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, sin calificaciones, y el de retroactividad más benigna de las normas penales más favorables no da lugar a tropiezo, porque el concepto *jure gentium* del primer principio prevalecerá sobre el de los tratados incorporados, mientras que el principio de retroactividad benigna no se afecta si las supuestas normas internas más benignas son nulas *ex-radice*.

En fin, advertimos que la intención de los tratados para y sub-constitucionales de derechos humanos tal como el legislador argentino ha querido ponerlos en vigencia, consiste en mantener el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege previa* en el sentido de la *lex* por completo escrita y emanada de la voluntad de los órganos estatales.

Frente a ello se levanta el concepto más amplio del principio de reserva en el derecho de gentes, a cuyo respecto hemos de tener en cuenta, como expresé en el caso *Schwammbeger* que: “Estamos ante un derecho penal *in fieri*, al que faltan elementos del moderno derecho penal sistematizado, cuyos presupuestos están dados por la existencia de una organización estatal unificada, y una autoridad legislativa indiscutible, elementos ambos de los que aún carece la comunidad mundial. Por eso, en tal comunidad tienden a prevalecer los principios generales y los usos, mientras que las mismas convenciones internacionales con finalidades represivas, antes que definir por completo un catálogo cerrado de figuras, efectúan una enunciación indicativa de criterios de antijuridicidad, y poseen más bien el valor de recopilaciones de los principios aceptados por la conciencia jurídica común (...) en el plano internacional

donde no hay Estado, ni órganos soberanos, ni legislación propiamente dicha, y no cabe la división de poderes estatales inexistentes, el refugio que queda a los bienes esenciales, vida, integridad, libertad, patrimonio contra los desbordes de los Estados particulares, se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica, de modo que el *nullum crimen, nulla poena sine lege* jugaría en ese plano internacional un rol contrario al que es su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella”⁹.

“Así lo ha entendido la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, suscriptas en Roma el 4 de noviembre de 1950, cuyo artículo 7º, después de establecer el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en un párrafo segundo expresa: ‘El presente artículo no invalidará una sentencia o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de ser cometido, constituía un crimen según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas’ (*Textos Básicos sobre Derechos Humanos*, Ed. Gregorio Peces Barba y Liberio Hierro Sánchez Pescador, Madrid, 1973, página 303).

“De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –del que forma parte la República Federal Alemana y al que nuestro país ha adherido por la ley 23.313– expresa en su artículo 15: ‘1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone imposición de una pena más leve el delincuente se beneficiará de ello.

9 Marcelo A. Sancinetti y Marcelo Ferrante en su obra *El Derecho Penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi -De Palma editor, Buenos Aires, 1996, me han hecho el honor de citar y analizar este párrafo, *op cit.* 434 y 451. En el capítulo donde se hallan esas páginas se considera –de manera más minuciosa y casuística– la misma problemática que estoy examinando.

Por otra parte, el considerando 33 del voto del doctor Bossert en el *Caso Priebke* contiene fuertes reminiscencias del párrafo de *Schwammbeger* que nos estamos refiriendo.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (ADLA, 1986-XLVI-B-1116) ” (punto 33 *in fine*, 34 y 35 del fallo citado).

Concluyo esta parte del trabajo reproduciendo la posición de Gustavo Radbruch que invoqué en el punto 48 del citado voto *in re Schwamberger*: “...hemos de contar con el peso de la mentalidad a la que Gustavo Radbruch se refería, aludiendo al problema del carácter criminal del Estado y de la normativa del nazismo, diciendo: ‘El positivismo jurídico heredado del pasado remitiríase, para contestar a todas estas preguntas o a cualquiera de ellas, a lo contenido en la ley. Y es cierto que una parte de los problemas planteados por las dichas preguntas ha sido resuelta por las leyes de la zona norteamericana de ocupación sobre la reparación de desafueros de los nazis y el castigo de los actos punibles cometidos por ellos, mientras que otra parte ha encontrado su respuesta en el Estatuto de Núremberg y en la ley sobre el Consejo de Control. Pero a esto opone la misma mentalidad positivista otra objeción, y es que las tales leyes se atribuyen fuerza retroactiva. Para contestar a esta objeción basta con decir que, sino las leyes mismas, por lo menos su contenido se hallaba ya en vigor al producirse aquellas situaciones, al cometerse aquellos desafueros: dicho en otros términos, que estas leyes responden, por su contenido, a un derecho superior a la ley, supra legal. Cualquiera que sea la concepción que de este derecho tengamos en lo particular, ya lo concibamos como un derecho divino, como un derecho a la naturaleza o como un derecho de la razón (Introducción a la Filosofía del Derecho, Bs. As. 1ª edición española, Fondo de Cultura Económica, 1951, reimpresa en 1955, ps.179/180)”.

La jurisdicción universal para reprimir delitos *jure gentium* es otra de las grandes cuestiones que hoy se agitan en la problemática de tratamiento de tales delitos.

La idea de la jurisdicción universal la vincula Grocio directamente con la existencia de un *jus puniendi* difuso en la sociedad universal con el que se tutelan las condiciones mínimas de

su existencia. El derecho penal estatal deriva de aquel primitivo derecho penal universal, cuyos ejecutores son todos los hombres y cuya potestad se ve limitada por razones de orden y seguridad a través del monopolio estatal, que cede escasas veces (por ejemplo en hipótesis de legítima defensa). Mas los Estados, al arrebatar a la generalidad de los hombres lo que le resulta ante todo propio –el resguardo de sus condiciones mínimas de subsistencia ante la agresión– se ven comprometidos a utilizar su *jus puniendi* más allá de sus propias fronteras en servicio de la comunidad universal. Grocio era consciente de las posibilidades de abuso que encerraban estas convicciones, sobre todo frente a las tendencias imperialistas de las grandes potencias, pero es más peligroso¹⁰ todavía cerrar las vías de punición de las mayores atrocidades.

Por lo demás, el día de hoy, la punición extraterritorial de los delitos de lesa humanidad ocurre por el esfuerzo de sectores sociales y de la magistratura imbuidos de empeño moral y encuentra su habitual obstáculo en la *Realpolitik*. Podemos decir con tranquilidad que no son los poderes estatales los que están en la vanguardia de la lucha por el *jus gentium*, sino representantes de la vasta sociedad del género humano que frente a los Estados claman contra la impunidad que éstos garantizan abierta u ocultamente.

Conviene observar que respecto del principio de la jurisdicción universal ocurre lo mismo que sucede con la primacía de

10 Me he ocupado del tratamiento que da Grocio al tema de la jurisdicción universal en mi propio trabajo *Pro iure mundi* citado en nota 1. Cabe destacar que este sumo maestro del derecho fue citado por la Corte de Jerusalén que juzgó a Eichmann sobre la base del principio de la jurisdicción universal (v. punto 14 de la sentencia del 11 de diciembre de 1961, que consulto en la traducción inglesa del fallo). Del mismo tema se ha ocupado Alberto Luis Zuppi en su trabajo “La jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes contra el derecho internacional”, publicado en *Cuadernos de la Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, Año V, volumen 9, página 389 y siguientes. Allí recuerda Zuppi que en el caso *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d. (6th. Cir. 1985) una Corte de circuito de los Estados Unidos sostuvo “...que se podía extraditar al carcelero de un campo de concentración nazi hacia Israel, basándose en el derecho del Estado judío de ejercer jurisdicción universal sobre el acusado”.

Estas decisiones, que abrieron nuevas sendas, están en la base de las dos decisiones de las dos Cámaras de los Lores del Reino Unido en el caso Pinochet, a las cuales han seguido varias otras similares que indican claramente la irrupción de nuestro principio en la gran corriente de la jurisprudencia práctica universal.

las reglas de fondo del derecho penal de gentes sobre los derechos nacionales: las soluciones que aparecen en los tratados internacionales son ambiguas, confusas.

El genocidio, por ejemplo, es un prototipo de delito que debe juzgarse por los tribunales de todo Estado. Sin embargo, el artículo 6 de la Convención sobre genocidio expresa: “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

Este tema fue considerado de manera relevante por la Corte Criminal de Jerusalén que juzgó y condenó a Adolf Eichmann y debió enfrentar la objeción de la defensa, consistente en que el artículo 6 transcrito da lugar al argumento a contrario, o sea que el genocidio –en defecto de un tribunal internacional– no puede ser sino reprimido por los tribunales del país donde se lo cometió.

La Corte de Jerusalén contestó la objeción poniendo de relieve la superioridad del “derecho internacional consuetudinario” frente al derecho internacional convencional y recordó que la Corte Internacional de Justicia, al interpretar la Convención sobre genocidio en su opinión consultiva acerca de las reservas formuladas por distintos países al ratificarlo, expresó que el sentido de la misma es el reconocimiento de los principios básicos aceptados por las naciones civilizadas que se refuerzan con dicho instrumento. En cambio, no participan de esa naturaleza las disposiciones de carácter particular que significan simples arreglos prácticos entre las partes contratantes.

Aparte de este argumento, la Corte de Jerusalén hizo notar que las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto 1949 contienen la cláusula de jurisdicción universal.

En efecto, los artículos 49 de la Convención número 1, el 50 de la Convención número 2, el 129 de la número 3 y el 146 de la

número 4 disponen lo siguiente: “Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio, definidas en el artículo siguiente”.

“Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas, a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes”.

Ahora bien, moviéndonos en el campo del derecho argentino, resulta que la Convención contra el genocidio es una de las admitidas con rango constitucional condicionado por el artículo 75, inciso 22 de la Ley Fundamental, mientras que las Convenciones de Ginebra gozan de rango sub-constitucional, pero supra legal. Entonces, si quisiéramos solucionar el tema de la jurisdicción universal por una combinación formalística de estas normas, deberíamos llegar a la conclusión negativa. En cambio, el artículo 118 de la Constitución, con su carácter constitucional primordial y primigenio nos imparte la solución positiva. Y, recordémoslo una vez más, la lectura del artículo mencionado depende de la concepción del derecho que se albergue, al igual que ocurre con la afirmación de la superioridad de los principios del *jus gentium* sobre el derecho internacional convencional.

NOTAS CURRICULARES DE LOS AUTORES

Kevin Boyle, irlandés, abogado y profesor de derecho. Desde 1990 es director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex, Colchester, Reino Unido. Ha sido designado como consejero especial del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, con sede en Ginebra, a partir de septiembre de 2001. Ex director fundador del Centro Irlandés de Derechos Humanos de la Universidad *College Galway*, Irlanda y ex director fundador de *Article 19, the International Centre Against Censorship*, organización no gubernamental internacional para la defensa de los derechos humanos, con sede en Londres. Es miembro del Consejo Internacional de esa ONG, que tiene una oficina regional africana y un programa localizado en Sudáfrica. Ha participado en misiones de derechos humanos de *Amnesty International* en Gambia (1982), Sudáfrica (1984-1985) y Somalia (1990).

Alexander Boraine, sudafricano, Ph. D. en teología sistémica y estudios bíblicos. Es director y profesor de derecho en el *Transitional Justice Center*, y vicepresidente de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, cargo mediante el cual supervisa la investigación y denuncia de las violaciones a los derechos humanos en su país. Fue director ejecutivo del *Institute for Justice in Transition*, el cual fundó en 1994 y cuyo objetivo es el de ayudar a los sudafricanos a entender su historia y los efectos del *apartheid*. Un objetivo central del trabajo de Boraine en el *Institute* fue el de desarrollar entre sus compatriotas una cultura de derechos humanos y respeto por el estado de derecho.

María Cristina Caiati, argentina, licenciada en ciencias de la información y profesora en ciencias de la comunicación social. Colaboradora del CELS desde 1980 y directora del Área de Documentación desde 1994. Es jefa del turno noche del informativo de Radio Libertad; ha sido periodista del diario La Voz, del semanario Nueva Presencia de la colectividad judía, de los diarios Hoy y Jornada de La Paz, Bolivia; cronista y redactora del informativo de las radios Altiplano y Continental, de La Paz, Bolivia; redactora de Radio Belgrano. Autora de "El Mito de la Guerra Sucia" (en colaboración con Daniel Frontalini), Ed. CELS, 1984; redactora de Ñemity-Ra (Semillas de Vida) sobre los ciudadanos paraguayos detenidos y desaparecidos en la Argentina, edición propia de Familiares de Paraguayos, 1990.

Enriqueta Estela Barnes de Carlotto, argentina, maestra normal nacional. Desde 1978 desempeña el cargo de vicepresidenta y en la actualidad el de presidenta de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, a la cual ingresó para la búsqueda de su hija Laura Estela (desaparecida el 26/11/77) y de su nieto nacido en cautiverio. Responsable de la publicación "Abuelas de Plaza de Mayo. Informaciones" (Anuario) y autora de artículos sobre la impunidad de los apropiadores de menores por motivos políticos, la impunidad en la Argentina y sus efectos. Presidenta del Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Doctora *honoris causa* en derechos humanos por la Universidad de Massachussets, Boston, USA. Integrante de la Comisión Provincial por la Memoria, Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, 1999.

Douglass Casseles abogado, director del Centro Internacional de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Northwestern de Chicago; vicepresidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y presidente de la Fundación para el Debido Proceso de Ley, con sede en Washington D.C. Ex director ejecutivo del Instituto Internacional para los

Derechos Humanos de la Universidad DePaul de Chicago y director de su Programa Sullivan Para los Derechos Humanos en las Américas. Dirigió programas de capacitación para jueces, fiscales, defensores públicos y juristas de países tales como El Salvador, Guatemala, Panamá y el Perú. Ex asesor jurídico de la Comisión de la Verdad de la ONU para El Salvador y editor principal de su informe. Ha sido consultor del Departamento de Estado sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Mario del Carril, argentino, Ph. D. en filosofía de la mente con especialización en psicología del lenguaje por la Universidad de Minnesota. Se ha desempeñado como profesor de filosofía en la Universidad de Georgetown. Fue consejero de prensa de la embajada argentina en Washington, gerente de asuntos externos del Banco Mundial para América Latina y el Caribe y *senior fellow* del *Carnegie Endowment for International Peace*. Ha escrito en colaboración "Bill Clinton: claves para entender su gobierno" y "Por qué se fueron", un libro sobre personas que emigraron de la Argentina. Sus colaboraciones periodísticas han aparecido en varios diarios del hemisferio. Actualmente colabora en la página nueve de opinión del diario La Nación de Buenos Aires, participa como analista político en el programa "Choque de Opiniones" de la CNN en español y está escribiendo un libro sobre Emilio Mignone.

Alfredo Waldo Forti, argentino, licenciado en relaciones internacionales, *cum laude* por The American University, Washington D.C. Máster en administración pública por la Universidad de Harvard, Cambridge, Massachussets, con énfasis en la política internacional de los EE.UU. y en la gerencia estratégica de organizaciones multilaterales. Presidente de Forti & Associates, Inc., Washington D.C. Fue director ejecutivo de la Fundación para el Debido Proceso Legal y especialista principal de la Unidad para la Promoción de la Democracia de la Organización de Estados Americanos. Integró la Misión de Verificación de los Derechos Humanos en Gua-

temala (MINUGUA) en calidad de oficial político y la Comisión de la Verdad para El Salvador como *senior staff* de la Secretaría Ejecutiva, ambas misiones de la Organización de Naciones Unidas. Fungió como director de proyectos para América Latina del Center for International Policy.

Manuel Antonio Garretón Merino, sociólogo chileno, doctor en sociología por L'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales de París. Profesor titular en el Departamento de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile desde 1994; director de ese Departamento de 1994 a 1996. Ex profesor-investigador de la Facultad de Ciencias Sociales (FLACSO) Chile de 1975 a 1995; coordinador del Área de Estudios Políticos de esa entidad de 1992 a 1995. Miembro del Consejo Editorial de las revistas Mensaje, Espiral (Guadalajara), RELEA (Revista Latinoamericana de Estudios Avanzados), Persona y Sociedad. Miembro del Consejo Editorial de la Revista Rocinante (Santiago) y del Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies (Ontario). Coordinador de la Comisión Estado y Política de CLACSO desde 1995. Miembro del Directorio de la Sociedad Chilena de Sociología.

Perfecto Andrés Ibáñez, jurista español, magistrado de la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo. Ha sido vocal del Consejo General del Poder Judicial. Es miembro del Tribunal Permanente de los Pueblos (Fondazione Internazionale Lelio Basso, Roma). Pertenece a Jueces para la Democracia. Es director de la revista Jueces para la Democracia. Información y debate. Forma parte del comité científico de la revista *Questione giustizia* (Italia) y del consejo de redacción de *Nuevo Foro Penal* (Colombia). Ha participado en múltiples actividades internacionales relacionadas con derechos humanos, jurisdicción y materias afines, en Europa y en América Latina. Ha intervenido en diversas obras y publicado múltiples artículos sobre temas de organización judicial, garantías procesales, valoración de la prueba, motivación de la sentencia, etcétera.

Rodolfo Mattarollo, abogado argentino, diplomado de la Universidad de París I (Panteon-Sorbona). Jefe de la Sección de Derechos Humanos de la Misión de la ONU en Sierra Leona. Anteriormente fue director ejecutivo adjunto y jefe de la Sección de Asuntos Jurídicos y de Fortalecimiento Institucional de la Misión Civil Internacional OEA/ONU en Haití; consultor jurídico internacional de la Oficina del Procurador Especial del Gobierno de Transición de Etiopía, consultor en derechos humanos para Bolivia de la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y asesor de derechos humanos de la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL). Integra la Comisión Directiva del Centro de Estudios Legales y Sociales de la Argentina (CELS).

Juan Ernesto Méndez, abogado argentino, profesor de derecho y director del Center for Civil and Human Rights, Notre Dame Law School, Universidad de Notre Dame, Indiana, EUA. Ex director ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica. Profesor en International Human Rights (curso bianual para jueces dirigido por el profesor Louis Henkin, de Columbia University) de Aspen Institute, Wye, Maryland. Profesor del Oxford Summer Program on International Human Rights Law de la Universidad George Washington y de la Universidad de Oxford, Inglaterra, en julio de 1997, 1998, 2000 y 2001. Comisionado y segundo vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), Washington, D.C., electo por los países miembros para el período 2000-2003. Miembro de la Comisión Internacional de Juristas con sede en Ginebra.

Felipe Raúl Michellini Delle Piane, abogado uruguayo. Máster por la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, Nueva York, USA. Diputado por Montevideo por el Partido Nuevo Espacio, cargo para el que fue electo en 1994 y reelecto en 1999. Es profesor de derechos humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República desde 1991. Ex consultor de la Secretaría

General de la Organización de Naciones Unidas en la Comisión de la Verdad de la República de El Salvador. Ex consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en el proyecto "Dilemas y Desafíos de las Organizaciones No Gubernamentales del Sur (agosto 1993 – febrero 1994). Entre 1993 y 1994 fue director del Centro de Justicia y Derecho Internacional para América del Sur (CEJIL.SUR).

Isabel Clara Eugenia Mignone-del Carril, argentina, completó estudios universitarios en Argentina y Estados Unidos especializándose en relaciones internacionales, ciencias políticas, derechos humanos, ciencias jurídicas, y capacitación de adultos. Trabaja actualmente en la Vicepresidencia Legal del Banco Mundial en la unidad de cofinanciamiento donde, entre otras funciones, redacta y negocia contratos bilaterales y multilaterales entre el Banco y gobiernos, agencias internacionales y fundaciones. Durante los últimos cinco años ha trabajado en el diseño y ejecución del programa de capacitación de los funcionarios de la Vice Presidencia Legal del Banco Mundial. Durante los últimos 25 años ha trabajado en forma oficial (1981-1983) y no oficial en el campo de la protección y defensa de los derechos humanos.

Pedro Nikken, abogado venezolano, posgraduado en derecho privado por la Universidad de París. Doctor en derecho por la Universidad de Carabobo, España. Ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Experto independiente de las Naciones Unidas para asesorar al gobierno de El Salvador en materia de derechos humanos. Consultor jurídico de la Secretaría de las Naciones Unidas para las negociaciones de paz en el conflicto salvadoreño y miembro del Tribunal Arbitral Argentino-Chileno.

Adolfo Pérez Esquivel, argentino, Premio Nobel de la Paz, 1980. Realizó sus estudios en la Escuela Nacional de Bellas

Artes de Buenos Aires y en la Universidad de la Plata, Argentina. Ejerció la docencia en diversos centros de educación elemental y superior argentinos hasta quedar cesante durante la época de la dictadura militar (1976). Como artista ha desarrollado una intensa actividad realizando exposiciones, murales y monumentos en diversos países. En la década del sesenta comienza su trabajo con organizaciones de base de movimientos cristianos, fundamentalmente con los sectores más pobres. Ha recibido el título de Doctor Honoris Causa en varias universidades. Es presidente del Consejo Honorario del Servicio Paz y Justicia en América Latina, presidente de la Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos y miembro del Tribunal Permanente de los Pueblos.

Margaret Popkin, abogada estadounidense. Directora ejecutiva de la Fundación para el Debido Proceso Legal, con sede en Washington D.C. Trabajó en El Salvador de 1985 a 1993, principalmente como subdirectora del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana. Se desempeñó como consultora para la Comisión de la Verdad de la ONU para El Salvador. De 1995 a 1999 ocupó el cargo de directora de programas para América Latina en el Centro de Derechos Humanos Robert F. Kennedy. Colaboró como enlace en Washington D.C. de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala. Ha publicado y dictado conferencias sobre los esfuerzos en América Latina para construir el estado de derecho y para enfrentar las violaciones de derechos humanos del pasado y sobre el impacto de las amnistías. Es la autora del libro recién publicado *Peace without Justice: Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*.

Leopoldo Schiffrin, abogado argentino, doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid; realizó cursos de especialización en derecho penal, filosofía del derecho y derecho internacional de los derechos humanos en la Facultad de Derecho de Bonn, Alemania. Juez de la

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata desde 1987. En esas funciones otorgó la extradición del primer criminal de guerra nazi con responsabilidad en el holocausto (Schwammberger) entregado por la Argentina, fundando –por primera vez en la jurisprudencia nacional- el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, criterio después adoptado por la Corte Suprema (caso Priebke). En las mismas funciones, contribuyó a que se sentara un precedente de gran importancia sobre la reintegración a su familia de hijos de desaparecidos (caso Laura Scaccheri).

Eugenio Raúl Zaffaroni, abogado argentino, doctor en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad Nacional del Litoral, (Santa Fe, Argentina), cursó estudios de posgrado en criminología en la Universidad Nacional Autónoma de México. Es profesor titular de derecho penal y de criminología y director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctor honoris causa por la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Integra los consejos editoriales de revistas especializadas, entre ellas el de la *Revue Internationale de Droit Pénal*. Es vicepresidente de la *Société Internationale de Droit Pénal* e integra el Comité Científico de la misma. Ha sido interventor del Instituto Nacional de Lucha contra la Discriminación; director general del ILANUD; diputado constituyente federal (1994), de la Ciudad de Buenos Aires (1996 y 1998-2000) y magistrado de apelación en lo penal (1969-1990).

Patricia Valdez, argentina, licenciada en trabajo social por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina y Máster en ciencias sociales en FLACSO-Buenos Aires. Coordina un programa regional sobre responsabilidad social y liderazgo que desarrolla la Fundación Kellogg en siete países de la región (1997-2001). Desde 1995 integra la comisión directiva del Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS-. Actualmente dirige “Memoria Abierta”, alianza de ocho organizaciones de derechos humanos reunidas para preservar el patrimonio documental

histórico de lo ocurrido durante el terrorismo de estado en Argentina. Ha trabajado en la defensa de los derechos humanos en Perú, El Salvador y Argentina, destacando su cargo como Directora de la Comisión de la Verdad para El Salvador (1992) y su papel como fundadora de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos de Perú.

Horacio Verbitsky, periodista argentino. Presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS-. Es miembro del Consejo Directivo de Human Rights Watch/Americas, Secretario General de la Asociación de Periodistas para la Defensa del Periodismo Independiente y profesor de la Fundación Nuevo Periodismo Iberoamericano que dirige Gabriel García Márquez. Desde 1987, es columnista de *Página/12* de Buenos Aires, Argentina. Ha escrito doce libros entre los que se encuentran “Robo para la corona”, “El vuelo” y “Un mundo sin periodistas”.