

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 Phillipe 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, talvez 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 litispendencia*–, 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 penuano, 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

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.

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.