

RESPONSABILIZACIÓN POR LOS ABUSOS DEL PASADO

Juan E. MÉNDEZ*

* Argentino, Abogado, posgrado en Derecho en la American University, Washington D.C., Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Miembro de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, fue Director Ejecutivo de Americas Watch y Consejero Jurídico de Human Rights Watch, Profesor de Derecho en Argentina y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Universidades de Georgetown y Notre Dame, Premio "Juárez-Lincoln" de National Hispanic Bar Association, Nueva York, y Premio de Derechos Humanos, Pennsylvania Hispanic Bar Association, Philadelphia.

RESPONSABILIZACIÓN POR LOS ABUSOS DEL PASADO

Juan E. MÉNDEZ

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio se centra en los debates sostenidos sobre la responsabilidad de los perpetradores de violaciones masivas a los derechos humanos, y sobre la experiencia en América Latina y otras partes, de intentos de restablecer la verdad y la justicia en cuanto al legado de abusos del pasado reciente. Esta experiencia es inevitablemente diversa y muy variada, pero este trabajo sostiene que ella ofrece algunos principios de aplicación universal. En este punto discrepo con la visión de que los líderes democráticos son los que conocen mejor lo que sus sociedades necesitan en un momento dado, por lo que no conviene imponer reglas sobre lo que se debe hacer con el pasado reciente. Un segundo punto de vista que debato acepta que hay principios generales aplicables a este problema, pero insiste en que los líderes democráticos deben luchar sólo por restaurar la verdad del pasado reciente y, en general, evitar todo intento de restaurar la justicia, al menos a través de procesos penales. En pocos años ha habido un considerable progreso respecto a reconocer que un legado de violaciones graves y sistemáticas genera obligaciones del Estado para con las víctimas y la sociedad. Subsisten, sin embargo, desacuerdos considerables sobre el contenido de estas obligaciones y sobre cómo deben de ser cumplidas. Este artículo trata de mostrar que estas obligaciones: a) son multifacéticas y pueden ser cumplidas separadamente; pero b) no deben ser vistas como alternativas unas de las otras. Las diferentes obligaciones no son un menú del cual el gobierno puede elegir una solución; son de hecho distintas obligaciones, cada una de las

cuales debe ser cumplida conforme a las mejores posibilidades que tenga el gobierno. En este contexto, los procesos judiciales —siempre y cuando sean tramitados bajo las más estrictas garantías de imparcialidad— son un ingrediente necesario y además deseable dentro de cualquier esfuerzo serio de responsabilización.

II. MÚLTIPLES DIMENSIONES DEL PROBLEMA

La experiencia acumulada desde los principios de los años 80 sobre este tema continúa siendo enriquecida: en este preciso momento, la nueva Sudáfrica está embarcada en el programa más ambicioso que se haya visto hasta ahora, ya que busca combinar el establecimiento de la verdad, la clemencia, procesos judiciales y una eventual reconciliación. Indudablemente quienes han ido diseñando el programa sudafricano se han beneficiado de la experiencia de Latinoamérica y de Europa del Este, pero es muy difícil encontrar un lugar donde el ingenio y la creatividad se hayan profundizado tanto como en Sudáfrica, en relación con este grave problema de política pública. Ampliando igualmente nuestros horizontes (y desafiando a nuestras presunciones) está el experimento de justicia que las Naciones Unidas han puesto en marcha con la creación de Tribunales de Crímenes de Guerra para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Todo lo que digamos ahora sobre Verdad y Justicia tendrá que ser reexaminado necesariamente en los próximos dos o tres años, a la luz de los resultados de estos experimentos.

El problema tiene dimensiones legales, éticas y políticas, y es imperativo que las tres sean reconocidas y asumidas. Es un error que el movimiento de derechos humanos permita que lo encasillen en una posición tildada de *legalista* o *moralista* y que se le considere, no sólo como contrario a contemporizar, sino intransigente y hasta ingenuo acerca de la realidad política, vengativo u opuesto a la reconciliación. Por el contrario, debemos estar listos para tomar una posición objetiva y realista sobre las limitaciones políticas al proponer medidas de responsabilización. Ello, por otro lado, no implica necesariamente una *realpolitik* o abandono de los principios. En efecto, se puede argumentar muy bien a favor de que un programa de verdad y justicia no sólo es lo correcto, sino que es políticamente deseable porque ayuda en gran medida a la realización de nuestra idea de democracia.

III. CÓMO SE PLANTEAN LAS PREGUNTAS

La multiplicidad de dimensiones mencionadas anteriormente ha cambiado la forma en que las organizaciones de derechos humanos conciben su trabajo, y cómo trabajan para promover y defender los derechos fundamentales. Ya no ven estrictamente las acciones que constituyen violaciones a los derechos universales, sino también vigilan cómo las instituciones gubernamentales responden a cada episodio. Y este enfoque se aplica no sólo a la reciente epidemia de abusos en contra de enemigos políticos, sino también a las *violaciones endémicas* presentes en nuestras democracias: brutalidad policial, violencia rural, condiciones de detención, derechos de las minorías, y hasta violencia doméstica. La noción de la respuesta institucional reconoce que los abusos sucederán incluso en las sociedades más avanzadas, pero correctamente asigna al Estado la obligación de movilizar sus recursos para restablecer el equilibrio y proporcionar reparaciones. El criterio para medir el auténtico compromiso con la democracia, es el grado en el cual los gobiernos están dispuestos a "*organizar el aparato de Estado y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*"¹.

Más allá del trabajo en derechos humanos, las experiencias de responsabilización alimentan la forma en que concebimos áreas distintas, pero relacionadas entre sí: promoción de la democracia, pacificación y mantenimiento de la paz. La necesidad de consolidar una frágil democracia, y la necesidad de terminar con los conflictos, indudablemente condicionan las posibilidades de enmendar los errores del pasado, e incluso establecen límites a lo que puede aspirarse a través de una política de responsabilización. Pero estas demandas urgentes de ningún modo relegan los objetivos de verdad y justicia. Por el contrario, cada vez se reconoce más que el intento de responsabilizar a los criminales de Estado dice algo sobre la democracia que estamos tratando de establecer, y que mantener la memoria y saldar las cuentas pendientes en materia de derechos humanos, pueden ser parte de la fórmula de una paz que sea duradera, y no sólo una suspensión temporal de la lucha.

La expansión de nuestro campo de acción requiere abandonar la noción

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166.

de que estamos hablando únicamente en términos de *transición a la democracia*. Las discusiones fueron orientadas en ese sentido debido al influyente artículo de José Zalaquett² "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints". La mejor colección de materiales para citar en este tema se llama, en efecto, *Justicia en Transición*³.

Sin embargo, en lugares como El Salvador y Guatemala, no estamos necesariamente frente a un régimen que ha cambiado, sino a gobiernos que deben resolver violaciones cometidas en gran parte bajo su propio mandato. La necesidad de considerar la responsabilización en un contexto de búsqueda de soluciones a un conflicto armado presenta desafíos políticos que no son los mismos que se dan en las transiciones hacia la democracia. El mismo argumento es aplicable cuando se trata de imponer responsabilidades a través de demandas de la comunidad internacional, como en el caso de los tribunales de crímenes de guerra para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Es más, restringir el análisis a las transiciones deja fuera las acciones realizadas por organizaciones de la sociedad civil para superar la impunidad vigente, como en Colombia y Perú.

Otra razón para revisar el marco analítico, es que el tema de la responsabilización, ha probado tener existencia propia, más allá de los cortos términos de lo que puede ser razonablemente llamada la transición. La reanudación del debate público sobre lo que el Estado le debe a las familias de los desaparecidos en Argentina en 1995, después de las revelaciones del Capitán de Navío Adolfo Scilingo⁴, y una vez más en marzo de 1996, en el 20 aniversario del *golpe de Estado*, resultan testimonios fehacientes. Después de vivir más de 12 años de democracia, y con las medidas tomadas en los años 80 para registrar el pasado y tratar de enterrarlo, el reclamo de las víctimas de las violaciones en Argentina, ha sobrepasado los límites de la transición.

-
- 2 José Zalaquett, "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints", en Aspen Institute, *State Crimes: Punishment and Pardon*, New York, 1989 y después en 13 Hamline I. Rev., 623 (1990).
 - 3 US Institute of Peace, *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes* (3 volúmenes), Neil Kritz, Editor, Washington, 1995 (con prólogo de Nelson Mandela).
 - 4 Horacio Verbitsky, *El Vuelo*, Planeta, Buenos Aires, 1995 (versión en inglés por New Press, New York, 1996).

Incluso en situaciones claramente transicionales, en cualquier caso, este enfoque parte de la suposición de que los nuevos gobiernos tienen limitaciones en cuanto a lo que pueden hacer para corregir los errores del pasado. En este sentido, Zalaquett está indudablemente en lo correcto. El problema es que ha conducido a muchos otros a partir de la base de que es muy poco lo que los gobiernos *realmente pueden hacer* bajo estas circunstancias, y no pensar lo suficiente en lo que éstos *deberían hacer*. En relación específicamente con Latinoamérica, se piensa comúnmente que cualquier intento por romper el ciclo de impunidad podría amenazar la estabilidad democrática, como si, una forma inferior de democracia, sin igualdad ante la ley, fuera todo lo que se pudiera esperar. El marco de transición ha sido extremadamente útil para dar forma a nuestros debates hasta ahora, pero puede que sea tiempo de introducir un nuevo enfoque. Las democracias latinoamericanas parecen actualmente más seguras (y, si lo son porque la impunidad ha prevalecido o porque se hayan logrado algunos avances en materia de responsabilización, es otro asunto). La experiencia demuestra que las demandas para deducir responsabilidades surgen en una gran variedad de contextos históricos. Parece que es tiempo de analizar estos problemas desde un punto de vista más amplio.

IV. PRINCIPIOS EMERGENTES

Hay un fuerte argumento legal a favor de reconocer la existencia de un principio emergente de derecho internacional, según el cual los Estados tienen obligaciones positivas de responder de cierta forma en caso de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos fundamentales⁵. Aunque los instrumentos en vigor no especifican en qué consisten tales obligaciones, ellos sí establecen que cada Estado miembro . . . *se compromete a respetar*

5 El mejor argumento para esta obligación está en Diane Orentlicher, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", 100 Yale L. J. 2537, y además en "Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation" en *Human Rights: An Agenda for the Next Century*. Louis Henkin y John L. Hargrove, editores, ASIL, 1994. Véase además Naomi Roht-Arriaza, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, New York, 1995. Dos relatores especiales de las Naciones Unidas han tenido la ocasión de explorar su obligación profundamente: Theo Van Boven, Relator Especial para la Restitución, Compensaciones y Reparaciones para Violaciones Graves y Consistentes de los Derechos Humanos, en "Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms", Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8; y Louis Joinet, Relator Especial sobre Impunidad. Informe Final, 1996.

y asegurar a todos los individuos los derechos que se reconocen⁶. La obligación de asegurar significa que los Estados están obligados a tomar las medidas necesarias para corregir los daños infligidos en cada una de las violaciones a un derecho. Adicionalmente la mayoría de instrumentos establece el derecho de la víctima de una violación a una compensación más efectiva y a igual protección de la ley, sin discriminación⁷. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el órgano de interpretación autorizado de la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos, ha dicho que las leyes de amnistías generales y perdón, son inconsistentes o contradictorios con la Convención porque crean un clima de impunidad y niegan a las víctimas el derecho a la reparación⁸. El derecho internacional, además, especifica que determinados derechos son tan fundamentales que no pueden ser suspendidos, aún en el caso de una emergencia que amenace la existencia de la nación o su seguridad. Estos *derechos fundamentales* son aquellos que son violados por ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones y arrestos arbitrarios y prolongados⁹. La impunidad para estos crímenes constituye una impermissible derogación de derechos *ex post-facto* que no debían suspenderse en el momento en que se cometieron los actos.

El derecho internacional contiene muchas normas vinculantes que apuntan en la dirección de que existe una obligación por superar la impunidad para crímenes de este tipo. La Convención sobre el Genocidio establece la obligación de castigar este crimen¹⁰. La más reciente Convención contra la Tortura obliga a sus signatarios a hacer de la tortura un delito punible dentro de su jurisdicción interna, a arrestar a los sospechosos de tortura, extraditarlos hacia otras jurisdicciones o procesarlos, e insistir a cooperar plenamente con la jurisdicción interesada en recabar y conservar

6 Convención Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles (UN G.A. Res.2200 A, 16 de diciembre de 1996), Artículo 2. Similares términos en la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, 22 de noviembre de 1969), Artículo 1.1.

7 Parte I de Derechos Civiles y Políticos, Artículos 14 y 26: Convención Americana, Artículos 24 y 26.

8 CCPR/C179/Add.46, adoptada en la Reunión N°.1411, 53 Sesión, 5 de abril de 1995, Punto 10.

9 Parte I de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 4: Convención Americana, Artículo 27.

10 Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (UN G.A. Res. 26/ SA (111), 9 de diciembre de 1948), Artículo 1.

las evidencias¹¹. Otras convenciones y normas del derecho consuetudinario se refieren a la inaplicabilidad de leyes que establezcan limitaciones a los crímenes contra la humanidad; la inaplicabilidad de invocar el principio de *crimen político* como defensa contra la extradición por cargos referentes a estos crímenes, y, la jurisdicción universal para juzgarlos. Consideradas en conjunto, estas normas dispersas muestran, inequívocamente, una tendencia en el derecho internacional para no permitir que estos crímenes queden impunes. En efecto, es difícil encontrar desacuerdos en torno a que éstos dan lugar a ciertas obligaciones; si acaso, los desacuerdos (o el escepticismo) gira en torno al contenido o la aplicabilidad de estas obligaciones –si bien esto es un problema no sólo para éstas, sino para todas las obligaciones que surgen del derecho internacional.

Algunas de las obligaciones discutidas seguidamente surgen cuando el Estado viola cualquier derecho establecido en los instrumentos internacionales. Todo el cuerpo de obligaciones, sin embargo, tiene aplicación sólo en situaciones de violaciones masivas y sistemáticas a los más elementales derechos a la vida, a la libertad, y a la integridad física. En otras palabras, un caso aislado de tortura, por ejemplo, puede dar lugar a obligaciones sólo si es parte de un patrón sistemático de violaciones similares. La razón para tan elevado grado de protección es que las violaciones a los derechos humanos de esta magnitud, cuando son cometidas masiva y sistemáticamente, constituyen *crímenes contra la humanidad*.

En respuesta a los crímenes contra la humanidad, un Estado está obligado: 1) a investigar, juzgar y castigar a los perpetradores; 2) a revelar a las víctimas, sus familiares y a toda la sociedad todo lo que pueda ser confiablemente esclarecido sobre estos eventos; 3) a ofrecer a las víctimas las reparaciones debidas; y 4) a separar a los verdugos plenamente identificados de los cuerpos de seguridad y otras posiciones de autoridad.

Desde el punto de vista de quienes han adquirido algún derecho específico del Estado, las obligaciones en cuestión consisten en: 1) el derecho de las víctimas a recibir justicia; 2) el derecho de conocer la verdad; 3) el derecho a recibir compensaciones y otras formas de restitución no monetarias; y 4) el derecho a instituciones nuevas, reorganizadas y responsables. El titular de este último derecho es la sociedad en su conjunto

11 Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes y su castigo (UN G.A., Res. 39/46. 10 de diciembre de 1984), Artículos 4-9.

y no la víctima; en los otros tres casos, el derecho beneficia, fundamentalmente, y en primer lugar, a la víctima, pero también a la sociedad.

El referirse a estos derechos como *principios emergentes* y no como obligaciones vinculantes del derecho internacional, ejemplifica su status actual: se justifican solo parcialmente en normas de aplicabilidad universal existentes. En su mayor parte resultan de la expansión de dichas normas sobre todo en los últimos años, y que dan origen al derecho —particularmente el derecho internacional: resoluciones no vinculantes, precedentes judiciales y cuasijudiciales, la práctica de las naciones y la *opinio juris*. Por ejemplo las Convenciones de Ginebra de 1949 establecen claramente la obligación de castigar *graves violaciones* o crímenes de guerra que ocurren durante conflictos internacionales. Solo el año pasado, esta noción se ha extendido a crímenes similares cometidos en el contexto de conflictos que no son de carácter internacional, a través de la resolución del Consejo de Seguridad que establece el Tribunal Criminal Internacional para Ruanda y la decisión jurisdiccional del Tribunal Criminal Internacional para Yugoslavia en el caso *Tadic*¹². Respecto al derecho de saber la verdad, aunque la comunidad internacional recientemente ha comenzado la discusión, una conferencia de expertos convocada por las Naciones Unidas ha establecido que éste ha alcanzado el status de norma de derecho internacional consuetudinario¹³.

Los ejemplos se presentan para demostrar que la norma jurídica sobre este aspecto está desarrollándose rápidamente. El hecho de que los principios no sean leyes vinculantes en todos sus aspectos, además, no significa que no constituyan obligaciones. En la mayoría de los casos puede que no sea posible obtener una decisión judicial que ordene su cumplimiento -y una decisión semejante sería difícil de ejecutar de cualquier modo. No obstante estos principios pueden invocarse para exigir ciertas medidas de estados que deseen verse a sí mismos como colaboradores del orden jurídico internacional. Más importante aún, un gobierno que se enfrente a la situación de crímenes

12 Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia, Cámara de Apelaciones. El Fiscal contra Dusko Tadic a.k.a. "Dule", Caso No.IT-94-1-AR72, Decisión sobre la apelación de la defensa basada en la jurisdicción. The Hague, 2 de octubre de 1995. Ver también Theodore Meron "International Criminalization of Internal Atrocities", *American Journal of International Law*, volumen 89: 554, 1995.

13 Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe de la Reunión de Expertos sobre Derechos no Sujetos a Derogación durante estados de emergencia o circunstancias excepcionales. Anexo 1 al 8º, Reporte anual del Relator Especial para Estados de Emergencia, E/CN.4/Sub.2/1995/20/Corr.1, 15 de agosto de 1995.

masivos de estado puede y debe ser juzgado por el grado en que trate de acatar estos principios.

Una segunda observación, en relación con estas cuatro obligaciones, es que cada una de ellas es parte integral de una política justa de responsabilización, pero es distinta de las demás. Cada gobierno debería esforzarse para acatar cada una de estas obligaciones, y el alto grado de cumplimiento en una área no es excusa para el incumplimiento en otras. Por ejemplo, la Administración Menem en Argentina ha aplicado una amplia política de generosas compensaciones monetarias a las víctimas de la *guerra sucia* de los años 70, pero hace muy poco o nada, para decir la verdad a las familias de los desaparecidos sobre lo que ha podido averiguar sobre el destino y la localización de sus seres queridos; y hace aún menos, para purgar a las fuerzas armadas y de seguridad, de los muchos perpetradores que continúan sirviendo y avanzando en la jerarquía.

La naturaleza independiente y distinta de estas obligaciones, también significa que aún y cuando una de ellas sea legal, o prácticamente imposible, por ejemplo por una ley de amnistía general que impida los procesos criminales, las otras continúan en plena vigencia. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su último reporte periódico de Argentina, correctamente rechazó el argumento del Ministro de Justicia, Rodolfo Barra, de que las pseudo leyes de amnistía de los años 80, y el principio de presunción de inocencia, impedían que el gobierno obligara a criminales plenamente identificados a retirarse mediante procedimientos administrativos o disciplinarios¹⁴. Similarmente, las leyes pueden ser barreras infranqueables para la persecución criminal, pero no eximen al gobierno argentino del deber de utilizar todos los medios a su alcance para decir a cada familia, lo que se pueda saber sobre el destino y localización de sus desaparecidos¹⁵.

14 CCPR/C/79/Add.46, *op. cit.* (nota 8).

15 Escrito *amicus curiae* by Human Rights Watch/Americas y Center for Justice and International Law, presentado a la Corte Federal de Apelaciones de Buenos Aires en junio de 1995, en apoyo de una moción por Emilio F. Mignone in re *ESMA Case* y publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, N° 8834, 14 de setiembre de 1995 y en *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, N° 21, enero-junio de 1995. En la misma edición, vea nota de apoyo por Germán J. Bidart Campos, uno de los principales académicos latinoamericanos en Derecho Constitucional e Internacional (la víctima del delito y el proceso penal, pág.7). La noción de que el estado le debe a cada víctima una 'verdad' individualizada y por lo tanto un reporte global sobre prácticas y políticas no las satisface plenamente, es uno de los argumentos de José Zalaquett. A solicitud suya, fue

Este enfoque tiene la ventaja de que nos permite insistir en determinadas medidas más allá del intento artificial de los gobiernos de dejar atrás el pasado y *seguir adelante*. También debería servir como una forma para que el movimiento pro derechos humanos evite el auto derrotismo y rechace todas las soluciones porque una de ellas, por ejemplo el castigo, se vuelva inaplicable. Si continúan señalando a las amnistías y perdones como inconsistentes con las obligaciones, las víctimas y la sociedad aún pueden exigir la verdad completa, reparaciones y cuerpos de seguridad que estén efectivamente libres de criminales.

Una observación final en los cuatro casos, sobre estos principios es que constituyen —en la distinción que hace la ley civil— *obligaciones de medios y no de resultados*. Significa que el estado ha cumplido plenamente su deber de persecución penal, incluso si el juicio termina a favor del demandado, siempre y cuando el proceso haya sido conducido de buena fe y no como un acto *predestinado a fracasar*¹⁶. En ese sentido estas obligaciones están sujetas a condiciones de legitimidad en su ejecución¹⁷. Estas condiciones presionan a los gobiernos en dos direcciones opuestas. En primer lugar están conminados a hacer esfuerzos de buena fe para alcanzar los resultados deseados. Se deduce que si un gobierno tiene pistas, documentación, conoce a actores cuyo testimonio puede obtenerse, etcétera, tiene la obligación de hacer todo lo que esté razonablemente dentro de sus posibilidades para decir a cada familia la verdad. En este contexto, no obstante, *razonablemente dentro de sus posibilidades* significa que una serie de esfuerzos y tareas debe ser puesta positivamente al servicio de la verdad, y no limitarse simplemente a un acto demagógico de condescendencia burocrática.

En la dirección opuesta, otra condición para la legitimidad es que esos esfuerzos deben conducirse de acuerdo con los estándares del debido proceso establecidos en la legislación internacional. Lo que es el *debido proceso*, sin embargo, depende del objeto del ejercicio y su probable resultado. La persecución y el castigo requieren del máximo grado de garantía para los derechos del acusado, porque el resultado podría ser la

adoptada por la Comisión Rettig en Chile: *Informe de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación*, tomo 1, pág. 3, Santiago, 1991 (versión en inglés por la Editorial de la Universidad de Notre Dame, Notre Dame, 1992).

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez *op. cit.* (nota 1), párrafo 177.

17 Zalaquett. *State Crimes, op. cit.* (Nota 2).

pérdida de la libertad de una persona. Pero la separación disciplinaria o administrativa de los cuerpos de seguridad requiere, relativamente, menores garantías al debido proceso.

Existe un considerable desacuerdo en este tema, respecto a si las comisiones de verdad deben *decir los nombres* de los funcionarios acusados de las violaciones que describen. José Zalaquett se opone rotundamente porque constituiría una violación de los derechos al debido proceso de las personas nombradas, así como una intromisión de las comisiones de verdad, en funciones judiciales que por definición, no les competen¹⁸. Una posición cerrada en cuanto a mencionar nombres, no obstante, pueden en ciertas circunstancias, convertirse en una limitación inaceptable a la *Verdad Completa* que los gobiernos están comprometidos a revelar, y que las Comisiones de Verdad están encargadas de esclarecer.

La legitimidad de la decisión -sea la mención u ocultamiento de nombres- depende de que posteriormente a la publicación del reporte de la Comisión, haya oportunidad de procesar y juzgar (y por lo tanto, de explorar más exhaustivamente la verdad). Si la posibilidad está abierta tal vez es buena idea permitir que las cortes se encarguen de la responsabilidad criminal individual, después de que haya tenido lugar un juicio justo. Si, por otro lado, el reporte va a ser, probablemente, la última oportunidad para que estos asuntos salgan a la luz, un compromiso honesto con la verdad, sugeriría la necesidad de una información confiable y no ocultar el comportamiento de ciertos individuos, sólo porque éstos puedan esconderse detrás de la impunidad concedida por amnistías o perdones. Incluso en ese caso, sin embargo, algunas medidas para preservar el debido proceso resultan necesarias, y la Comisión de Verdad debería darles "como mínimo" una oportunidad para rebatir la información incriminatoria. Si se mencionan nombres, también es importante que la Comisión de la Verdad dé un tratamiento honesto e imparcial a la información, y que el público así lo perciba. En El Salvador, como se creyó que la Comisión de la Verdad había recibido muchos más nombres de los que publicó, debió ser más clara en

18 La Comisión de la Verdad de El Salvador, patrocinada por las Naciones Unidas, fue la primera entre las recientemente constituidas, en mencionar nombres. Priscilla B. Hayner, "Fifteen Truth Commissions - 1974 to 1994". *Human Rights Quarterly*, noviembre de 1994, Zalaquett en "Dealing with the past: Truth and Reconciliation in South Africa", Alex Boraine, Janet Levy y Ronel Scheffer editores, IDASA, Ciudad del Cabo, 1994, pág. 51.

cuanto a los criterios bajo los cuales se determinó que unos nombres fueran publicados y otros no. Probablemente beneficiándose de esa experiencia, la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, no sólo está encargada de investigar y revelar las circunstancias de cada caso sino que también de identificar a los perpetradores. Al mismo tiempo, el estatuto que creó la Comisión requiere que las personas acusadas de violación a los derechos humanos tengan la oportunidad de responder antes que sus nombres sean agregados al informe final¹⁹.

V. EVITANDO FALSOS DILEMAS

La primera concepción errónea acerca del problema de la responsabilización es que no existen reglas que establezcan lo que los Estados deben hacer en respuesta a las masivas violaciones llevadas a cabo en el pasado reciente. A principios de los años 80 éste fue en América Latina el punto de vista prevaleciente entre muchos observadores con mentalidad democrática, e incluso observadores orientados hacia los derechos humanos. Ello resultó en una falta de apoyo a los esfuerzos para conseguir algún grado de responsabilización en la nueva ola democratizadora. En la concreción presente, esta posición se refleja en gran medida en el punto de vista del expresidente Jimmy Carter, el cual no sólo deja de lado las opiniones de los líderes democráticos, sino que expresa una preferencia por solucionar los problemas con base en el perdón y olvido completos. En efecto, la más reciente aplicación de esta idea por parte del Presidente Carter, fue su oferta de amnistía al General Raúl Cedras, como una condición para el retorno de la democracia en Haití, una oferta hecha a pesar de la objeción expresa de Jean-Bertrand Aristide, líder elegido democráticamente en Haití.

El Presidente Carter explicó que le interesaban menos las violaciones del pasado que evitar 'las sigüientes'. Aún así, está lejos de comprobarse que una política de perdón y olvido automáticamente desvía el peligro de futuros abusos²⁰. En efecto, al menos en Haití es fácil afirmar que lo correcto es precisamente lo contrario: cada autoamnistía de los militares sólo ha llevado a nuevas interrupciones de la democracia y a nuevas atrocidades²¹. Esta

19 República de Sudáfrica, "Promotion of National Unity and Reconciliation Bill, 1995", Artículos 4 (a), 31 (2) y 38.

20 José Zalaquett, más cautelosamente, sugiere que en ciertas circunstancias dicha política podría ser la más adecuada para prevenir este peligro *State Crimes, op. cit.* (nota 2).

21 Ken Roth, monografía para un libro editado por W. Post, de próxima publicación. 1996.

deferencia a los líderes democráticamente electos, quienes se supone saben mejor que nadie lo que es mejor para su país, y lo que está por venir, no está garantizada. A mediados de los años 80, éso permitió a Vinicio Cerezo obstaculizar activamente cualquier intento de invalidar la vergonzosa autoamnistía con que su predecesor militar dejó el cargo; al término del período de Cerezo hubo más violaciones de derechos humanos y mayor impunidad.

Una segunda posición perniciosa en este debate postula que, incluso en un contexto donde se trata de ajustar las cuentas, la verdad siempre es preferible a la justicia. El columnista Charles Krauthammer, en parte basado en las ideas de Zalaquett y presumiblemente exaltando las virtudes de las experiencias chilena y sudafricana, ha publicado recientemente una proposición universal, de acuerdo con la cual, los 'informes de verdad' deben ser escritos, pero no deben tener lugar procesos judiciales²². Con respecto a la crisis en Bosnia, algunos observadores han propuesto clausurar los tribunales de crímenes de guerra y que sean reemplazados por una 'comisión de la verdad' basada en los modelos de Chile y El Salvador²³.

Al afirmar que el decir la verdad promueve la reconciliación, mientras que los procesos judiciales son vengativos, Krauthammer simplifica los hechos sobre las posiciones adoptadas por los nuevos líderes democráticos de Chile y por Nelson Mandela. No toma en cuenta que Chile procesó y encarceló al hombre de confianza de Pinochet, el General Manuel Contreras, y que Mandela ha permitido a la justicia seguir su curso en el caso en contra del anterior ministro de la defensa, General Magnus Malan. Ambos hombres, anteriormente muy poderosos, están o estuvieron detrás de las rejas: ¿significa que Aylwin, Frei y Mandela se han vuelto vengativos?

Es difícil ver qué podría ganarse a través de otro "informe de la verdad" en los Balcanes, después de que los relatores específicos de las Naciones Unidas han documentado los crímenes muy detalladamente, mientras que la comunidad internacional prefiere no escuchar. Las Naciones Unidas ya tuvieron una 'comisión de la verdad' para la antigua Yugoslavia,

22 Charles Krauthammer, "Truth, Not Trials", *The Washington Post*, 9 de setiembre de 1994.

23 Robert Pastor, del Centro Carter, citado en "The Nation: Nuremberg Isn't Repeating Itself". *The New York Times*, 19 de noviembre de 1995; David Forsyth, "The UN and Human Rights at Fifty: An Incremental but Incomplete Revolution", *Global Governance* 1 (1995), 297-318.

concretamente con la comisión encabezada por el Profesor M. Cherif Bassiouni, y que precedió a la creación del tribunal especial²⁴. Y a propósito, cada jurista prominente citado ante las Naciones Unidas ha propuesto que el próximo e inevitable paso debe ser hacer justicia; Pastor y Forsyth sugieren que ignoremos sus recomendaciones hasta que se forme una comisión que proponga la impunidad.

Es claramente cierto que un proceso de responsabilización que descuide o deje de lado la verdad sería inaceptable. Zalaquett llega a incluir el pleno conocimiento de la verdad como una de sus 'condiciones de legitimidad'. Una política que resultara en condenas pero sin una plena revelación de la verdad (por ejemplo, mediante arreglos extrajudiciales) sería inaceptable. . lo cual no equivale a decir que la verdad es preferible o superior a la justicia, ni que la justicia tenga que venir primero²⁵. Un escenario distinto del anterior, que es poco probable, sería un juicio sin una discusión a fondo de los hechos, lo cual violaría de todas formas el debido proceso. Más importante aún, presentar la cuestión como una competencia entre la verdad y la justicia, equivale a ignorar la contribución específica para el conocimiento público de los hechos que hacen los procesos judiciales.

En la posición ejemplificada por Krauthammer, Pastor y Forsyth, la verdad en los hechos, se presenta como una alternativa a la justicia. Sin embargo, los mejores ejemplos en cuanto a la búsqueda de la verdad no fueron planteados en su momento bajo la premisa de que habría inmunidad contra los procesos penales. Tanto la Comisión Sábato en Argentina como la Comisión Rettig en Chile, omitieron mencionar los nombres de los presuntos perpetradores en sus informes finales, pero los trasladaron, junto con las evidencias relevantes, a los Tribunales, como una forma de contribuir con la justicia. Si su mandato hubiera consistido en mencionar los hechos, como última instancia en el proceso de responsabilización, sus reportes sin

24 El Reporte Final de la Comisión de Expertos Establecido según Resolución del Consejo de Seguridad No. 780 (1992), S/1994-674 del 27 de marzo de 1994; *Final Report* de Mr. Tadeusz Mazowiecki, Relator Especial de Naciones Unidas para la ex Yugoslavia, E/CN.4/1996/9, citando 17 reportes periódicos anteriores entre agosto de 1992 y julio de 1995.

25 Ver la polémica (y la confusión en torno a la posición de Aryeh Neier, que luego aclara) en un intercambio de cartas en *The Nation* "Truth, Justice and Impunity", y "Neier Replies", 24 de diciembre de 1990, pág. 790; y previamente la columna de Neier "Watching Rights", del 19 de noviembre de 1990.

nombres hubieran sido recibidos menos favorablemente por el público, puesto que su 'verdad' se hubiera percibido como preestablecida e incompleta, y no como una verdad que permitiera a los hechos hablar por sí mismos y condujera a donde tuviera que conducir.

El tercer ejercicio en América Latina sobre 'decir la verdad' resultó, en efecto, la última palabra que se escuchó en materia de responsabilización en El Salvador. Los tres juristas internacionales que formaron la Comisión de la Verdad auspiciada por las Naciones Unidas, se manifestaron claramente en contra de la amnistía general que promulgó el Presidente Alfredo Cristiani inmediatamente después de la publicación del Informe. Aunque no fue responsabilidad de la Comisión de la Verdad, la amnistía de Cristiani disminuyó mucho el impacto que el Informe hubiera tenido en otras circunstancias en la sociedad salvadoreña. No obstante, el Informe contribuyó, en gran medida, a la paz en el país, precisamente porque no estaba ligado a una amnistía decretada previamente. En contraste, un Informe de la verdad diseñado como una alternativa a la justicia, hubiera sido un ejercicio simbólico, y como tal hubiera estado condenado a ser rápidamente olvidado por la sociedad a la que pretendía servir. Justificadamente, el público espera que la revelación de la verdad sea un paso en dirección a la responsabilización, y no una pobre alternativa.

Esto tampoco significa que deberíamos rechazar las comisiones de la verdad, a menos, que haya procesos penales y castigo en el horizonte. Como se afirmó anteriormente, aunque el castigo se haya tornado imposible, ya sea por razones jurídicas o de hecho, el Estado aún mantiene la obligación de investigar y revelar los hechos, y de responsabilizarse de los abusos cometidos en su nombre. 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.

Cuando los que proponen la *verdad como posición alternativa*, mencionan a Zalaquett, tergiversan su punto de vista. Zalaquett ha estado frecuentemente de acuerdo con que los crímenes de lesa humanidad conllevan la obligación de castigarlos, aún cuando argumenta que el concepto necesita ser profundizado²⁶. Él nunca ha sugerido que los Estados no deban castigar

26 *State Crimes, op. cit.* (Nota 2).

cuando pueden hacerlo, sino que no podemos esperar un alto grado de cumplimiento en esa materia. Incluso ha elogiado al Presidente Aylwin por no ampliar el ámbito de la impunidad en Chile, en contraste con las leyes de pseudo-amnistía aprobadas por los gobiernos democráticos de Argentina y Uruguay²⁷.

Sin embargo, sería un error asumir que Krauthammer y los otros, simplemente no han leído cuidadosamente a Zalaquett. Sus artículos a favor de decir la verdad en lugar de la justicia, reflejan escepticismo sobre la conveniencia de promover procesos penales. Su insistencia en que los líderes enfrentan un legado de violaciones a los derechos humanos se guíen por una *ética de responsabilidad*, refuerza esa impresión²⁸. Zalaquett cita a Max Weber sobre la necesidad de seguir una *ética de responsabilidad*, en contraposición a una *ética de convicciones* (también traducida como una *ética de los fines últimos*)²⁹ no está claro en realidad qué aporte hace esta distinción al debate, puesto que –según lo admite el mismo. Zalaquett–Weber reconoce que, así como una ética de responsabilidad no implica falta de convicción, tampoco una ética de convicción implica falta de responsabilidad.

Max Weber ha hecho una grandísima contribución a la sociología moderna, pero esta incursión en la filosofía moral que cita Zalaquett, es menos convincente. El que cada persona deba actuar responsablemente (en el sentido de medir los posibles resultados de sus propias acciones, aunque no sean los deseados) no dice mucho sobre la moralidad o inmoralidad intrínseca de estas acciones. En efecto, induce a juzgarlas, exclusivamente, por sus potenciales resultados indeseables y no por los propósitos o significados de la conducta humana. En este sentido, la dicotomía de Weber lo ubica en la línea de la filosofía consecuencialista, cada vez más cuestionada. Para ser más precisos, aplicar la *ética de la responsabilidad* al presente tema, significa que si se va demasiado lejos sin la responsabilización, se corre el riesgo de que los enemigos de la justicia (quienes aún conservan algún poder), puedan de nuevo interrumpir el proceso democrático y volver

27 *Dealing with the Past*, op. cit. (Nota 18), página 105.

28 José Zalaquett, "Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations", *Hastings Law Journal*, Vol. 43, No.6, agosto de 1992, 1425-38.

29 *Ibid*, citando a Max Weber, "Politics as a Vocation", en: *From Max Weber: Essays in Sociology*, H.H. Gerth and C. Wright Mills, editores y traductores, 1946.

a las políticas de violaciones de los derechos humanos. Ello puede muy bien ser cierto, pero un análisis basado en la ética de la responsabilidad achaca injustamente a fuerzas democráticas bien intencionadas las probables consecuencias negativas, las cuales son el resultado de la conducta de otros actores, y sólo en forma secundaria (si acaso) de las fuerzas democráticas.

Es fácil estar de acuerdo con que urgir a los líderes a actuar precipitada e irresponsablemente, no tiene sentido. Insistir en un castigo sin el debido proceso, por ejemplo, sería irresponsable, no por las posibles consecuencias (por ejemplo, las reacciones de los enemigos de la democracia), sino porque la búsqueda de la justicia abandonaría así sus más altos principios morales. En la ausencia de obstáculos legales insuperables para iniciar procesos legales, el problema yace en establecer los límites de lo que se puede alcanzar, dadas las particularidades de cada transición. Presionar a los líderes para que sean antes que nada “responsables”, parece que deja una gran puerta abierta para las excusas para la inacción, y para aceptar el statu quo de la impunidad, ante violaciones flagrantes. Peor aún, transmite el mensaje de que es sumamente ético gobernar cediendo al evidente chantaje de las poderosas fuerzas antidemocráticas.

En particular, establecer un patrón universal de *liderazgo responsable* sin insistir simultáneamente en el derecho que se debe reconocer a las víctimas, conduce a asumir que los procesos penales son desestabilizadores por naturaleza, mientras que el informe de una Comisión de la Verdad será, presumiblemente, mejor asimilado por los enemigos de la democracia. La experiencia muestra, sin embargo, que éstos están, probablemente tan preocupados, por la posibilidad de que la verdad se revele, como lo están por la amenaza de que algunos de ellos tengan que afrontar procesos judiciales. Lo mejor sería que abogáramos con firmeza por las obligaciones que se tienen para con las víctimas y la sociedad, y luego analizáramos cuidadosamente, y de una manera particularizada, qué se puede hacer, y qué sería irresponsable intentar.

Poner énfasis en las limitaciones, en vez de hacerlo sobre las posibilidades, también equivale a asumir que cualquier cosa que se haga, es lo mejor que podía hacerse bajo esas circunstancias. Aunque cada transición es definitivamente distinta, ello no es suficiente para explicar la amplia brecha que existe entre el grado de responsabilización que fue alcanzado en Argentina, comparado por ejemplo con el de Uruguay o Brasil. Hay que

incorporar el factor del compromiso relativo de los distintos líderes políticos con los valores de los derechos humanos y con el estado de derecho, así como con la diversa capacidad del movimiento pro-derechos humanos (interno e internacional) para introducir su agenda dentro del debate nacional. Líderes democráticos muy respetados, como Julio Sanguinetti y Wilson Ferreira de Uruguay, por ejemplo, podrían afirmar que actuaron responsablemente cuando prestaron su apoyo a una política de impunidad, cediendo al chantaje de los militares uruguayos³⁰. En retrospectiva, pudo haber sido útil que Sanguinetti y Ferreira escucharan una voz más fuerte de la comunidad internacional apoyando los esfuerzos de las víctimas uruguayas y de la comunidad pro-derechos humanos, por restablecer la justicia.

Indudablemente, insistir en procesos judiciales en presencia de un importante obstáculo legal, como la preexistencia de una ley de amnistía que haya adquirido plena vigencia, sería irresponsable porque subvertiría el estado de derecho que nosotros mismos proclamamos, y porque violaría el principio fundamental de *nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay delito ni pena sin ley anterior). Defender las amnistías concedidas por autoridades democráticas es algo completamente diferente. En el caso de Chile, uno puede aceptar las limitaciones objetivas que el retiro obligatorio de Pinochet impuso al nuevo gobierno, sin perjuicio de criticar la autoamnistía de 1978 como un acto vergonzoso. Hay que reconocer el mérito de que, aún con dichas limitaciones objetivas, la sociedad chilena haya logrado un alto grado de responsabilización, pero no hay por qué exagerar ni convertir una necesidad en una virtud.

Una concepción errada muy frecuente en este debate es que los procesos penales son por definición adversos a la paz y la reconciliación.

30 En Uruguay los militares permitieron la transición sólo después de que un pacto secreto impidiera a Ferreira presentarse para la presidencia, y en el que los principales líderes políticos se comprometieron a no investigar las violaciones a los derechos humanos. Cuando las presiones sociales forzaron la intervención judicial, el gobierno de Sanguinetti introdujo la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, prácticamente equivalente a una amnistía general. Los grupos pro-derechos humanos organizaron una campaña a favor de convocar a un plebiscito para revocar dicha ley. Sanguinetti apoyó abiertamente la vigencia de la ley, argumentando que un golpe de Estado era inevitable, y efectivamente convocando a los uruguayos a elegir entre justicia y democracia. La petición de revocatoria fue denotada por un estrecho margen. Ver Cynthia Brown y Robert K. Goldman, "Challenging Impunity: The "Ley de Caducidad" y *Referendum Campaign in Uruguay*, Americas Watch, New York, 1989; Lawrence Weschler, *A Miracle, A Universe*, Pantheon, New York, 1990.

El Protocolo II de las Convenciones de Ginebra (aplicable a los conflictos internos de naturaleza particularmente intensa) en realidad promueve amplias y generosas amnistías mutuas para poner fin al conflicto. Pero esa amnistía se refiere a los delitos de sedición o rebelión, y a violaciones relativamente menores del derecho de guerra por parte de las fuerzas gubernamentales. No está destinada a fomentar la impunidad para ataques contra civiles o para serios crímenes contra la vida y la integridad de la persona del adversario. Para *violaciones graves* al derecho de la guerra, por el contrario, existe una clara obligación de castigar³¹. Independientemente de si se trata o no de una obligación legal de carácter vinculante, está claro que la amenaza de la persecución penal puede ser un factor definitivo para desalentar a los actores del conflicto armado a seguir recurriendo a la violencia. Sin embargo, no se deduce necesariamente que una amnistía general para ambos lados sea la única forma de actuar en interés de la paz. En efecto, hay argumentos de mucho peso para afirmar que una paz duradera sólo es posible cuando se ha alcanzado a través de un proceso que enfrente cuidadosa y honestamente las violaciones a los derechos humanos y al derecho de la guerra, cometidas por todos los bandos.

Que el objeto de todo el proceso sea obtener la reconciliación en sociedades desgarradas por el conflicto, debería estar fuera de discusión. Desafortunadamente, los movimientos pro-derechos humanos han sido reacios a adoptar la reconciliación como meta, quizás porque la palabra ha adquirido una connotación negativa en la forma en que ha sido utilizada por los partidarios de la impunidad. El resultado, en cualquier caso, es que las organizaciones de derechos humanos han sido tildadas de enemigas de la reconciliación y acusadas de poner obstáculos a la superación del pasado. Por el contrario, las organizaciones de derechos humanos deberían introducir la reconciliación en su agenda, insistiendo en su verdadero significado. En primer lugar, la verdadera reconciliación no puede imponerse por decreto; tiene que construirse en la mente y el corazón de todos los miembros de la sociedad, a través de un proceso que reconozca el valor y la dignidad de cada ser humano. En segundo lugar, la reconciliación requiere del conocimiento de los hechos. No se puede demandar (ni esperar) el perdón a menos de que

31 Artículo 146, IV Convención de Ginebra Relacionada con la Protección de los Civiles en Tiempo de Guerra, 12 de agosto de 1949. Como se afirmó anteriormente (ver texto adjunto en Nota 12) esta norma, aplicable sólo a conflictos internacionales, ha sido extendida también a las guerras civiles.

quien debe perdonar, sepa exactamente qué es lo que está perdonando. Tercero, la reconciliación sólo puede venir después del arrepentimiento. Exigir que las víctimas perdonen sin ofrecer a cambio un gesto de contrición o sin reconocer que se ha obrado incorrectamente, es como añadir mayor vileza a los crímenes del pasado.

Una última objeción contra los procesos penales es que éstos no tienen la posibilidad de abarcar todas las posibles violaciones, o de juzgar a cada uno de los perpetradores. Esta inevitable selectividad, se dice, desacredita el esfuerzo porque instantáneamente sugiere la posibilidad de discriminación y favoritismo³². El riesgo de la selectividad está igualmente presente en los ejercicios de decir la verdad, aunque ésto no parece importar a los partidarios de los informes de la verdad como alternativas a la justicia. La selectividad es ciertamente inevitable, pero también es parte de las reglas del juego de los procesos judiciales. Ningún sistema de justicia en el mundo pretende que se sancione a todos y cada uno de los casos de conducta antinormativa. En este tipo de procesos hay un factor autoselectivo inicial que consiste en que, en muchos de los casos, simplemente no habrá evidencias suficientes para iniciar juicios. Si la consigna fuera condenar y castigar a todos los perpetradores sin considerar las evidencias, estos juicios no serían congruentes con el estado de derecho. Se pueden perder casos por falta de pruebas, y se deben perder si se violan las garantías para un juicio justo; este elemento de incertidumbre, y especialmente el hecho de que los acusados tienen la oportunidad de ganar, es lo que distingue a los juicios justos de la falsa justicia³³. Es más, una cierta selección basada en el grado de culpabilidad no sólo es necesaria, sino también legítima. No hay nada negativo en la selectividad, siempre y cuando las reglas sean claras y no discriminen sobre la base de una categoría prohibida³⁴. Estas reglas también deberían ser razonables y claras para el público y no sujetas a cambios para favorecer las necesidades políticas del momento o para aliviar presiones sobre los líderes

32 Conferencia David Forsyth, "Legal Justice for Human Rights Violations: A Political Analysis". Kroc Institute for International Peace, Universidad de Notre Dame, 5 de febrero de 1996.

33 Sobre la legitimidad normativa que se deriva de la incertidumbre en los juicios, ver Mark J. Osiel "Ever Again: Legal Remembrance of Administrative Massacre". U. Penn. L. Rev., Volumen 144, No. 2, diciembre de 1995, página 680.

34 ICCPR, Artículo 26.

democráticos³⁵. En este punto hay considerables consensos entre activistas de derechos humanos, en el sentido que los procesos deben empezar, si es posible desde lo más alto, sin permitir apelar a la obediencia como defensa, cuando haya existido una clara oportunidad de resistir a estas órdenes inmorales.

VI. JUSTIFICACIÓN MORAL PARA LOS PROCESOS PENALES

Estas ideas no significan establecer, en absoluto, preferencia por los procesos penales, sobre los ejercicios de decir la verdad, ni sobre cualesquiera de los otros dos deberes mencionados anteriormente. Como se estableció al inicio, las cuatro obligaciones deben ser asumidas por el Estado, y cumplidas de acuerdo con sus mejores posibilidades. No obstante, estas ideas definitivamente pretenden objetar un razonamiento que hace aparecer a la decisión de procesar penalmente como menos favorable. No hay duda de que los procesamientos son la elección más difícil entre las cuatro opciones, y deben por lo tanto estar plenamente justificadas en términos morales.

En este sentido, una posición que justifique el procesamiento exclusivamente por sus propósitos disuasivos, no constituye base suficiente para fundamentar procesos judiciales. Como Aryeh Neier ha dicho repetida-

35 En este punto estoy en desacuerdo con José Zalaquett y Aryeh Neier sobre qué fue lo que salió mal en la Argentina. Zalaquett cree que la administración de Alfonsín fue inicialmente demasiado lejos (y presumiblemente actuó bajo una ética de convicción, no de responsabilidad) y fue forzada por las circunstancias a volver atrás (ver "See Dealing with the Past", *op. cit.* Nota 18, páginas 15, 39, 88). Similarmente, Neier escribe que, en retrospectiva, hubiera sido mejor que Argentina limitara las persecuciones a los altos comandantes y paralelamente publicara los crímenes cometidos por oficiales de menor rango, y no que intentara procesar a otros perpetradores en niveles inferiores de la cadena de mando, arriesgándose a provocar las revueltas militares que a la larga forzaron al gobierno de Alfonsín a dar marcha atrás (Aryeh Neier, "What Should be Done about the Guilty?" *The New York Review of Books*, 1 de febrero de 1990). El apoyo para los procesos judiciales y el castigo efectivo aumentaba con cada paso que se tomaba en dirección a la responsabilización, y con cada objeción estruendosa de los militares. No había bases legales o morales para restringir los procesos a los altos oficiales, sin violar el principio de que la obediencia a las órdenes no es una defensa en estos crímenes. Decidir si en cada caso había o no capacidad para resistirse a cumplir órdenes manifiestamente ilegítimas es un asunto que debía haberse dejado a los jueces, sobre la base de un análisis caso por caso. Finalmente, definitivamente había presiones militares pero el país había demostrado capacidad para resistirlas.

mente, la disuasión de futuras violaciones no es una base confiable para el castigo, puesto que no podemos predecir la conducta futura de los actores relevantes. Las sociedades sólo pueden esperar que el castigo disuada al transgresor, así como a otros potenciales ofensores, pero nunca pueden asumir que así ocurrirá. Si justificadamente criticamos el dogma que considera *a priori* que la pena de muerte es un efectivo agente disuasivo para el crimen, cuando la información estadística muestra lo contrario, no podemos afirmar así de fácil que la persecución y el castigo de los crímenes de Estado prevendrán futuras violaciones por los mismos o por otros actores estatales. En algunas situaciones específicas es posible mostrar que una política de impunidad a través de repetidas leyes de amnistía, o simplemente por rehusarse de facto a investigar los crímenes cometidos por las fuerzas de seguridad, da como resultado un impulso a nuevas violaciones de los derechos humanos³⁶. Pero la afirmación opuesta no es necesariamente cierta. Y bien podría ser cierto que, en una situación dada, una política que favorezca el perdón fuera la mejor para evitar la recurrencia de violaciones graves; pero esa proposición tampoco puede ser categóricamente probada.

Junto a la disuasión, la retribución es el otro objetivo tradicionalmente asignado al castigo criminal. Para los propósitos de este ensayo, parece innecesario adherirse a una u otra teoría del castigo. Provisionalmente, sin embargo, puede decirse que la disuasión por sí sola no parece explicar por qué las sociedades sancionan, si bien el efecto disuasivo debe ser el resultado a que la sociedad aspira cada vez que se aplica una sanción penal. Las sociedades castigan a criminales en algunas situaciones en donde la reincidencia es improbable, y donde el efecto disuasivo sobre la conducta de otros no es demostrable.

Que la moderna ciencia penal busca la rehabilitación del reo tampoco es contradictorio con una teoría del castigo que reconozca un espacio para la retribución, puesto que la rehabilitación es el objeto de la sanción, no la razón por la cual el comportamiento es penalizado. En cualquier caso, la

36 Ken Roth, *op. cit.* (Nota 21); Cynthia Brown, *Peru under Fire*, Yale University Press. "Human Rights Watch Books, 1992", página 11; Carlos Chipoco y Juan E. Méndez. *Tolerancia frente a los abusos: Violaciones a los derechos humanos en el Perú*, Americas Watch y Comisión Andina de Juristas, Lima, octubre de 1988, páginas 7-9; Cynthia Arnson y Robin Kirk, *State of War: Political Violence and Counterinsurgency in Colombia*, Human Rights Watch/Americas, New York, 1993, páginas 16-28; Juan E. Méndez *The Killings in Colombia*, Americas Watch, New York, 1989, página 2.

retribución no debe necesariamente ser vista como una política de venganza. En su forma más pura, la retribución simplemente dice que la sociedad no tolera el comportamiento que quebranta las reglas. Y esto es aún más importante cuando esas reglas protegen al inocente y al indefenso. Una teoría actualizada de la sanción, por lo tanto, se centra en la víctima, en la necesidad de corregir el daño infligido: las sociedades castigan porque ésto expresa a la víctima que su situación no pasa desapercibida³⁷. Y además, no se trata de un intento de resucitar la teoría de los 'derechos de las víctimas' que, en los Estados Unidos, es a menudo usada por los políticos para imponer condenas mínimas obligatorias, incluyendo la cadena perpetua y la pena capital, para limitar la discreción de los jueces al imponer penas, y algunas veces hasta para justificar la remoción de un fiscal porque su 'dureza' no responde a la que el político requiere³⁸.

Las víctimas no tienen el derecho a determinada forma o cantidad de pena, pero él tiene el derecho a ver que se haga justicia a través de un proceso. Por lo tanto la preocupación de Zalaquett, en el sentido de que las víctimas no deben tener poder de veto sobre cómo la sociedad decide castigar, es errónea: las mayorías no tienen derecho a decir a las víctimas que sus casos serán olvidados en aras de un 'bien' superior. Las víctimas tienen derecho a un proceso que les restaure completamente el goce de sus derechos y la dignidad y valor que la sociedad les debe a cada uno de sus miembros. La clemencia, si es procedente, sólo puede venir después de que este proceso haya sido plenamente cumplido.

Una justificación moral para el castigo que ha sido ofrecida en la Argentina es probablemente una variante de la teoría de la justicia retributiva, pero es especialmente atractiva en este contexto. Sostiene que cuando se trata de tortura, asesinatos y desapariciones, las sociedades deben castigar estos actos por respeto a la norma que prohíbe dichas conductas. No sólo es un problema de restablecer el estado de derecho, ni de hacerlo porque el imperio de la ley protege al individuo contra otras fuerzas de la sociedad. Es el alto valor que atribuimos a estas normas en particular (por ejemplo, a la prohibición de la tortura, los asesinatos auspiciados por el Estado y las

37 Aryeh Neier, en *Dealing with the Past*, página 99; "What Should Be Done...", página 34.

38 Rachel L. Swarns, "A Killing in the Bronx: The Overview; Governor Removes Bronx Prosecutor from Murder Case", *The New York Times*, 22 de marzo de 1996.

desapariciones) lo que genera la obligación de castigarlas³⁹. En países que luchan por salir de las dictaduras y el autoritarismo, este argumento parece decir mucho sobre la nueva sociedad que el pueblo está tratando de establecer. En estos casos, por lo tanto, castigamos la tortura, el asesinato, y las desapariciones porque queremos trazar una marcada 'línea divisoria' respecto al pasado: a partir de ahora ya no habrá más acusados privilegiados, el sufrimiento de las víctimas no será ignorado, y el abuso de poder será vigilado⁴⁰.

Un argumento final a favor de los procesos penales es que éstos son la forma más efectiva de separar la responsabilidad colectiva de la responsabilidad individual, y de remover el estigma que los crímenes históricos hacen recaer sobre miembros inocentes de una comunidad, que son colectivamente culpados por las atrocidades cometidas contra otras comunidades. Un elocuente argumento al respecto fue hecho recientemente por el Juez Richard Goldstone, el Fiscal General de los tribunales criminales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda⁴¹. El argumento es especialmente apropiado a la necesidad de quebrar el ciclo de la violencia étnica, porque los procesos judiciales permitirían a las comunidades victimizadas distinguir entre los miembros ordinarios de grupos rivales y los individuos que manipularon sus miedos con fines políticos. También se aplica, *mutatis mutandi*, a países donde los abusos no estuvieron vinculados a cuestiones étnicas. En Argentina, por ejemplo, la población civil podría estar hoy en día más reconciliada con las fuerzas armadas democráticas, si las pseudoamnistías no hubieran permitido a una relativa minoría de oficiales, muy culpables, buscar refugio en un *esprit de corps* mal entendido. En cambio, conforme sucedieron las cosas, les está tomando un largo tiempo a los argentinos reconocer que fue una pandilla de asesinos uniformados, y no necesariamente las fuerzas armadas como tales, las que cometieron las masacres de los años 70.

39 Marcelo Sancinetti, *Los derechos humanos en la Argentina post dictatorial*. Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1988.

40 Estoy consciente que la línea divisoria es una analogía usada por el ex Primer Ministro polaco Mazowiecki y por Adam Michnik, en apoyo de una política de no procesar a los líderes del antiguo régimen comunista. Uso aquí esa analogía sin ningún sentido irónico.

41 Ver Lawrence Weschler, "Inventing Peace", *The New Yorker*, 20 de noviembre de 1995. Un argumento similar es ofrecido por Kenneth Roth en un ensayo introductorio de *Human Rights Watch*, "World Report 1996", New York, diciembre de 1995, página XV.

VII. PROCESOS JUDICIALES Y MEMORIA

Aún desde la perspectiva de que la meta principal sea decir la verdad, cuando los asesinos se aferran al silencio y a la negación, no parece evidente que el informe de una comisión de la verdad sea más efectivo que los procesos judiciales. Hay dos claras ventajas de las comisiones de verdad a este respecto: una es la concentración del esfuerzo en un tiempo limitado y la capacidad de ensamblar la información desde fuentes diversas; la otra es el proceso mismo que usualmente se establece en esas comisiones, por medio del cual las víctimas y sus familiares son 'escuchados' y respetados en su dignidad, de un modo en que no lo habían sido antes. En contraste, los Tribunales, necesariamente, deben tratar los casos en etapas definidas, tratar a las víctimas en forma más o menos neutral como testigos, y están limitadas en la recolección de evidencia –y aún en su análisis– por reglas más estrictas de admisibilidad⁴². Pero estas ventajas comparativas a favor de las comisiones de verdad presuponen que el ejercicio sea conducido en forma creativa, de buena fe, y con el tiempo y recursos adecuados, lo cual no siempre es el caso.

Por su parte, los juicios ofrecen sus propias ventajas a la hora de promover la verdad y el reconocimiento. La figura de dos adversarios formales, con la capacidad de competir con iguales armas en el establecimiento de la verdad, y confrontar y examinar la evidencia del oponente, resulta en un veredicto del que es difícil dudar. No hay, por cierto, infalibilidad en el tratamiento judicial de la evidencia, pero la verdad así establecida tiene una calidad 'probada' que la hace más que persuasiva. Esto obviamente presupone garantizar juicios justos, pero, como se estableció al principio, deberíamos de todas formas rechazar cualquier esfuerzo que no cumpla con este requisito.

Los procesos judiciales contribuyen a la verdad, sin embargo, sólo si son usados para su verdadero propósito. Cualquier intento de convertirlos

42 Esta comparación es sólo general; sin perjuicio del derecho de los acusados a un juicio justo, el poder judicial argentino juzgó simultáneamente una multiplicidad de actos criminales. Invariablemente; las víctimas que fueron escuchadas como testigos en estos procesos dijeron que se sintieron reivindicados por el proceso mismo. En el famoso juicio de Paul Touvier versus Francia, los hijos de las víctimas de la era Nazi sintieron lo mismo (Mark Osiel, *op. cit.*, Nota 33), página 704, citando *Le Monde*, 10 de abril de 1994). Además las comisiones de la verdad pueden ser más receptivas hacia las víctimas, pero para mantener la credibilidad, tienen que mantenerse así mismas un tanto separadas de las historias que escuchan.

en juicios 'históricos' o en instrumentos para 'resolver' un largo conflicto político, social o ideológico, corre el riesgo de fallar en dos aspectos: puede resultar en una burla de la justicia, así como en *una verdad* imaginaria o insatisfactoria. Con el fin de servir a los propósitos de la verdad, una corte debe observar estrictamente las garantías de debido proceso, conducir sus análisis de acuerdo con los principios de la ley penal y poner el acento en la responsabilidad individual de la conducta de cada persona. La estricta adherencia a los principios de la responsabilidad penal no excluye la posibilidad de condenas basadas en las teorías de la responsabilidad del mando, del *dominio del hecho* e incluso de la conspiración, siempre y cuando cada elemento del crimen sea escrupulosamente establecido en la evidencia. Pero sí excluye el castigo de formas de colaboración, adulación y apoyo, que pueden ser moralmente despreciables, pero no ilegales en el momento en que tuvieron lugar. Se deduce que un intento por hacer un "ajuste de cuentas" histórico puede acarrear un sesgo de la justicia⁴³. Para citar a otro autor de importancia. *Así como la je corresponde a la iglesia, la educación histórica corresponde a la escuela. Cuando las cortes son utilizadas para dar lecciones de historia, el riesgo de montar juicios-espectáculo no está lejos. Puede que los juicios-espectáculo sirvan bien a propósitos políticos... pero dichos propósitos no necesariamente contribuyen a la verdad*⁴⁴.

En efecto, no tiene sentido tratar de poner fin a una disputa sobre la historia a través de procesos judiciales o de cualquier otra manera, porque la historia no puede ser 'oficialmente' escrita de un modo tal que no haya más diferencias en su interpretación. A lo más que podemos aspirar es a establecer correctamente los hechos, para que la discusión acerca de su significado pueda ir tan lejos como sea necesario. Mark Osiel argumenta que los procesos judiciales pueden a pesar de todo ser de gran ayuda en caso de desacuerdos persistentes, al trasladar el conflicto fuera del ámbito de la violencia y mantenerlo dentro de límites no letales. Esta aproximación, que Osiel llama liberal, se distingue de la creencia de Durkheim de que los juicios criminales pueden obtener consensos sobre aspectos morales, así como de la visión postmoderna que afirma que cualquier acuerdo es por definición imposible. El mérito del enfoque liberal de Osiel es que inspira

43 Ver la perspicaz y bien documentada visión del tema por Mark J. Osiel, *op cit.* (nota 34).

44 Ian Buruma, *The Wages of Guilt: Memories of War in Germany and Japan*, Farrar Straus Giroux, 1994, página 142.

respeto entre los adversarios y promueve la solidaridad social, puesto que todas las partes aceptan las reglas a través de las cuales se establecerán los hechos y determinarán responsabilidades. También permite que el desacuerdo se desarrolle sobre la base de una serie de hechos plenamente establecidos y *confronta a quienes tienen algo que esconder con la evidencia que ellos mismos han tratado de evitar que salga a luz*⁴⁵.

VIII. Principios universales y diferentes soluciones

Los problemas de la transición en Europa del Este y su propio legado de violaciones a los derechos humanos durante la era comunista, son claramente diferenciables de los de América Latina. Las características más destacadas de la represión en Latinoamérica fueron las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones y la tortura a lo largo de un período relativamente corto, pero trágico, en la vida de cada país. Para todos estos actos, es relativamente sencillo destacar un número manejable de víctimas y, más importante aún, identificar a los ejecutores, instigadores y autores intelectuales. En contraste, la represión en Europa del Este duró numerosas generaciones; impuso un exhaustivo control social a través de redes de información y vigilancia y asfixió a los disidentes a través del ostracismo profesional y social, pero muy rara vez llegó a atacar contra los derechos a la vida y a la integridad física⁴⁶. En semejante contexto, la responsabilidad penal es más difícil de establecer, puesto que estas acciones no eran ilegales según las leyes entonces vigentes, y la responsabilidad moral se percibe como algo compartido por grandes segmentos de la población. Por esta razón, los activistas de derechos humanos de esos países han estado más a favor de la memoria que del castigo⁴⁷. Sudáfrica es el último país que se ha embarcado en un ambicioso programa de verdad y reconciliación como parte de su propio esfuerzo por dejar atrás *el apartheid*. Aparentemente, la represión en Sudáfrica combinó las peores características encontradas en

45 Mark Osiel, *op. cit.* (Nota 33), p. 503.

46 Una dramática excepción a esta generalización la constituyen las masacres de campesinos a gran escala en la Unión Soviética, bajo Stalin.

47 Ver el enfoque de la organización llamada "Memorial" y del líder de los derechos humanos, Sergei Kovalyov, citados por Aryeh Neier, "What Should Be Done..." *op. cit.* (Nota 37). En algunos casos, las objeciones penales se han extendido a todas las formas de responsabilización, supuestamente porque ellas no conducirían a la conciliación; ver Wiktor Osiatynski en *Dealing with the Past, op. cit.* (Nota 18), páginas 59 a 63.

América Latina y en Europa del Este, lo que hace aún más complejos los problemas de la responsabilización.

No obstante, las cuatro obligaciones delineadas anteriormente son universalmente aplicables dentro de las condiciones de legitimidad que ya se discutieron. En primer lugar, la obligación de castigar que se ha sostenido aquí se aplica a violaciones tan serias que pueden calificarse como crímenes contra la humanidad, y no a actos de vigilancia disuasiva, limitaciones a la libre expresión y asociación, detenciones arbitrarias temporales, negación del debido proceso y supresión de la libertad religiosa. Para este tipo de violaciones, no obstante, un sano interés por las víctimas requiere que la verdad se sepa y se reconozca. El derecho a la reparación y la obligación de depurar de criminales a las fuerzas de seguridad también son aplicables.

Puesto que debemos insistir en el escrupuloso respeto al debido proceso, las leyes *purificadoras* (“*lustration*” laws), que se han aplicado en distintas modalidades en Europa del Este, casi siempre constituyen un castigo sin juicio justo, y por lo tanto merecen el más firme rechazo. Por otro lado, Europa del Este debería ser alentada a encontrar vías para que toda la verdad se conozca y haga pública, sin producir consecuencias adversas para individuos que no tengan oportunidad de defenderse en un juicio. Los archivos de los servicios de seguridad deben hacerse accesibles al público; el error es atribuir efectos jurídicos a su contenido sin mayores cuestionamientos, sobre si se ajustan o no a la *verdad*. Un proceso que permita a los individuos demostrar la falsedad de la información sustantiva contenida en dichos archivos debe incorporarse a la decisión de hacerlos públicos. La democracia y el estado de derecho exigen que los archivos del Estado no sigan siendo secretos; su revelación, de hecho, contribuirá a los propósitos de la verdad y la reconciliación, siempre y cuando se haga guardando el equilibrio con el respeto a los derechos a la privacidad y a la honra de los individuos que se vean estigmatizados por su publicación.

Asimismo, debemos criticar los intentos de procesar bajo principios artificiales de lo que era legal o no de acuerdo con la legislación vigente en el momento de los hechos. Y debemos condenar con igual firmeza los intentos por castigar a los pequeños engranajes en la máquina de la represión, mientras se permite que los autores intelectuales y principales

ejecutores sigan libres⁴⁸. Las limitaciones y peligros de utilizar los Tribunales para resolver diferencias históricas se pueden aplicar muy bien a ciertas contorsiones legales que caracterizan a algunos intentos cumplidos en Alemania, de castigar violaciones a los derechos humanos cometidas por funcionarios del Este⁴⁹. Pero estos pasos *en falso* no invalidan los intentos de responsabilización en Europa del Este, ni justifican la preferencia de muchos por barrer con el pasado reciente y esconderlo bajo la alfombra. Particularmente, el decir la verdad, las reparaciones integrales, depurar las fuerzas de seguridad de criminales plenamente identificados, son medidas que deberían tener lugar haya o no procesos penales; y para violaciones a los derechos humanos particularmente graves, como el asesinato del Padre Popieluzko, después de un juicio justo, corresponden el procesamiento y el castigo.

IX. Conclusión

Los partidarios de la responsabilización han ganado mucho terreno en los últimos doce años. El tema está firmemente instalado en la agenda de los principales desafíos de nuestros tiempos. Pero aún hay que enfrentar algunas batallas ideológicas, especialmente para superar la falta de creatividad y de visión que a menudo se trata de hacer pasar como prudencia y *realpolitik*. Como en el pasado, no es suficiente insistir en los principios morales. Debemos reconocer las limitaciones políticas al mismo tiempo que insistimos en verlas desde un punto de vista objetivo y libre de ideas preconcebidas. Lo importante no es tanto imponer un conjunto de obligaciones a los líderes democráticos, sino encontrar los medios para que la comunidad internacional pueda efectivamente apoyar los esfuerzos de algunos de estos líderes -y de organizaciones de la sociedad civil- para alcanzar la responsabilización. En un mundo marcado por la globalización, este apoyo es crucial para la legitimidad y aceptabilidad de sus esfuerzos, y ha estado

48 Ver Tina Rosenberg, *The Haunted Land: Facing Europe's Ghosts after Communism*. Random House, New York, 1995; este libro ha sido revisado por Timothy Garton Ash en "Central Europe: The Present Past", *The New York Review of Books*, 13 de julio de 1995.

49 James McAdams, "The Honecker Trial: The East German Past and The German Future", documento de trabajo N° 216, Kellogg Institute, Universidad de Notre Dame, enero de 1996.

lamentablemente ausente. También es el momento de revisar el marco teórico bajo el cual hemos venido discutiendo estos temas. La exposición de los principios morales y las limitaciones políticas que hicieron en un principio, entre otros, José Zalaquett y Aryeh Neier, fueron inmensamente útiles cuando confrontamos nuevas situaciones con relativamente poca experiencia para guiarnos. Seguramente seguirán siendo útiles, pero después del rápido desenvolvimiento de muchas nuevas experiencias, es tiempo de revisar todas sus afirmaciones y examinar cuáles continúan siendo aplicables.