REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

14
IIDH

Julio - Diciembre 1991

REVISTA
IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. —Nº1 (Enero/junio 1985)-. -
—San José, C.R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074
1. Derechos del hombre - Publicaciones periódicas.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

© 1991, IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

©Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Producida por el Servicio Editorial del IIDH,
coordinado por Rafael Nieto Loaiza.

Diagramación y montaje electrónico de artes finales:
Prometeo S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias sociales, que hagan énfasis en la temática de los Derechos Humanos. Las colaboraciones para su posible publicación deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1000) San José, Costa Rica, Centroamérica.

Se solicita atenerse a las recomendaciones siguientes:

1. En todos los trabajos se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. Es posible acompañar el envío con discos de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor; título del artículo; nombre de la revista (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen acompañará a todo trabajo sometido, de no más de una página tamaño carta.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil ubicación. Además incluirá un brevísimo resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Los editores aceptan para su consideración todos los originales inéditos que les sean remitidos, pero no se comprometen a su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US$25.00 y de US$20.00 para estudiantes. El precio del número suelto es de US$15.00. Suscriptores de Centroamérica y Panamá deben incluir US$3.00 por envío; Sur y Norteamérica US$4.00 y Europa, US$6.00.

Todos los pagos deben ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giro postal, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales. Se requiere el pago previo para el envío.

Dirigir todas las órdenes de suscripción al Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A.P. 10.081 (1000) San José, Costa Rica, Centroamérica.

Interesados en canje, escribir a la Revista IIDH, Biblioteca del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A.P. 6906 (1000), San José, Costa Rica, Centroamérica.

ÍNDICE

DOCTRINA

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL 11
Julio A. BARBERIS

CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS. NOTAS SOBRE SU ENSEÑANZA 43
Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI

DILEMAS Y TENSIONES EN TORNO A LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN DEMOCRACIA 53
Abraham MAGENDZO K.

SHOULD THE UNITED STATES RATIFY THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS? 65
Mark KIRK

DERECHOS HUMANOS Y LIMITACIONES POLÍTICAS EN LAS TRANSICIONES DEMOCRÁTICAS DEL CONO SUR 91
José ZALAQUETT

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES
JULIO - DICIEMBRE 1991 139

ORDER OF THE PRESIDENT OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS OF JULY 15, 1991
PROVISIONAL MEASURES REQUESTED BY THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (GUATEMALA)..... 144

RESOLUCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 15 DE JULIO DE 1991
MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (GUATEMALA) 145

PROVISIONAL MEASURES REQUESTED BY THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS WITH REGARD TO GUATEMALA
CHUNIMA CASE 160

MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE GUATEMALA
CASO CHUNIMA 161

ALOEBOETOE ET AL. CASE
JUDGMENT OF DECEMBER 4, 1991 174

CASO ALOEBOETOE Y OTROS
SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1991 175

GANGARAM PANDAY CASE
PRELIMINARY OBJECTIONS
JUDGMENT OF DECEMBER 4, 1991 190

CASO GANGARAM PANDAY
EXCEPCIONES PRELIMINARES
SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1991 191

NEIRA ALEGRÍA ET AL. CASE
PRELIMINARY OBJECTIONS
JUDGMENT OF DECEMBER 11, 1991 226

CASO NEIRA ALEGRÍA Y OTROS
EXCEPCIONES PRELIMINARES
SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1991 227

COMPATIBILITY OF DRAFT LEGISLATION WITH ARTICLE 8(2)(h) OF THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
ADVISORY OPINION OC-12/91 OF DECEMBER 6, 1991 274

COMPATIBILIDAD DE UN PROYECTO DE LEY CON EL ARTÍCULO 8.2.h. DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
OPINIÓN CONSULTIVA OC-12/91 DE 6 DE DICIEMBRE DE 1991 275

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES
JULIO - DICIEMBRE 1991 299

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA IBEROAMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1991-I) 305
MATERIAL SELECCIONADO POR CARMEN ROSA RUEDA Y CARLOS VILLÁN

NOTA INTRODUCTORIA 308

PARTE I: *Práctica Convencional* 309

PARTE II: *Práctica Extraconvencional* 365

DOCUMENTOS

PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DE LOS REFUGIADOS 383
Sadako OGATA

DOCTRINA

DERECHOS HUMANOS Y LIMITACIONES POLÍTICAS EN LAS TRANSICIONES DEMOCRÁTICAS DEL CONO SUR*

José Zalaquett
Expresidente, Amnistía Internacional

Sumario

Síntesis

Introducción

I. Los principios: El marco normativo para una política sobre las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado

1. Objetivos generales
2. Requisitos de legitimidad de la política que se adopte
3. Contenidos específicos de la política
4. Límites a la discrecionalidad de los estados

II. Limitaciones de carácter político y otros obstáculos a la implementación de una política legítima de derechos humanos

1. Limitaciones políticas
2. Otros obstáculos

---

* Este artículo es una versión adaptada para CIEPLAN del trabajo del mismo autor titulado "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints", parte del libro *State Crimes. Punishment or Pardon,* publicado por The Aspen Institute, 1989, United States of America. Junto con introducir algunas modificaciones menores, el autor ha añadido un post scriptum sobre el caso de Chile, para actualizar su análisis sobre un tema que conserva viva actualidad.

3. Análisis del caso argentino
4. Análisis del caso uruguayo

III. Conclusión

Post Scriptum

Síntesis

Nuevos gobiernos democráticos, en distintas partes del mundo, así como el movimiento internacional de derechos humanos, enfrentan el dilema ético-político de qué hacer respecto de las violaciones de derechos humanos del pasado.

La sección I explica el origen de este problema y los puntos que precisan clarificación.

La sección II propone los principios que deben servir de guía en estos casos: los objetivos generales de toda política deben ser reparar y prevenir; para ser legítima, la política debe basarse en el conocimiento de la verdad y debe adoptarse democráticamente; dentro de estos parámetros, cada nación es soberana para inclinarse hacia la severidad o hacia la clemencia, en la medida en que no se transgredan inviolables principios de derecho internacional.

La sección III examina brevemente seis tipos de situaciones políticas, desde las que entregan mayor campo de acción a los nuevos gobernantes hasta las que les imponen mayores restricciones. Concluye con un análisis de cómo las políticas adoptadas en Argentina y Uruguay, bajo los respectivos gobiernos de Alfonsín y Sanguinetti, ilustran los principios y los condicionamientos políticos expuestos, y con un post scriptum sobre las medidas aplicadas recientemente en Chile, bajo el gobierno de Aylwin.

Introducción

El tema de los derechos humanos entró de lleno en la agenda international en los últimos veinte a veinticinco años, debido principalmente a la emergencia y desarrollo de un movimiento internacional, cuyos principales actores son organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. Desde entonces han ocurrido cambios políticos de importancia en numerosos países en los cuales el movimiento de derechos humanos había concentrado su acción, a causa de las graves violaciones a esos derechos cometidos en ellos. En su

mayor parte, estos cambios han tenido un claro contenido de democratización, sea para restaurar una forma democrática de gobierno que había sido interrumpida por un período dictatorial, sea para establecerla donde nunca antes había existido. En otras situaciones, el gobierno nuevo simplemente alteró el carácter o enfoque de la represión, al tiempo que condenaba los abusos cometidos por el régimen depuesto y castigaba a los responsables.

En los últimos siete a ocho años, el número y carácter de estas transformaciones políticas han planteado, tanto a las organizaciones de derechos humanos internacionales como a las organizaciones nacionales de diversos países, desafíos conceptuales y prácticos para los cuales no estaban preparadas.

En rigor, el problema no era nuevo para las organizaciones internacionales de derechos humanos. De hecho, ellas ya estaban bien establecidas cuando cayeron las dictaduras de Grecia, Portugal y España, a mediados de los años setenta, y habían crecido aún más hacia 1979, cuando fueron derrocados los regímenes dictatoriales de Nicaragua, Granada, la República Centroafricana, Uganda, Irán y Afganistán, y había comenzado la apertura política en Brasil. Algunas organizaciones de derechos humanos siguieron de cerca los procesos a que se sometió, en Grecia, a partir de 1974, y en Nicaragua, a partir de 1979, a agentes de gobierno o sus colaboradores acusados de haber cometido atrocidades; en otros países, estas organizaciones propusieron a las nuevas autoridades una serie de medidas, legales o de otro tipo, para mejorar la protección de los derechos humanos.

En general, sin embargo, hasta principios de los años ochenta, el grueso de las actividades de derechos humanos seguía consistiendo en la documentación y denuncia de los atropellos cometidos en tiempo presente y en la defensa de las víctimas de tales abusos; sólo por excepción las organizaciones de derechos humanos se ocupaban de los abusos ocurridos en el pasado o de las medidas preventivas necesarias para impedir que se repitieran.

Pero a partir de mediados de los años ochenta, el movimiento de derechos humanos ha debido prestar mucho más atención a las transiciones políticas. Las razones de este nuevo énfasis son las siguientes:

i) En los últimos años, las tendencias internacionales hacia un resurgimiento de la democracia, o al menos hacia una mayor libertad, han dado lugar a numerosos vuelcos políticos, en rápida sucesión. Los cambios en un país determinado han influido en otros, sobre todo a partir del momento en que comenzaron a ocurrir en naciones de alto perfil internacional, como es el

caso de las naciones del Cono Sur y, mucho más aún, el de los países socialistas de Europa Central y Oriental. Sin embargo, los avances logrados son a menudo frágiles. En ese contexto, los nuevos gobiernos no sólo están sujetos al imperativo ético de abstenerse de cometer nuevas violaciones de los derechos humanos, sino que además a las legítimas demandas de que hagan algo significativo respecto de las cometidas por sus predecesores en el pasado. Pero esto último no depende enteramente de ellos, si las circunstancias políticas (que pueden incluir a menudo la oposición de poderosos sectores) no son propicias. Por tanto, al adentrarse en este tema, las organizaciones de derechos humanos se han visto compelidas a analizar las transiciones políticas y sus inevitables ambigüedades.

ii) Los derechos humanos fueron enarbolados como bandera de lucha en varios de los países en los que se dio un cambio de régimen. En algunos casos, como Argentina, Guatemala o Filipinas, las autoridades de los gobiernos, los presidentes Alfonsín, Cerezo y Aquino, respectivamente, se hallaban vinculadas a las organizaciones de derechos humanos desde el tiempo en que estaban en la oposición. Una vez en el poder, estas autoridades expresaron abiertamente su apoyo al trabajo de las tales organizaciones y en algunos casos les pidieron consejo (aunque, como regla general, después se pusieron más cautas). En éstos y otros países, los derechos humanos ocuparon un lugar prominente en las primeras medidas anunciadas por el nuevo régimen.

iii) En varios de los países que han venido atravesando por un proceso de transición política, los organismos nacionales de derechos humanos nacieron durante el gobierno represivo anterior. Estas entidades desarrollaron fuertes vínculos con sus contrapartes internacionales. Además, causa de su envolvimiento con su propia realidad nacional, en general jugaron un rol muy activo en la transición política y de este modo influyeron en la decisión de las organizaciones internacionales de involucrarse también en estos procesos.

iv) Algunos de los regímenes depuestos en años recientes habían practicado, sistemáticamente, la técnica de las "desapariciones" o ejecuciones extra judiciales. Por primera vez desde que esta práctica alcanzó notoriedad a nivel internacional, las organizaciones de derechos humanos debieron dirigir sus demandas no al gobierno culpable, sino al que lo sucedió. Las nuevas autoridades debieron enfrentar diversos y difíciles aspectos del problema, como el establecimiento de la verdad, el enjuiciamiento de las responsables y la curación de las heridas emocionales que perduraban en el tiempo aún después de ponerse fin a las desapariciones. En Argentina, país que hizo un amplio esfuerzo para establecer la verdad y juzgar a los culpables (cualesquiera que hayan sido las deficiencias de dicho esfuerzo), los aspectos políticos de la transición estaban tan entretejidos con la temática de derechos humanos que apenas era posible atender a éstos sin tener en cuenta los primeros. Organismos de derechos humanos tanto nacionales

como internacionales participaron, en un grado hasta entonces sin precedentes, en el proceso argentino.

La experiencia ha demostrado que las situaciones políticas de transición son, para las organizaciones de derechos humanos, una área nueva de acción que presenta complejos problemas de tipo ético, jurídico y práctico. En su mayoría, las organizaciones de derechos humanos han entrado a esta nueva área aplicando, por extensión, los mismos estándares normativos y técnicos que utilizan cuando luchan contra los actos de gobiernos abusivos. Pero esta actitud se ha revelado como insuficiente o inadecuada, en varios casos.

Algunos de los problemas más críticos, tanto normativos como prácticos, que han debido enfrentar las organizaciones de derechos humanos, son los siguientes:

i) Dado que es deber de los gobiernos promover y proteger los derechos humanos, ¿cuáles son exactamente sus responsabilidades, de acuerdo con el Derecho Internacional, en el caso de violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado? Más específicamente, ¿bajo qué circunstancias -si alguna- puede un gobierno dejar de cumplir tales obligaciones, alegando que no tiene poder para hacerlo? Estudiosos y especialistas en derechos humanos, con pocas excepciones, han recalcado las responsabilidades que recaen sobre el nuevo gobierno, sin atender mayormente a sus posibles limitaciones para cumplirlas. De este modo, la tendencia es a: (1) responsabilizar a los gobiernos, al margen de si éstos ejercen realmente el poder, de si enfrentan serias cortapisas o de si este poder es meramente titular; (2) insistir en la continuidad de las obligaciones del Estado de promover y respetar los derechos humanos, a pesar de los cambios de gobierno; y (3) sostener que a los gobiernos también les cabe responsabilidad indirecta cuando los abusos son cometidos por grupos no gubernamentales, en el sentido de que es su deber mantener el orden y hacer respetar la ley. Estas aproximaciones al problema son, en principio, correctas, no sólo desde el punto de vista de principios legales, sino porque responden a la sana sospecha de que cualquier intento de disminuir la responsabilidad de los gobiernos podría menoscabar la protección de los derechos humanos y la vigencia del Derecho Internacional. Sin embargo, y aunque estas consideraciones deben seguir siendo tomadas en cuenta por quienes se preocupan por los derechos humanos, la imposición de estándares demasiado rígidos e imprácticos también podría afectar a un gobierno nuevo en sus intentos por hacer cumplir en la mayor medida posible los principios del Derecho Internacional. El cumplimiento de una obligación negativa, como abstenerse de matar o torturar, es muy distinto del cumplimiento de las obligaciones positivas implícitas en el tratamiento de un legado de abusos del pasado. ¿Debe entonces el gobierno en cuestión intentar cumplir plenamente esas obligaciones, aun a riesgo de ser derrocado por aquellos cuya responsabilidad está siendo investigada, con

consecuencias graves para los mismos objetivos que se busca alcanzar? ¿A quién toca juzgar si un gobierno carece genuinamente del poder para cumplir con tales obligaciones, o si simplemente le falta la necesaria voluntad o capacidad para hacerlo?

ii) ¿Puede inferirse de las normas internacionales y principios legales existentes un conjunto de estándares aplicables al problema de las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado?

iii) Específicamente, si tales reglas permitieran a los Estados equilibrar, a discreción, la obligación de castigar los abusos del pasado con la necesidad de lograr otras metas -como la pacificación nacional- ¿cuáles serían los límites de esa discrecionalidad? Por ejemplo, ¿sería obligatorio enjuiciar y castigar a los autores de ciertos crímenes específicos? De ser así, ¿esta obligación excluiría entonces toda posibilidad de perdón o amnistía subsecuentes? ¿Y qué estándares internacionales se aplicarían en el caso de alegación de obediencia debida?

iv) ¿Qué lecciones pueden extraerse de experiencias pasadas, en las que las realidades políticas han sido un obstáculo en los esfuerzos por esclarecer la verdad y castigar los atropellos a los derechos humanos? ¿Sirven de ayuda tales experiencias para establecer estándares o líneas directrices para el trabajo de derechos humanos en situaciones políticas de transición?

v) Otro problema crítico es aquel planteado por las diferentes posturas que han asumido los organismos de derechos humanos con respecto a gobiernos democráticamente elegidos. Algunos grupos han tomado más bien la actitud de "darle una oportunidad" al gobierno nuevo y por tanto se abstienen de criticarlo cuando éste no ataca el problema de los abusos pasados o incluso cuando no hace respetar los derechos humanos durante su propio mandato. Otros grupos han seguido presionando, con exigencias maximalistas. Como resultado, en algunos lugares donde se ha producido un cambio de gobierno, las organizaciones de derechos humanos, que hasta entonces habían demostrado una ostensible unidad, ahora discrepan, a veces marcadamente, en sus posiciones. De igual modo, algunas organizaciones internacionales han diferido públicamente en cuanto a su interpretación sobre los cambios políticos en ciertos países y sus implicancias en materia de derechos humanos.

El resto del presente documento intentará examinar algunos de estos puntos. En primer lugar se examinarán los estándares normativos que son o pueden ser aplicables al problema de los atropellos a los derechos humanos ocurridos en el pasado. Luego, vendrá un análisis de las realidades políticas que restringen la plena implementación de dichas normas. Para concluir, se estudiarán los ejemplos de Argentina y de Uruguay, terminando con un post scriptum acerca de Chile, cuya transición política no había ocurrido aún al tiempo de haberse publicado la versión original de este trabajo.

I. Los principios: El marco normativo para una política sobre las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado

1. Objetivos generales

Una política para enfrentar el problema de las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado debe tener dos objetivos globales: (1) prevenir la recurrencia de tales abusos; y (2) reparar, hasta donde sea posible, el daño causado por esos atropellos. Otros objetivos, tales como la retribución y la venganza, no pueden ser considerados como legítimos a la luz de los valores contemporáneos consagrados en el Derecho Internacional y doctrinas legales de aceptación general. Del mismo modo, no sería legítimo adoptar medidas que, a pesar de estar diseñadas ostensiblemente para lograr objetivos relacionados con los derechos humanos, en la práctica apunten a otros fines sin relación alguna con esos derechos.

Tras un período de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, cualquier política al respecto que adopte un gobierno nuevo deberá ubicarse necesariamente dentro de un esquema mayor, cuyo objetivo será una o varias de los siguientes metas: (1) lograr una medida de unidad nacional y reconciliación, especialmente cuando el régimen dictatorial durante el cual tuvieron lugar las violaciones a los derechos humanos llegó al poder luego de una situación extrema polarización política (polarización que a menudo fue agudizada por los abusos del gobierno dictatorial), o cuando se han dado en el país situaciones de guerra civil u otras formas de enfrentamiento armado entre bandos opuestos; (2) crear o reconstruir instituciones conducentes a un sistema político estable y justo; y (3) asegurar los recursos económicos requeridos para esos fines, particularmente en períodos de transición frágiles en los que un grado de éxito económico contribuye marcadamente a la estabilidad política.

Es importante que el nuevo gobierno declare públicamente la línea de pensamiento tras la política de derechos humanos que adopte, vinculando claramente los objetivos específicos en materia de derechos humanos con los objetivos nacionales de mayor envergadura.

2. Requisitos de legitimidad de la política que se adopte

Como se verá más adelante, los Estados que enfrenten el problema de los abusos cometidos en el pasado gozan de cierto grado de

discrecionalidad al dar forma a su política de derechos humanos. Sin embargo, para que ésta sea legítima, debe cumplir con ciertos requisitos.

a) La verdad debe darse a conocer

Todas las medidas relacionadas con atropellos a los derechos humanos cometidos en el pasado deben adoptarse con pleno conocimiento público de lo que sucedió. De otro modo, la política en cuestión carecerá de fundamentos. Si la verdad de los hechos no se conoce, las medidas de severidad pueden convertirse en arbitrariedad o venganza; y las de clemencia, en mera impunidad. Además, puesto que los objetivos últimos de la política respecto de los crímenes del pasado deben ser reparar y prevenir, va de suyo que la verdad es esencial para que se pueda actuar con conocimiento de causa sobre qué es lo que es preciso reparar y prevenir.

El conocimiento de la verdad es también imperativo para conseguir el objetivo de unidad nacional, dado que tal unidad depende en medida importante de un sentido de identidad común y, por tanto, de una historia y de una memoria compartidas.

Idealmente, la verdad debe ser *completa*, esto es, debe darse a conocer cabalmente la naturaleza y la escala de las violaciones cometidas. Ello incluye información detallada acerca de la planificación y ejecución de los abusos, la suerte de las víctimas, la identidad de quienes dieron las órdenes y quienes las llevaron a cabo. El pleno conocimiento de los hechos es aún más importante cuando se ha practicado el método de las desapariciones, ya que esta técnica represiva, por su misma naturaleza, mantiene sus efectos perniciosos mientras la verdad permanezca oculta.

La verdad debe ser establecida en forma *oficial* y *difundida públicamente*. El conocimiento público de la verdad, tras una investigación apropiada, es un requisito esencial para una política respecto de los abusos ocurridos en el pasado, ya que así se permitirá enfrentar un problema que afecta no solamente a individuos sino a la sociedad como un todo. Es la sociedad, como decimos más adelante, la que debe decidir o ratificar la política que se adopte para enfrentar los abusos pasados. Por tanto, deben conocerse los hechos, para que de este modo la sociedad pueda tomar una decisión informada al respecto. Ocultarlos sólo perpetua el sufrimiento y viola el derecho de los familiares a saber la verdad. Al no conocerse el destino último de las víctimas no puede realizarse cabalmente el proceso de reparación de las heridas, y el consiguiente resentimiento dificulta la unidad nacional y la

reconciliación. Además, esconder la verdad permite a los responsables de dichos abusos institucionalizar sus propias versiones exculpatorias de lo que sucedió y eludir su responsabilidad histórica. Los que estuvieron asociados al régimen represivo, incluyendo en algunos casos instituciones de importancia, como las fuerzas armadas, absorberán una tradición de encubrimiento. De no lograrse la plena divulgación de la verdad, sólo se debilitarán los esfuerzos en pro del imperio del derecho y la prevención de nuevos abusos.

Por todas estas razones, no resulta suficiente que los ciudadanos medianamente bien informados tengan una idea bastante clara de lo que realmente sucedió en el país. No basta que por los medios masivos de información, o por otras vías, se difunda la verdad. Lo más importante es que la verdad sea establecida de modo oficial, para que forme parte de los registros históricos de la nación, como una versión de los eventos que goce de autoridad y que esté más allá de consideraciones partidistas.

Pueden variar los medios que se utilicen para conseguir una difusión plena y oficial de la verdad. Se puede establecer una comisión investigadora especial, como se hizo en Argentina. Sin embargo, un cuerpo que no tiene facultad de procesar no puede implicar a presuntos culpables, porque éstos se verían expuestos a acusaciones públicas sin haber tenido la oportunidad de una debida defensa. Las investigaciones pueden estar a cargo de una comisión parlamentaria, pero esta solución ha presentado insuficiencias o bien se la ha juzgado inconveniente, como se explica, respectivamente, en el análisis que más adelante se hace de las experiencias de Uruguay y Argentina. Pero, por otra parte, no se puede confiar simplemente que la verdad histórica surja de la suma de investigaciones separadas lleva a cabo la justicia con el objeto de esclarecer distintos casos; en la práctica, a menos que se establezcan medidas legales para entregar la competencia sobre estas materias a un solo tribunal, que cuente con los debidos recursos para cumplir su tarea, la verdad emergerá (si emerge del todo) de las investigaciones judiciales de un modo penosamente lento e inevitablemente fragmentario.

En definitiva, parece ser que es mejor establecer separadamente dos dimensiones de la verdad de lo ocurrido: Una es la verdad global, esto es, lograr una conclusión de innegable autoridad moral y que pueda ser ampliamente aceptada, acerca de cómo fueron planeadas y ejecutadas las prácticas represivas en cuestión, y cuáles fueron sus efectos; la otra es la verdad acerca de cada caso particular, para lo cual el camino preferente será el de un proceso judicial a través del cual se determine tanto la suerte de la víctima, como las responsabilidades criminales de los hechores.

Dada la importancia de dar a conocer la verdad, debe explorarse la posibilidad de incentivos legítimos para su esclarecimiento. Fuerzas militares invictas, u otros grupos o instituciones acusados de haber cometido atrocidades, se resistirán, probablemente, a toda investigación, incluso a cambio de una amnistía total o parcial; pueden temer que el conocimiento público del detalle de los horrendos crímenes cometidos no solamente los avergonzará y afectará el prestigio de la institución a la que pertenecen, sin que incluso podría detonar un clamor general pidiendo castigo o inspirar actos individuales de venganza. Por lo mismo, se podrían establecer mecanismos similares a los de "*plea bargaining*" (llamado también de admisión condicionada de culpa) en los países donde ello sea legalmente posible; o bien amnistías parciales o circunstancias eximentes o atenuantes de carácter especial para quienes colaboren con la justicia.

En algunos casos, la investigación de violaciones pasadas de derechos humanos puede ser especialmente difícil, incluso si no existen, en principio, restricciones políticas insuperables. A tal dilema se vieron enfrentados Uganda y Kampuchea, donde la represión se prolongó por años, alcanzando dimensiones inconmensurables y combinando la persecución política directa con las atrocidades propias de la guerra y además la implementación de políticas gubernamentales de exterminio. A estas dificultades se sumaron la falta de medios para una investigación adecuada y la apatía de muchos de los sobrevivientes.

Por el contrario, en otros casos, entre los cuales Chile es quizás el mejor ejemplo, los organismos de derechos humanos recopilaron antecedentes muy prolijos sobre cada caso, desde el comienzo de la dictadura militar. La documentación oficial (en particular oficios de autoridades de gobierno y copias de expedientes judiciales) recolectada en aquellas circunstancias, puede llegar a tener, con el tiempo, una indisputable validez histórica.

Con miras al objetivo de esclarecer la verdad y hacerla pública y en vista de los obstáculos que a menudo surgen al tratar de lograr esa meta, puede ser necesario sacrificar algo para lograr lo más importante. Por ejemplo, las investigaciones pueden centrarse en las violaciones más graves a los derechos humanos y en el destino de las víctimas, sin tratar de compilar un registro acabado de abusos serios, pero relativamente menos graves (como por ejemplo, la restricción de ciertas libertades civiles). La necesidad de esta limitación resulta más clara aún si la escala de estas últimas prácticas fue tan amplia, y la cantidad de funcionarios de gobierno comprometidos en ellas tan grande, que una investigación cabal sólo menguaría los recursos disponibles y entorpecería los

esfuerzos por esclarecer crímenes más graves. Otras concesiones o transacciones no serían, en cambio, aceptables. Por ejemplo, la reparación o indemnización en beneficio de las víctimas o sus familiares no puede ofrecerse como sustituto al pleno conocimiento de la verdad. De igual modo una ley declarando oficialmente cuál fue la suerte de las víctimas (por ejemplo que todos los desaparecidos están muertos) no puede ser aceptable, aunque facilite la resolución de algunas situaciones legales y patrimoniales pendientes de las familias afectadas, si el verdadero objetivo de tales medidas es impedir una investigación a fondo. En cuanto a las leyes de amnistía y otras medidas de clemencia, si bien pueden estar justificadas bajo ciertas condiciones, no deben jamás erigirse en impedimentos para establecer la verdad.

En situaciones en que los atropellos en materia de derechos humanos han coexistido con atrocidades cometidas por ambas partes en el transcurso de un conflicto armado, existe en principio un derecho legítimo a pedir el esclarecimiento de todos los abusos. Por supuesto que en caso de guerra civil el vencedor, si es que lo hay, difícilmente permitirá la divulgación de sus propios abusos. Por otra parte, si han cesado las hostilidades por la vía de la negociación, es probable que ambas partes prefieran cerrar ese capítulo, sin demasiada investigación. En la práctica, se dará una mayor voluntad de esclarecimiento de todos los abusos cuando el nuevo gobierno no ha estado involucrado ni con el gobierno dictatorial anterior ni con la oposición armada en contra del mismo.

Independientemente de la mayor o menor facilidad que se dé en la práctica, en principio, todos los crímenes de motivación política, sean los cometidos por el Estado o por los grupos de oposición, deben ser esclarecidos; además deben ser tomados todos en cuenta para los efectos de la política de derechos humanos que ponga en práctica el nuevo gobierno. Lo dicho anteriormente debe entenderse con algunas salvedades: En primer lugar, debe ponerse cuidado en no dar la impresión de que los abusos de un lado justifican los atropellos cometidos por el otro, o que exista alguna medida de compensación recíproca de culpas. Además, el gobierno anterior puede haber atribuido injustamente ciertos crímenes a grupos de oposición y puede ser necesario corregir la versión oficial de los hechos en esta materia. Finalmente, aunque nunca debería perderse de vista la idea de que todos los crímenes deben ser condenados, es muy importante enfatizar el carácter especial de los crímenes cometidos por el Estado, que hace uso de su monopolio de la fuerza legítima para violar la ley, en vez de respetarla y hacerla cumplir.

b) La política debe ser aprobada por medios que legítimamente representen la soberana voluntad popular

Después de un período caracterizado por violaciones sistemáticas de los derechos humanos y tras un cambio de gobierno, la formulación de una política para tratar el problema debe ser aprobada de tal forma que refleje la voluntad de la nación. Esto puede lograrse sometiendo una determinada política, o algunos aspectos claves de esa política, a un plebiscito. También puede ser aprobada por un parlamento u otro cuerpo de representantes democráticamente elegidos. Puede haber otros medios de validación de una política, si cabe razonablemente suponer que tiene respaldo ciudadano. Por ejemplo, la ley de amnistía aprobada en Brasil en 1979 no fue adoptada en forma democrática, pero es razonable afirmar que ha sido ratificada, tácitamente, por el pueblo. Ciertamente, cuando se trate de aprobar una política en estas materias, los procedimientos democráticos estrictos siempre serán preferibles.

Al someter una política a la aprobación popular, los familiares de las víctimas de violaciones deben ser escuchados, como también los defensores de los derechos humanos; no obstante, es el pueblo, directamente o a través de representantes democráticamente elegidos, quien legisla y, por tanto, quien debe tener la palabra final.

c) La política no debe violar el Derecho Internacional relativo a los derechos humanos

Siempre que la política adoptada haya sido diseñada con el propósito doble de prevenir futuros abusos y reparar el daño causado, y siempre que dicha política se haya adoptado por medios que representen la voluntad popular, y que la verdad haya sido difundida públicamente (o no se impida que pueda ser revelada eventualmente), le corresponde en principio a cada nación que enfrenta este problema decidir cuál será el contenido específico de esa política.

Existen, sin embargo, dos excepciones a esta regla, ambas originadas en el deber de todos los Estados de actuar en consonancia con las normas y principios del Derecho Internacional:

Por una parte, si la política incluye medidas de clemencia, tales medidas deben ser concordantes con los límites impuestos a la discrecionalidad de los Estados por el Derecho Internacional.

Por otra parte, si la política contempla la posibilidad de castigo, se deben respetar las normas internacionales referentes a los juicios, al tratamiento de los acusados y a las sentencias. Se debe tomar en cuenta

en particular que (1) la responsabilidad criminal es individual y no deriva solamente del hecho de ser miembro de una institución o grupo (no obstante la posibilidad de cargos por asociación ilícita o conspiración, en el caso que la ley castigue esas conductas); (2) que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino que por tribunales previamente establecidos; y (3) que el juicio debe cumplir con los requisitos esenciales para que se le considere como justo, en particular la presunción de inocencia, el derecho a contar con un abogado, el derecho a apelación y el carácter público del proceso. Aunque puede alegarse que el Derecho Internacional vigente no excluye enteramente la posibilidad de la pena de muerte, la prohibición de esta forma de castigo es la única posición acorde tanto con la tendencia del Derecho Internacional como con la práctica en algunos de los principales procesos de transición de los últimos años.

3. Contenidos específicos de la política

Si se cumplen las condiciones de legitimidad que acabamos de examinar, los Estados deberían poder hacer uso de su discrecionalidad al intentar cumplir con los objetivos de reparación y prevención en su política de derechos humanos. En esta sección, analizamos algunas de las posibilidades de reparación y prevención, y también vemos dos temas específicos: castigo y clemencia.

a) Medidas de reparación

En muchas situaciones, el objetivo de reparar el daño causado a las víctimas no puede ser plenamente alcanzado. No hay una reparación real en caso de muerte o de secuelas físicas o psicológicas permanentes a consecuencia de la tortura o de otras medidas represivas. Tampoco es fácil compensar por los años de angustia e incertidumbre que han sufrido los familiares de los desaparecidos. Una política de terror deja en su rastro no solamente a víctimas identificables sino que se penetra en el tejido social, afectando a grandes segmentos de la población.

Dentro de tales limitaciones se deben, sin embargo, realizar todos los esfuerzos posibles para compensar a las víctimas de las violaciones de derechos humanos y a sus familias. Esta compensación incluirá asistencia en el tratamiento de las consecuencias físicas y psicológicas y la completa restauración de los derechos, beneficios y propiedad de los cuales hayan sido privados. Algunos países confiscaron bienes pertenecientes a sus detractores políticos; a veces se privó a las personas de su trabajo, de sus derechos políticos o incluso de su nacionalidad. En

algunos casos, los nuevos gobiernos han restaurado dichos derechos y han permitido incluso la reincorporación de las víctimas a sus antiguos empleos.

La divulgación de la verdad es también una medida de reparación para las familias y amigos de los desaparecidos y particularmente en el caso de personas cuya dignidad y buen nombre han sido difamados por el anterior gobierno. Del mismo modo, la creación de un orden político justo es una medida de reparación para la sociedad entera y también para aquellos que fueron marginados por una política represiva.

Las admisiones públicas de su propia responsabilidad, por parte de los grupos o instituciones involucrados, constituyen una importante medida de reparación para sus víctimas, para la sociedad y -no en menor medida- para los soldados o policías que no participaron en actividades represivas o a quienes se les obligó a implementar políticas ilegales.

Los mecanismos de reparación pueden consistir en beneficios materiales, como en el pago de una indemnización u otros beneficios legales, o en gestos simbólicos, para conmemorar los eventos y honrar a las víctimas. El costo de las reparaciones debería ser asumido, mayoritariamente, por el Estado. Sin embargo, la aplicación indiscriminada de semejante medida constituiría una carga para los contribuyentes y aliviaría a los individuos culpables. Entonces, donde sea factible, el sistema legal debería facilitar la posibilidad de recabar de aquellos individuos que causaron el daño, los recursos necesarios para indemnizar a las víctimas.

b) Medidas preventivas (distintas del castigo o la clemencia)

Tras un período de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, cualquiera actitud que adopte un gobierno al respecto estará siempre enmarcada dentro de una política mayor de reconstrucción nacional o pacificación nacional.

Considerado en términos estrechos, el objetivo a largo plazo de impedir la recurrencia de atropellos a los derechos humanos podría aparecer en contradicción con la meta más inmediata de "reconstrucción nacional" o "pacificación nacional". Esto es así cuando se estima, por una parte, que la única real medida preventiva es el castigo a los culpables y, por otra parte, que la meta más inmediata de reconciliación exige que se eviten procesos criminales en gran escala.

La verdad, sin embargo, es que no existe una fórmula única para prevenir nuevas violaciones a los derechos humanos. Una vía es el enjuiciamiento y castigo a los responsables de las violaciones. De hecho, entre las teorías de derecho penal con respecto al fundamento de las sanciones penales, la que ha generado mayor aceptación es aquella sobre la función preventiva de la pena. En teoría, el castigo tiene un efecto inhibidor general, para el resto de la sociedad, además de uno específico, en el sentido de que el penado tendría un incentivo para no volver a delinquir. Sin embargo, en ciertas circunstancias y aunque parezca paradojal, la clemencia (sea bajo la forma de leyes de amnistía, perdones o reducción general de las sentencias) puede también cumplir funciones preventivas. Ello resultaría así si se precisara de la clemencia como un elemento esencial para lograr la unidad nacional, o como parte de un plan político global cuyo objetivo sería la consolidación de las instituciones democráticas (asumiendo que las medidas de clemencia se adoptan sin contradecir los requisitos de legitimidad antes expuestos: esto es que se adoptan por medios democráticos y en conocimiento de la verdad de lo ocurrido). En algunos casos, puede ser razonable suponer que lograr un grado de pacificación será mejor, a la larga, para conseguir el respeto de los derechos humanos, que insistir en la necesidad de castigo, con el riesgo de acarrear la inestabilidad política y la continuación de las divisiones sociales. Pero al final, es claro, la historia tendrá la última palabra.

Sea que se aplique una política que enfatice el castigo o una que ponga el acento en la clemencia, siempre será importante poner en práctica un conjunto de medidas preventivas no directamente relacionadas con los abusos del pasado.

Entre las medidas de este carácter que han sido adoptadas con mayor frecuencia, están las que tienden a reforzar el sistema legal con miras a que brinde mejor protección a los derechos humanos. Ellas incluyen la firma y ratificación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y el reconocimiento de la jurisdicción de las cortes internacionales de derechos humanos. Algunos países han reformado sus constituciones o han promulgado una nueva, introduciendo elementos que protegen a los derechos humanos o que castigan a los que toman el poder por vías inconstitucionales.

Otras medidas apuntan a la reforma o consolidación de las instituciones del Estado, con el fin de reforzar la protección de los derechos humanos. Ellas incluyen la creación de departamentos de derechos humanos a nivel ministerial, de organismos estatales

independientes encargados de la vigilancia por el respeto de estos derechos y de cortes especiales de derechos humanos.

Como medida preventiva, se han propuesto o adoptado a menudo planes de reforma judicial, tendientes a lograr que los tribunales de justicia sean más eficientes, más independientes y que tengan una capacitación especial en materia de derechos humanos.

De especial importancia es el desmantelamiento de los servicios de inteligencia u otras unidades especializadas que llevaron a cabo los atropellos. A lo menos, estos servicios deberían ser objeto de amplias reformas tanto en su jerarquía como en su composición, con el fin de repudiar cualquiera ideología o doctrina (como la doctrina de seguridad nacional prevaleciente, en su tiempo, en países del Cono Sur) que haya servido como justificación implícita para violar los derechos humanos.

También se considera que los programas de educación en materia de derechos humanos cumplen una importante función preventiva. Estos incluyen la introducción del tema en la educación formal, la educación especializada y la capacitación del personal de las fuerzas de orden.

c) Castigo

Para que el castigo cumpla efectiva y legítimamente una función preventiva, tanto el proceso judicial como las penas aplicadas deben ajustarse plenamente las normas internacionales de derechos humanos.

No es necesario que el castigo adopte siempre la forma de una sentencia de presidio. Otras pueden cumplir también una función preventiva. La difusión pública de la verdad acerca de violaciones de derechos humanos expone a los perpetradores a la ignominia pública y constituye, de este modo, una forma de castigo. El repertorio de las posibles penalidades varía de país en país. En algunos lugares, los crímenes políticos son susceptibles de ser castigados mediante la privación del derecho a ser designado o elegido a un cargo público, o mediante la suspensión de sus derechos políticos.

Además de las penas contempladas en la legislación penal, existen otras sanciones que pueden ser aplicadas, alternativamente o en forma concurrente, a los culpables de violaciones a los derechos humanos. Estas sanciones surgen de sus responsabilidades políticas, administrativas o civiles por los abusos en cuestión. La responsabilidad política puede conducir a sanciones tales como la acusación constitucional. La responsabilidad administrativa puede hacerse efectiva a través de una variedad de sanciones, dependiendo del status

particular de la autoridad encontrada culpable (por ejemplo, un juez, un funcionario público, un soldado o policía) y de la falta cometida. Estas sanciones van desde el despido, la degradación jerárquica y la censura, hasta la pérdida de la jubilación y otros beneficios semejantes. La responsabilidad civil lleva generalmente aparejada la responsabilidad de indemnizar y se establece mediante juicio.

Los nuevos gobiernos que han decidido perseguir la responsabilidad criminal de agentes del gobierno depuesto, por la común se concentran en ciertos delitos de especial gravedad contra las personas, antes que en delitos contra el orden legal e institucional. La sedición o rebelión a menudo constituyen precisamente el delito mediante el cual el régimen anterior llegó al poder, pero rara vez son procesados sus autores. Esto es así porque en muchas instancias los anteriores gobernantes, o los que los apoyaban, siguen detentando una considerable cuota de poder. Con respecto a los delitos nacen del hecho de gobernar de modo inconstitucional, se distingue habitualmente en teoría entre los actos de mera administración, esto es, entre aquellos que son inherentes al ejercicio de la autoridad, y actos que afectan directamente a los derechos de los individuos. Los primeros habitualmente son reconocidos como válidos mediante medidas ex post facto, explícitas e implícitas, con el fin de no perturbar innumerables situaciones legales resueltas hace mucho tiempo. Los actos del segundo tipo constituyen, por supuesto, los abusos en materia de derechos humanos a los cuales nos hemos estado refiriendo a lo largo de este artículo.

En la práctica, cuando se ha seguido una política de enjuiciar las violaciones de derechos humanos del pasado, también se han hecho distinciones. En algunos casos, sólo los crímenes más serios han sido castigados; y aún entonces se hacen distingos entre quienes dieron las órdenes y quiénes las obedecieron, y se atiende, además, a si éstas fueron ejecutadas de una forma particularmente cruenta. En otros casos son enjuiciados algunos crímenes especiales, tales como el asesinato político de un líder de oposición o crímenes cometidos en el transcurso de acciones bélicas.

Al decidir someter a proceso a representantes del gobierno depuesto, ciertos nuevos gobiernos han juzgado necesario mostrar la misma severidad hacia los crímenes cometidos por quienes se oponían a ese régimen.

d) Clemencia

Las medidas de clemencia pueden consistir en amnistías totales o parciales, indultos, reducciones generales de sentencias u otros mecanismos especiales, como por ejemplo rebajar las penas de aquellos que están cumpliendo sentencias impuestas por el régimen anterior, en razón de los malos tratos que sufrieron.

Las leyes de algunos países contemplan medidas de rebaja o incluso de exención de la pena en favor de quienes colaboren en las investigaciones y procesos judiciales.

En alguno casos, la política adoptada resulta ambivalente. En teoría, los nuevos gobiernos dejan abierta la posibilidad de que se sigan procesos y se impongan penas a los responsables, pero en la práctica, debido a los procedimientos que se aplican o debido a quienes son los encargados de administrar justicia, dicha posibilidad resulta ilusoria. En otras situaciones se otorgan medidas legales de impunidad de modo indirecto o eufemístico, en un intento por aparecer observando ciertos principios que en el hecho se están contradiciendo.

4. Límites a la discrecionalidad de los estados

El Derecho Internacional ciertamente impone determinados límites a la discrecionalidad de los Estados que enfrentan atropellos a los derechos humanos. Algunos de estos límites son claros. Otros están más abiertos a interpretación, o bien su elaboración teórica y normativa es aún insuficiente.

a) Límites a la posibilidad de castigo

Un nuevo gobierno puede introducir medidas legales destinadas a facilitar los procesos y dar curso a los juicios, pero siempre que tales medidas no menoscaben los derechos de las personas acusadas, tal como está consignado en los Artículos 14 y 15 de la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Cambios de carácter meramente procesal, que no contradigan tales disposiciones, pueden ser introducidos en cualquier momento, sin que dichas reformas transgredan el principio que prohibe la retroactividad de la legislación penal sustantiva. Estos cambios pueden incluir modificaciones en las leyes probatorias, siempre que no signifiquen el menoscabo de principios básicos como la presunción de la inocencia y el derecho a no ser forzado a autoincriminarse o a confesar.

Con respecto a la aplicación no retroactiva de la legislación penal, se produce un problema particular cuando el régimen depuesto ha promulgado una ley de amnistía, mientras aún estaba en el poder, para encubrir sus propios abusos. Si bajo el nuevo gobierno se revoca dicha ley, buscando el efecto de volver a hacer punibles conductas que durante un tiempo no lo fueron, ¿se estaría violando el principio de no retroactividad? En la práctica, como se verá más adelante en el caso de Argentina, la solución ha sido la anulación -y no la derogación-de la mencionada ley de amnistía. Esto parece ser concordante con sólidos principios legales, como los de negar validez a actos de gobiernos de facto, si no se trata de actos de mera administración, y de no aceptar la validez de medidas que violen el principio de que nadie puede beneficiarse de su propia mala fe.

b) Límites a la clemencia

La cuestión central con respecto a los posibles límites a la discreción de los Estados para ejercer clemencia es la siguiente: ¿impone el Derecho Internacional a los Estados la obligación de siempre castigar ciertos crímenes? Este es un campo en donde la elaboración doctrinaria y normativa todavía está en elaboración y las opiniones de los expertos son aún tentativas.

Las principales normas aplicables son las siguientes: (a) artículos IV y V de la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio; (b) artículo IV de la Convención sobre la Inaplicabilidad de la Prescripción a los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad; (c) artículo 4 sobre la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes; y (d) varias convenciones internacionales que incluyen la obligación de castigar ciertos crímenes.

La Convención sobre el Genocidio establece que los responsables de la comisión de los actos que enumera "serán castigados"; agrega que ni "la prescripción ni otras limitaciones legales serán aplicables al enjuiciamiento y castigo" de tales crímenes. La Convención contra la Tortura establece, en cambio, el deber de todo Estado de asegurar que todos los actos de tortura "constituyan delitos en su legislación penal" y que estos delitos sean "punibles mediante penas apropiadas". Es relevante destacar las dos fórmulas: la Convención sobre Genocidio establece un deber de castigar siempre a quienes sean culpables de dichos crímenes; en cambio, la Convención contra la Tortura parece exigir que dichas ofensas sean castigables de acuerdo a la ley, pero sin excluir la posibilidad de amnistías o perdones subsecuentes.

Estas y otras normas plantean una serie de interrogantes que merecen la atención de los juristas, las cuales pueden ser ordenadas, en secuencia lógica, como sigue:

i) ¿Existen crímenes que, de acuerdo con el Derecho Internacional, siempre deberán ser castigados? ¿Cuáles son?

ii) ¿Existen crímenes que, de acuerdo al Derecho Internacional, siempre deberán ser susceptibles de castigo de acuerdo con la legislación penal de cada país? ¿Cuáles son?

iii) ¿Cuáles conductas deben ser consideradas como crímenes de guerra y crímenes en contra la humanidad bajo el Derecho Internacional (y por lo tanto sujetos a la inaplicabilidad de la prescripción y de otras limitaciones que afecten el enjuiciamiento y castigo)?

iv) Con respecto a los crímenes citados en (i) y/o (ii), ¿cuál o cuáles de las siguientes omisiones -si alguna- están prohibidas por el Derecho Internacional?:

- no investigar dichos crímenes o no difundir públicamente la versión total de los hechos;
- no entablar juicios para esclarecerlos;
- no penalizar a quienes son hallados culpables de esos crímenes y/o no exigir el cumplimiento de esas penas.

v) Con respecto a los crímenes citados en (iii), ¿se debe considerar amnistías o perdones como "otras limitaciones legales"? De ser así, ¿significa que estas medidas de clemencia no podrán ser aplicadas en ningún caso, o se refiere a que sólo pueden ser aplicadas con posterioridad al cumplimiento del deber de enjuiciar tales crímenes? ¿En este último caso, podrán aplicarse medidas de clemencia después de concluido el proceso criminal o se debe aguardar al menos el cumplimiento parcial de las sentencias impuestas?

vi) ¿Cuáles son los deberes de los Estados con respecto a todo lo anterior? ¿Están obligados los gobiernos a cumplir siempre los mandatos de las normas respectivas, sin considerar a las consecuencias?

Otros límite a la clemencia provienen de lo afirmado más arriba en la sección B: las leyes de amnistía no deben, de ninguna manera, impedir que se descubra y difunda la verdad con respecto a las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado. Ninguna ley de amnistía cuyo propósito sea la exculpación de los agentes del régimen represivo puede ser válida, a menos que sea aprobada o ratificada por medios democráticos. Los plazos de prescripción no pueden correr durante el tiempo en que era materialmente imposible, a causa de la situación de represión imperante, procesar y castigar las violaciones de derechos humanos que estaban siendo cometidas.

c) La defensa de órdenes superiores u obediencia debida

El problema de la responsabilidad de los soldados o policías que, obedeciendo órdenes superiores, cometieron atrocidades en tiempos de guerra o violaron los derechos humanos, concitó renovado interés teórico y práctico en años recientes debido a la Ley de Obediencia Debida de Argentina, del 8 de junio de 1987.

La principal norma internacional que se refiere explícitamente a este tema es el principio IV de Nuremberg, que afirma que las órdenes superiores no constituyen fundamento para la exención de responsabilidad criminal, de acuerdo con el Derecho Internacional, a menos que una opción moral haya sido imposible de poner en práctica. También se puede decir que el Derecho Internacional no permite utilizar las órdenes superiores como excusa si se pretende eludir la obligación del Estado de castigar ciertos crímenes.

La teoría del derecho penal establece los requisitos, en el caso de mediar órdenes superiores, que permiten eximir al subordinado de responsabilidad criminal: (1) Debe haber una relación jerárquica entre quien imparte la orden y quien la ejecuta; (2) la orden debe referirse a materias pertinentes a las tareas y deberes para el cumplimiento de los cuales existe la tal relación jerárquica; (3) el superior debe actuar dentro de la esfera de su competencia; y (4) la orden debe ser impartida con las formalidades legales del caso.

Las distintas legislaciones adoptan por lo general alguno de estos tipos de sistema en lo que se refiere a la obediencia debida: (1) la obediencia "absoluta", que no deja lugar a discrecionalidad alguna por parte del que recibe las órdenes; (2) la obediencia "relativa", que obliga al subordinado a obedecer sólo las órdenes lícitas, forzándolo así a examinar la legalidad de esas órdenes; (3) la obediencia "reflexiva", que obliga al subordinado a objetar las órdenes ilícitas, pero le impone el deber de obedecerlas si el superior insiste en ellas. Los autores dan fundamentos teóricos alternativos para justificar la exención de la responsabilidad criminal que la ley otorga al subordinado en ciertos casos. De estos fundamentos, el de más amplia aceptación es el que indica que la ley no puede, en estos casos, exigir al subordinado una conducta distinta ("no exigibilidad de otra conducta").

La doctrina penal así resumida parece concordante con el principio IV de Nuremberg, que permite la defensa de las órdenes superiores aun en el caso de los crímenes más graves, siempre y cuando no haya sido posible poner en práctica una opción moralmente aceptable.

A menudo resulta muy complejo aplicar el principio IV de Nuremberg. Por una parte, es difícil argumentar que el soldado o policía que siguió obedeciendo órdenes -de torturar o de matar a presos- durante largo tiempo, no dispuso en ningún momento de la opción moral de escapar. Sin embargo, en situaciones de la vida real las opciones son a menudo borrosas. Además, cuando un gran número de subordinados ha estado implicado en atrocidades a gran escala durante largos períodos de tiempo, el procesamiento de casos individuales presenta enormes dificultades.

En conclusión, los estándares internacionales existentes para la justificación de la exención de responsabilidad criminal de los subordinados, en razón de haber obedecido órdenes superiores, requieren de una mayor elaboración teórica y normativa. Pero la norma básica del principio IV de Nuremberg, que permite la defensa de órdenes superiores sólo cuando una opción moral resulta imposible, no debe ser menoscabada.

II. Limitaciones de carácter político y otros obstáculos a la implementación de una política legítima de derechos humanos

El marco normativo analizado en la parte II asume que es políticamente factible para un gobierno cumplir con las obligaciones que impone el Derecho Internacional. Sin embargo, a menudo ello no es así en la práctica. Esta sección examina una tipología de situaciones diferentes que ilustran las diversas posibilidades -más amplias o más estrechas- que tienen los gobiernos para la implementación de una política legítima para tratar el problema de los abusos del pasado. También se hace referencia a algunas limitaciones que con frecuencia se afrontan al ponerse en práctica una política legítima de derechos humanos. Finalmente, se presentan distintos casos de estudio, tomando recientes procesos de transición política ocurridos en América Latina, con el fin de graficar tanto las limitaciones políticas que deben enfrentar los gobiernos al implementar una política legítima de derechos humanos, como las medidas que de hecho pusieron en práctica en los casos respectivos.

1. Limitaciones políticas

Por limitaciones "políticas" nos referimos a las que imponen las fuerzas políticas, en su sentido estricto, así como a las que surgen de las posturas adoptadas por las fuerzas militares, o por sectores étnicos o religiosos, y de la actitud de otros sectores relevantes de la sociedad. Tales fuerzas o sectores pueden delimitar el campo de acción de un gobierno, en la medida que puedan afectar su estabilidad o doblarle la mano, dependiendo del tipo de política de derechos humanos que se intenta implementar. La siguiente tipología es meramente ilustrativa y no pretende ser exhaustiva.

a) Ausencia de limitaciones políticas significativas

En algunos casos, las autoridades que aplican una política de juzgamiento y castigo de las violaciones a los derechos humanos o de los crímenes de guerra han obtenido una total victoria militar sobre el régimen cuyos agentes y partidarios están siendo investigados y procesados. Puede variar la naturaleza del conflicto armado que produjo el cambio político: puede ser un conflicto internacional, guerra civil, guerra de guerrillas, insurrección espontánea y masiva. De igual modo, pueden variar el tipo de gobierno que sucede al régimen derrocado y las políticas que se adopten para tratar con el problema de los crímenes imputados al régimen depuestos. Sin embargo, cuando se ha logrado un completo triunfo militar, los victoriosos pueden tomar decisiones sin temor a una reacción que haga peligrar su estabilidad política. Sólo necesitarán guiarse por su propio sentido de justicia; por los posibles efectos de sus políticas, a largo plazo, para la unidad nacional o la estabilidad internacional; y por presiones morales, nacionales e internacionales, y lo que se supone llegará a ser el juicio de la historia.

En los casos en que los gobiernos nuevos o las fuerzas ocupantes victoriosas pueden, en principio, llevar plenamente a cabo una política acorde con el marco normativo analizado en la parte II, se produce una situación paradojal: el poder político que se requiere para implementar a fondo una política de derechos humanos legítima es tal que constituye, por lo mismo, una fuente potencial de abusos. En la práctica, las políticas que han adoptado los vencedores, en distintas situaciones, han dado pie a justificadas críticas morales o jurídicas, en mayor o menor grado.

b) Las fuerzas vencidas han perdido legitimidad pero retienen el control del poder armado

Dos ejemplos ilustran esta situación: Grecia en 1974 y Argentina en 1983. A pesar de sus diferencias, estos casos presentan asombrosas similitudes. En ambos casos, los militares gobernaron por siete años, con el declarado propósito de combatir la subversión izquierdista. En

ambos casos, los militares fueron derrotados, fueron de su territorio continental, por un poder extranjero. Debido a esta humillación nacional, más que por los atropellos a los derechos humanos, la población obligó a sus desmoralizadas fuerzas armadas a entregar el poder. También en estos dos países, los gobiernos nuevos -conformados por civiles y elegidos democráticamente- promovieron la anulación de las leyes de amnistía promulgadas por los militares mientras aún estaban en el poder, y enjuiciaron a un número de oficiales de alto rango. Sin embargo, también en ambos ejemplos, el castigo sólo llegó a unos pocos de los que estuvieron involucrados en la represión política.

El caso de Argentina es analizado más adelante en mayor detalle, con el fin de explicar tanto las posibilidades como los factores restrictivos en la implementación de una política de derechos humanos en una situación de este tipo.

c) Gobernantes militares permiten el acceso al poder de un gobierno civil previa negociación, o bajo sus propios términos

En este tipo de situación, a diferencia de los anteriores, las fuerzas que compusieron o apoyaron el gobierno anterior no han perdido ni el control del poder armado ni sufren de una falta de cohesión o pérdida de moral en sus filas; constituyen, entonces, una fuerza considerable que debe ser tomada debidamente en cuenta. En la práctica las fuerzas gobernantes salientes declaran a menudo que no asumirán responsabilidad por los abusos cometidos en materia de derechos humanos (atropellos que por lo general intentan negar o justificar como actos cometidos en tiempo de guerra). Más adelante, en la sección C, analizaremos el caso de Uruguay que cabe dentro de esta categoría.

d) Transición gradual y perdón popular

En algunos casos, la transición de la dictadura a la democracia ocurre tras un lapso prolongado de apertura política gradual durante la cual los peores atropellos a los derechos humanos han cesado o han disminuido. El período de transición hace más posible un grado de perdón popular. Las políticas de derechos humanos del nuevo gobierno en tales casos, por lo común ponen énfasis en los reforzamientos institucionales y normativos necesarios para prevenir futuros abusos y no en la investigación y castigo de los cometidos en el pasado.

e) El nuevo gobierno representa un reordenamiento de las fuerzas políticas, en una situación de conflicto armado no resuelto

La existencia prolongada de una dictadura a menudo conlleva la radicalización de la oposición política y el surgimiento de una guerra de guerrillas. A veces, las fuerzas políticas moderadas inclinan la balanza hacia un lado, en tal situación de polarización; otras veces, éstas carecen de relevancia política. En Filipinas y El Salvador, líderes políticos que eran considerados de centro actuaban en la oposición, junto a fuerzas de izquierda; pero, una vez que alcanzaron el poder, debieron gobernar con las mismas fuerzas militares que apoyaban al régimen depuesto, al tiempo que continuaba la guerra de guerrillas por parte de fuerzas de izquierda. En tales contextos resulta difícil hablar de una clara ruptura con el pasado. En general, los respectivos gobiernos civiles se sienten incómodos en tales alianzas con militares. Dada esta situación, en la cual continúan los abusos por ambas partes en conflicto, el gobierno civil intentará más bien a disciplinar sus propias fuerzas y frenar futuros abusos, antes que investigar y castigar los ocurridos en el pasado.

f) Divisiones étnicas, nacionales o religiosas que obstaculizan la pacificación

En algunos países, las luchas políticas están enraizadas en gran medida en divisiones étnicas, nacionales o religiosas. Es frecuente que el régimen depuesto y culpable de abusos haya respaldado a un grupo étnico o religioso en particular, o actuado como enemigo de un grupo o conjunto de grupos dados. Sin embargo, el nuevo gobierno probablemente encontrará difícil investigar y castigar abusos del pasado sin exacerbar estas divisiones, que pueden poner en peligro la unidad nacional y la pacificación. La posición del nuevo gobierno se complica aún más cuando debe enfrentar continuos estallidos de conflicto armado.

2. Otros obstáculos

Aparte de las restricciones impuestas por consideraciones políticas y militares, existen a menudo otros obstáculos para la implementación de una política adecuada de derechos humanos. Como está dicho más arriba, la magnitud de las atrocidades cometidas puede dificultar las investigaciones. Se añade a esta dificultad la carencia de un sistema competente de fiscales investigadores o jueces así como insuficientes recursos para llevar a cabo una investigación apropiada.

3. Análisis del caso argentino

Las medidas del gobierno de Alfonsín con respecto a los abusos cometidos por las juntas militares que lo precedieron ejemplifican, como pocos otros casos, los problemas morales, limitaciones políticas y cuestiones técnicas que surgen en las situaciones de transición que nos ocupan.

Una descripción exhaustiva del caso argentino sobrepasaría los límites del presente trabajo pero existe un cuerpo de literatura al respecto, de fácil acceso, en particular las diversas publicaciones editadas por Americas Watch y por Amnesty International.

A continuación se resumen los aspectos más relevantes del caso argentino para ilustrar tanto la aplicación práctica de los principios examinados en la parte II, así como los obstáculos políticos mencionados en esta parte III, párrafo A.2.

a) Orígenes y carácter del régimen dictatorial culpable de graves atropellos a los derechos humanos

Un informe del AMERICAS WATCH ("Truth and Partial Justice in Argentina", 1987) resumió aptamente la situación en Argentina en el tiempo anterior a su reciente período de gobierno militar.

> *"Los años setenta fueron años de una violencia política sin precedentes en Argentina. Analizar las raíces y las consecuencias de esa violencia excedería los alcances de este informe. Anotemos sólo al pasar que la capacidad de las instituciones del país para enfrentar esa violencia, y a la vez seguir fieles al Estado de derecho, se vio seriamente afectada, por un lado, por las tomas de poder por jefes militares en 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1975 en golpes de Estado que, sucesivamente, interrumpieron el proceso democrático; y por otro lado, por el surgimiento, hacia 1970, de varias pequeñas organizaciones de guerrilla decididas a alcanzar el poder mediante la lucha armada urbana. Dos de estos grupos, los Montoneros y el Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP), crecieron en forma impresionante y hacia mediados de los años setenta constituían un serio desafío a las fuerzas armadas y de orden en sus esfuerzos por mantener el orden público. Aún así, el número de sus adherentes y el respaldo popular jamás alcanzaron un nivel que los hubiese convertido en serios contendientes para alcanzar el poder; ni tampoco se acercaron siquiera a la posibilidad de derrocar al gobierno por la vía de las armas".*
>
> *"Respondiendo a esta seria amenaza, las fuerzas de seguridad y elementos de la derecha política en el seno del gobierno de Isabel Perón desataron una campaña de asesinatos, en su mayoría cometidos por grupos paramilitares, guiados y protegidos por las autoridades. La intimidación de la ciudadanía, causada tanto por las guerrillas como por las fuerzas paramilitares, y además la corrupción e ineficiencia del gobierno de Isabel Perón, fueron las justificaciones del golpe de Estado del 26 de marzo de 1976, en el cual los Comandantes en Jefe del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea derrocaron al gobierno elegido, formaron una junta militar y se erigieron en el poder supremo de la nación".*

En respuesta a la ideología izquierdista que proclamaba la necesidad y la inevitabilidad de la lucha armada como una forma de combatir el sistema que ellos consideraban corrupto y explotador, las fuerzas armadas levantaron una globalizante doctrina de seguridad nacional, teoría desarrollada primero por los militares brasileños y luego adoptada por sus congéneres de Argentina, Chile y Uruguay. En esencia, la doctrina de seguridad nacional considera las luchas políticas internas como una expresión del conflicto básico entre Oriente y Occidente y la penetración e insurgencia marxistas como un nuevo tipo de enemigo omnipresente que libra una nueva forma de guerra: los civiles también son guerreros y las ideas son otro tipo de armas. La democracia y la política tradicional mal pueden encabezar la lucha contra el marxismo (es más, a menudo le abren el camino), ni son capaces de coordinar todos los recursos nacionales en forma eficaz para lograr la modernización y el desarrollo económico, pilares de una noción moderna de seguridad nacional. Esta sólo puede ser implementada por los profesionales de la seguridad nacional: los militares. Ya que la lucha contra el marxismo es una guerra insidiosa, se requiere de métodos poco ortodoxos, incluyendo la tortura y el exterminio de los activistas políticos irredimibles.

El carácter de la represión que tuvo lugar bajo las juntas militares argentinas, incluyendo acciones militares secretas y concertadas que causaron miles de desapariciones y el uso masivo de encarcelamientos arbitrarios, tortura y otros abusos, proviene del sentido de misión dictado por la visión doctrinaria de los militares, de acuerdo al cual ellos se veían a sí mismos como combatientes en una guerra sucia inevitable. Este sentido de misión les ayudó a cerrar filas cuando el gobierno de Alfonsín quiso procesar y castigar algunos de sus atropellos.

El régimen militar que gobernó la Argentina desde 1976 a 1983 fue *institucional*, en el sentido que comprometió a las instituciones armadas como tales. Su inspiración fue *ideológica*. La magnitud y naturaleza de las violaciones a los derechos humanos respondió a una *lógica de destrucción*, en el sentido de acabar no solamente con la capacidad de combate de un enemigo insidioso sino también con sus militantes más decididos, individualmente.

b) Factores que precipitaron el fin del gobierno militar

Tras el debacle de la guerra de las Malvinas, el general Leopoldo Galtieri fue obligado a presentar su renuncia como Jefe de Estado. El general Reynaldo Bignone, designado presidente el 22 de junio de 1982, condujo al país durante la transición de 18 meses que culminó en un gobierno civil. La ira popular ante la derrota humillante encontraba eco en las recriminaciones amargas de altos oficiales, que criticaban la conducción de la guerra de las Malvinas. Sin embargo, al seno de las filas militares prevaleció la cohesión interna en torno a la "guerra sucia" contra la subversión. A los ejecutores de las políticas represivas los unía su culpa colectiva. Los militares que no habían tomado parte en la "guerra sucia" debieron aceptar la justificación de ésta en nombre de la seguridad nacional. La lealtad institucional y la presión de sus pares silenciaron a cualquier oficial que abrigara dudas.

El régimen militar se precipitó a su fin por una pérdida de legitimidad del alto mando de las fuerzas armadas, tanto a los ojos de sus partidarios civiles (fueran éstos activos o pasivos) como a los de sus propios subordinados. Pese a ello, los militares retuvieron, incontestablemente, el control del poder armado.

c) Los esfuerzos del régimen militar por procurar su propia impunidad

El saliente gobierno militar presidido por el general Bignone dio los siguientes pasos, con el fin de evitar rendir cuentas por los atropellos a los derechos humanos:

i) El 28 de abril de 1983, fue publicado el "Documento Final de la Guerra contra la Subversión y el Terrorismo". Este texto admitía que se habían cometido excesos ("hubo errores, como en todas las guerras"), pero recalcó que las acciones de los miembros de las fuerzas armadas se enmarcaban dentro de su deber militar. El Documento Final declaró que aquellos que habían desaparecido y que no se encontraban en el exilio ni estaban ocultos, debían ser considerados muertos "para todos los fines legales y administrativos". El gobierno dijo que no habría más información acerca de la "guerra contra la subversión".

ii) El 22 de septiembre de 1983, el gobierno militar publicó la ley 22.924, llamada la Ley de Pacificación Nacional, otorgando una amnistía a favor de todos los delitos cometidos con un propósito o móvil político, sea por miembros de las fuerzas armadas o por opositores políticos, durante el período comprendido entre el 25 de mayo de 1973 (la fecha de la amnistía para crímenes políticos) y el 17 de junio de 1982 (fecha de la renuncia de Galtieri).

iii) Se dice que el gobierno emitió otro decreto u orden, que no se hizo público, disponiendo la destrucción de toda documentación relativa a la represión militar.

d) El gobierno de Alfonsín: su evaluación de la situación y su estrategia global

Las declaraciones públicas del gobierno de Alfonsín y de las medidas que efectivamente implementó permiten colegir su estrategia de derechos humanos. Tal estrategia se puede resumir como sigue:

En primer lugar, el gobierno estimó que su principal fuerza radicaba en la legitimidad de su mandato democrático, sobre todo frente a la falta de legitimidad de los militares derivada de su derrota militar en las Malvinas y de las violaciones a los derechos humanos que se les imputaban. A ello debe agregarse el ímpetu del propio triunfo político del gobierno de Alfonsín.

Un poder basado en la legitimidad exigía del presidente Alfonsín no solamente que respetase escrupulosamente los principios del derecho, sino además, como comandante en jefe, que observara ciertas reglas (no escritas) del juego. Todo ello probablemente lo llevó a pensar que no podía embarcarse en una gran purga de los militares ni usar su poder en un intento por forzar la entrega de información secreta.

En segundo lugar, el gobierno de Alfonsín buscaba superar las divisiones nacionales producidas por los años de polarización política y conflicto armado. Por una parte, esto requería de un grado de clemencia y perdón, en especial hacia aquellos con menor responsabilidad en lo ocurrido. Por otra parte, resultaba imposible ignorar la magnitud de los crímenes y un grado de castigo era imperativo en términos morales, además de ser políticamente necesario. Pero tanto el castigo como la clemencia debían ser aplicados de tal forma que quedara en evidencia un trato equilibrado hacia militares y guerrilleros.

En tercer lugar, se introducirían reformas legales e institucionales con el fin de reforzar la protección de la democracia y de los derechos humanos.

e) Medidas para establecer la posibilidad de castigo, o para limitar las penas actuales

i) El 13 de diciembre de 1983, poco después del inicio de su mandato, el presidente Alfonsín mandó al Congreso un proyecto de ley que fue aprobado, promulgándose el 27 de diciembre del mismo año. El texto legal declaró nula la "Ley de Pacificación Nacional". Tal declaración envolvía un

tecnicismo legal de crucial importancia. Se estimaba que si la "Ley de Pacificación Nacional" hubiese sido simplemente derogada, el mero hecho de que estuvo en vigencia un tiempo habría podido impedir el castigo de los crímenes favorecidos por la amnistía, ya que su derogación posterior no podría tener por efecto volver a criminalizar conductas que ya una vez habían sido amnistiadas; ello violaría el principio básico de irretroactividad de la ley penal. En cambio, si la ley fue nula, significa que nunca pudo producir efectos legales, esto es, nunca efectivamente amnistió tales conductas.

ii) El 13 de diciembre de 1983, tras asumir el mando, el presidente Alfonsín emitió dos decretos. El decreto 157/83 establecía la necesidad de someter a proceso a los líderes de los Montoneros y del ERP. El decreto 158/83, por su parte, ordenó en enjuiciamiento de los nueve altos oficiales que conformaron las tres juntas militares que gobernaron al país, sucesivamente, durante el período 1976-1982.

iii) El 9 de febrero de 1982, se promulgó la Ley 23.049, que estableció que todos los crímenes relativos a la lucha contra la subversión, cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, debían ser juzgados por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. También estableció la posibilidad de apelar a las Cortes Federales de Apelación, de carácter civil. La Ley 23.049 indicaba, además, que respecto de los actos llevados a cabo en cumplimiento de órdenes se debía presumir, sin admitirse prueba en contrario, que hubo error con respecto a la legitimidad de la orden recibida, salvo en el caso de que se hubieran ordenado actos atroces o aberrantes.

iv) El gobierno del presidente Alfonsín adoptó una serie de medidas con el fin de: revisar y anular los procedimientos judiciales entablados contra civiles por los tribunales militares (Ley 23.042 de enero de 1984); permitir la puesta en libertad anticipada de los condenados que ya habían servido muchos años de presidio y limitar la prisión preventiva (Ley 23.050 de junio de 1984); y ampliar la posibilidad de la libertad condicional en beneficio de los condenados. El propósito de estas medidas era aliviar la situación de aquellos que habían sido enjuiciados o condenados por el régimen militar, tomando en cuenta las irregularidades ocurridas en esos juicios y también los malos tratos a que fueron sometidos.

v) Se formularon cargos contra los integrantes de la tercera junta militar por su responsabilidad en la conducción de la guerra de las Malvinas. Sin embargo, no hubo procesos por delitos relacionados con el acto mismo de tomarse el poder en 1976, o subvertir el orden constitucional. No obstante, el presidente Alfonsín sometió al Congreso un proyecto de ley, que fue aprobado, aumentando las penas para el delito de tortura y convirtiendo en acto criminal la toma del poder por la fuerza de las armas. La reforma constitucional establece que el crimen de organizar un golpe militar no estará sujeto a prescripción y su enjuiciamiento tendrá lugar sin importar las medidas del régimen de facto para asegurar su propia impunidad.

vi) Con respecto a los juicios por violaciones a los derechos humanos, el Consejo de las Fuerzas Armadas demoró el juicio y, luego que la Corte Federal de Apelaciones lo presionara para que culminara sus investigaciones, declaró, con fecha 25 de septiembre de 1984, que no tenía nada que reprochar a los nueve jefes militares. El caso pasó entonces a la Corte Federal de Apelaciones de Buenos Aires. Tras un juicio documentado y muy publicitado, esa corte condenó a varios de los ex integrantes de las juntas militares.

f) Medidas para establecer la verdad

El 15 de diciembre de 1983, el gobierno de Alfonsín estableció, por Decreto 187/83, una Comisión Nacional para la Desaparición de Personas, compuesta por civiles expertos y miembros del Congreso. Al obrar de este modo, el gobierno optó por ignorar un pedido hecho por ocho organizaciones argentinas de derechos humanos en el sentido de establecer, más bien, un comité parlamentario. Eventualmente, seis de las ocho organizaciones optaron por colaborar con la Comisión. En septiembre de 1984, la Comisión entregó su informe al presidente Alfonsín. Posteriormente salió publicado un resumen del informe, bajo el título "Nunca Más". Este texto describe en detalle la organización y los métodos usados por las fuerzas de seguridad para llevar a cabo su política de "desapariciones", identifica cientos de centros de detención clandestinos y adjunta una lista de 8,961 personas desaparecidas.

La documentación adicional que se hizo llegar a Alfonsín incluía los nombres de más de 1.300 militares implicados por los testimonios entregados a la Comisión y también por su propia investigación. El presidente Alfonsín decidió no hacer pública esta lista, sosteniendo que los oficiales debían ser incriminados sólo mediante cargos formales formulados en su contra. Sus nombre, sin embargo, se filtraron a la prensa y salieron publicados en el semanario "El Periodista".

En septiembre de 1984, después de entregado el informe, la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas fue disuelta y se creó un nuevo departamento dentro del Ministerio del Interior, cuya tarea sería seguir acumulando evidencia con respecto a las desapariciones y, en particular, buscar a los hijos de los desaparecidos, muchos de los cuales fueron entregados en adopción a otras familias, sin que quedara constancia de su verdadera filiación.

g) Refuerzo del sistema normativo relativo a los derechos humanos

Aparte de las medidas legales mencionadas arriba, durante el gobierno de Alfonsín Argentina ratificó la Convención Internacional

sobre Derechos Políticos y Civiles, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes.

h) Límites a la punibilidad impuestos posteriormente

Las medidas relativas a los derechos humanos adoptadas por el gobierno de Alfonsín provocaron, en mayor o menor medida, las protestas públicas de miembros de las fuerzas armadas y sus simpatizantes. Con el tiempo, estas reacciones crecieron, llegándose a intentos por desestabilizar el gobierno y a la abierta desobediencia.

En septiembre de 1985 se produjo una serie de atentados explosivos en contra de escuelas y de instituciones castrenses. El 26 de octubre el gobierno declaró estado de sitio por sesenta días, durante el cual se arrestó a militares y civiles.

En abril de 1986 el gobierno instruyó a los fiscales civiles militares para que aceleraran los casos pendientes contra los militares acusados de atropellos a los derechos humanos. Estas instrucciones, ostensiblemente encaminadas a la simplificación del procedimiento judicial, en la práctica sirvieron de pretexto para que los instructores de los procesos cerraran tantos casos como pudieran, mediante la interpretación literal de la norma referente a la obediencia debida.

El 24 de diciembre de 1986 se promulgó la Ley 23.492, conocida como la ley de Punto Final. Estableció un plazo fatal de sesenta días para el inicio de nuevos procesos en contra de personal de las fuerzas armadas, policía y gendarmería acusados de violaciones a los derechos humanos cometidas durante el período comprendido entre 1976 y 1983. Los cargos de hurto o robo, secuestro de menores y falsificación de documentos no quedaron afectos a este plazo fatal. Los tribunales y las organizaciones de derechos humanos iniciaron una carrera contra el tiempo; antes de que se cumpliera el plazo, se había procedido judicialmente en contra de cientos de militares, algunos aún en servicio activo. Como consecuencia, durante la Semana Santa de 1986 se produjo una serie de rebeliones en Córdoba y en Buenos Aires. Otras unidades del ejército se negaron a movilizarse en contra de los rebeldes. Pasaron los días y la desobediencia militar amenazaba con deteriorar severamente la autoridad del gobierno, hasta que el presidente Alfonsín quebró el impasse al ir a hablar personalmente con los insurrectos. Tal como quedaría claro más tarde, Alfonsín accedió a su demanda principal: que se pusiera fin al enjuiciamiento de oficiales en servicio activo. Una nueva Ley de Obediencia Debida fue presentada al

Congreso y aprobada el 5 de junio de 1987. En virtud de esta ley, se presumió de derecho que todos los oficiales actuaron "en virtud de obediencia debida", en cuanto obraron sin ninguna posibilidad de examinar, oponerse a, o resistir las órdenes; por tanto, no eran criminalmente responsables. Las únicas excepciones admitidas eran los casos de violación, secuestro de menores o falsificación de documentación, y ciertos tipos de extorsión. La "Ley de Punto Final" suspendió la norma establecida por la Ley 23.049 de 1984, que establecía que la defensa de obediencia debida no era válida en casos de actos atroces o aberrantes.

i) Conclusiones

La evaluación que realizó el gobierno de Alfonsín de la situación de su país y su decisión sobre el camino a seguir, tal como se describieron más arriba, en el número 4 de esta sección, probablemente fueron correctas. Enfrentar adecuadamente el pasado requería un grado de justicia. También era preciso considerar medidas de clemencia para una buena parte de aquellos que, en principio, podían ser acusados de crímenes políticos o de violar los derechos humanos, ya que, dadas las circunstancias, una política de enjuiciamiento y castigo sin restricciones no favorecía la pacificación nacional ni era posible de implementar sin que la inquietud militar se convirtiera en abierta rebelión.

Sin embargo, las políticas y las soluciones técnicas que efectivamente puso en práctica el gobierno no cumplieron a cabalidad sus propios objetivos. En efecto, tal como se analizó en la parte II, para asegurar que el castigo o la clemencia jueguen un rol preventivo (como elementos de disuasión, o como contribución a la pacificación nacional, y en ambos casos fortaleciendo el imperio del Estado de Derecho), estas medidas deben estar basadas en el conocimiento de la verdad y aprobadas de alguna manera que refleje la voluntad soberana de la nación. En Argentina, el conocimiento de la verdad no fue completo. Además, las medidas de 1986 y 1987, que limitaban la posibilidad de castigo, a pesar de que fueron aprobadas por representantes elegidos democráticamente, debieron ser adoptadas bajo la amenaza de rebelión o de continuada insubordinación. Por ello, y además porque tales medidas contradecían los propósitos inicialmente declarados por el gobierno, terminaron por menoscabar autoridad de éste y, por tanto, su capacidad de acción política.

¿Qué otra cosa podría haberse hecho? Los pasos iniciales dados por el gobierno de Alfonsín ampliaban, en teoría, la posibilidad de castigo, pero la restringieron en la práctica. En efecto, la anulación de la ley de

amnistía promulgada por el régimen militar abrió, en principio, la posibilidad de enjuiciar y castigar a la mayor parte de los militares y los militantes guerrilleros responsables de violaciones a los derechos humanos y otros crímenes políticos. Sin embargo, no se crearon incentivos para que algunos uniformados cooperaran con el proceso de esclarecer la verdad o se prestaran como testigos para la acusación. (Las admisiones condicionadas de culpa u otras formas de avenimientos entre la acusación y la defensa son ajenas a la tradición jurídica argentina, pero pudo haberse explorado otras alternativas: por ejemplo, el establecimiento de circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad penal para quienes revelaran el destino último de los desaparecidos, siempre que ellos mismos no fueran los principales responsables por las desapariciones; o amnistías parciales combinadas con una obligación, por ley, para los beneficiados por ellas, de ayudar a esclarecer la verdad de los hechos). Faltando tales incentivos, los militares, ya unidos por la lealtad institucional y la presión de sus pares, tuvieron otra razón más para cerrar filas.

Simultáneamente, el juicio de los ex integrantes de las juntas fue encargado, en primer lugar, al Consejo Superior de las Fuerzas Armadas. El ímpetu inicial se perdió al alargarse, durante meses, una investigación estéril. Por otra parte, en cuanto a la verdad, la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas pudo acumular cantidades impresionantes de datos sobre el funcionamiento del sistema, pero no logró esclarecer las circunstancias de cada caso ni el destino último de la mayor parte de los desaparecidos, ni pudo tampoco individualizar a los culpables directos, ya que careció de las facultades legales necesarias para extraer la información en poder de los militares.

Sin el pleno conocimiento de la verdad, las posibilidades teóricamente amplias de hacer justicia se hacían ilusorias. El gobierno comenzó a dar la impresión de que era incapaz de poner en práctica sus propias políticas. Crecieron la confianza y la cohesión militares. Es así como, en 1986 y 1987, el gobierno de Alfonsín aprobó una legislación que equivalía a una amnistía para la mayor parte de los oficiales militares y de seguridad.

En síntesis, podría decirse que las políticas del gobierno de Alfonsín debieron haber enfatizado, desde el comienzo, el conocimiento de la verdad. Había que poner límites, en la práctica, a la posibilidad de castigar a los culpables, como una forma de asegurar que las investigaciones y los juicios mismos fuesen más efectivos. Para los culpables que se libraron del castigo, quedaba al menos el conocimiento público de sus crímenes, que constituye una forma, tenue si se quiere, de

castigo. En la práctica fue muy reducido el número de los que fueron procesados y condenados, (aunque debe destacarse que lo fueron algunos de los principales responsables de lo ocurrido); quizás esta restricción habría sido menor de haberse aceptado que era necesario poner límites y haber adoptado medidas para actuar de modo plenamente efectivo, dentro de esos límites.

Por cierto que es mucho más fácil hacer este análisis luego de los hechos. No deben olvidarse las enormes dificultades que suponía gobernar y aplicar una política sostenida en las circunstancias de Argentina en esos años. Además, es debatible hasta qué punto el clima político prevaleciente en argentina a fines de 1983 y principios de 1984 hubiese permitido la adopción de medidas tendientes a limitar el castigo de los culpables. También es discutible el grado de éxito -o fracaso- que habría tenido la creación de incentivos para que los militares cooperasen con la justicia. Ellos bien podrían haber llegado a la conclusión de que les era más fácil eludir la justicia que las represalias de sus compañeros de armas.

4. Análisis del caso uruguayo

a) Orígenes y carácter del régimen

No obstante las características singulares del caso uruguayo, el proceso que culminó en el traspaso del poder por parte del presidente Bordaberry a los militares en 1973 (iniciándose así, por once años, un gobierno militar con algunos simulacros de gobierno civil) es similar, en sus puntos esenciales, al proceso argentino. Confrontados con una subversión izquierdista, en especial la conducida por los Tupamaros, los militares se tomaron el poder con un sentido de misión y una visión doctrinaria comparables a sus contrapartes argentinos. El régimen militar también era institucional, en el sentido que involucraba a las instituciones armadas como tales. De igual modo, su inspiración ideológica provenía de la doctrina de seguridad nacional.

La "guerra sucia" en la cual se embarcó el régimen parecía, sin embargo, tener como meta la destrucción del "enemigo" como fuerza capaz de representar un peligro armado, más que la eliminación de sus militantes, individualmente. Por cierto, el gobierno militar cometió atroces atropellos a los derechos humanos, incluyendo el encarcelamiento prolongado, en condiciones particularmente duras, a miles de opositores, así como la tortura, que se empleó en gran escala.

Unos 164 uruguayos desaparecieron tras ser arrestados, entre 1973 y 1982, la mayoría de ellos en Argentina. Se presume que los que desaparecieron en Uruguay murieron como consecuencia de la tortura. La práctica sistemática de la desaparición de personas, como se dio en Argentina o en Chile, no fue parte de la metodología represiva de los militares del Uruguay.

b) Transición negociada hacia el gobierno civil

En noviembre de 1980 los militares perdieron un referéndum al cual habían llamado para la ratificación de una nueva Constitución. Se considera a este hecho como el factor que condujo al posterior programa de "apertura". Como parte de esa apertura, se iniciaron conversaciones políticas con los militares en 1983, aunque sin lograrse nada concreto.

En agosto de 1984, las llamadas negociaciones del Club Naval reunieron a los comandantes en jefe de las fuerzas armadas y a los representantes de los principales partidos, salvo el Partido Blanco que no tomó parte en ellas (su líder, Wilson Ferreira, había sido encarcelado en junio de 1984, al volver del exilio). De esas conversaciones resultó un acuerdo sobre los términos de una futura elección presidencial, sobre la legalización de los partidos políticos -incluyendo a la mayor parte de los partidos de izquierda- y acerca de un Acta Institucional que trataría de materias de interés para las fuerzas armadas. Con respecto a los derechos humanos, se acordó que los tribunales castrenses revisaran los casos de los presos políticos que hubiesen completado la mitad de sus sentencias. Nada se dijo acerca de la responsabilidad militar por las pasadas violaciones a los derechos humanos, pero es creencia generalizada en Uruguay que el Partido Colorado (cuyo líder, Julio Sanguinetti, fue posteriormente elegido presidente de la República, el 25 de noviembre de 1984) se comprometió a resguardar a las fuerzas armadas de enjuiciamientos por esos crímenes.

c) Actitud de los militares y de los partidos políticos con respecto a las violaciones a los derechos humanos

Los militares opinaban que no habían cometido ningún crimen y que por lo tanto no había ninguna necesidad de amnistía. Pudieron cometerse "excesos", esto es, abusos que fueron más allá de lo ordenado o permitido por los comandantes militares, tales como los hurtos o asesinatos perpetrados en Argentina, con la participación de oficiales uruguayos. Se dice que los militares uruguayos habrían aceptado que dichos delitos fuesen investigados y castigados.

El encarcelamiento prolongado y la tortura no eran considerados "excesos" sino métodos inevitables de la lucha contra un enemigo insidioso; al usar estos métodos (así se dice que argumentaban altos oficiales uruguayos, en privado) el Uruguay pudo contrarrestar la insurgencia marxista sin recurrir a matanzas y desapariciones, como ocurrió en Argentina y Chile.

La política global del presidente Sanguinetti y de su Partido Colorado en materia de violaciones de derechos humanos el pasado, puede inferirse a partir de sus declaraciones públicas y las medidas que apoyaron: los objetivos principales fueron la superación de la polarización política y la reafirmación del gobierno civil. El presidente Sanguinetti estimó que los uniformados debían ser incorporados como parte de un consenso nacional. Además, los militares permanecieron unidos e incluso dispuestos a defender sus posturas mediante el uso de la fuerza. De este modo, la posibilidad de investigar y enjuiciar no favorecía la pacificación ni parecía factible. El presidente Sanguinetti llegó a inclinarse por una amplia amnistía a favor de las fuerzas armadas.

El Partido Blanco parecía compartir algunas de estas presunciones; pero más que una amnistía para los atropellos a los derechos humanos, parecía preferir una legislación que reconociera algunas realidades políticas, pero sin menoscabar la validez de ciertos principios. El Frente Amplio y otros partidos de izquierda creían que dejar impunes a los crímenes del gobierno castrense perpetuaría el poder militar y debilitaría las instituciones democráticas. Por ello, se oponían a una amnistía, calculando que la movilización popular podría hacer posible la investigación de los abusos y el enjuiciamiento de los culpables, a pesar de la actitud militar.

Autoridades de la Iglesia Católica enfatizaron que una actitud magnánima o un perdón, sin el pleno conocimiento de la verdad, distorsionaba el sentido mismo de la justicia y del perdón.

En este contexto, la estrategia del presidente Sanguinetti parece haber sido la búsqueda de negociaciones y consensos con otros partidos políticos y además dejar pasar el tiempo, a la espera de que el sentimiento popular en favor del castigo fuera disminuyendo con los años.

d) Medidas reparativas y preventivas (otras que el castigo)

Bajo el gobierno civil de Sanguinetti se adoptaron varias medidas reparativas. Ellas incluyeron la creación de una Comisión Nacional de

Repatriación, para facilitar el retorno de miles de uruguayos en el exilio; la devolución a sus antiguos empleos de personas que habían sido despedidas por motivos políticos; y el reembolso de los gastos de cárcel y de fianza para los ex prisioneros políticos, que fueron obligados en su oportunidad a pagarlos.

Uruguay también ratificó la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes.

e) Medidas para esclarecer la verdad

La principal investigación oficial la llevó a cabo la Comisión Investigadora de la Situación de las Personas "Desaparecidas" y sus Causas, un grupo parlamentario establecido en abril de 1985. En noviembre, la Comisión informó de 164 uruguayos que desaparecieron tras ser arrestados entre los años 1973 y 1982 (de los cuales 127 fueron secuestrados en Argentina por unidades paramilitares que aparentemente tenían entre sus integrantes a miembros de las fuerzas armadas uruguayas). La Comisión hizo llegar a la Corte Suprema la evidencia que poseía con respecto al involucramiento en estos hechos de miembros de las fuerzas de seguridad uruguayas.

Aunque es de público conocimiento, tanto en el Uruguay como afuera, que se recurrió sistemáticamente a la práctica de la tortura durante el gobierno militar, no existe ningún informe oficial que documente estos hechos. Los militares tampoco admiten haber torturado. En privado, como se dijo más arriba, intentaron justificar la tortura como un último recurso y como un mal menor.

f) Medida para limitar el castigo

Tras una serie de manifestaciones masivas en Montevideo, pidiendo amnistía para los presos políticos, fue promulgada la Ley 15.737 de Pacificación Nacional el 8 de marzo de 1985. Esta ley permitió la libertad de los presos políticos que aún quedaban, salvo aproximadamente sesenta, todos acusados de homicidio. Los casos de estos últimos serían revisados por tribunales civiles. Sin embargo, la ley estipulaba que debido a la tortura y a las duras condiciones sufridas en el transcurso de su encarcelamiento, sus sentencias serían acortadas en tres días por cada día pasado en prisión, si luego de la revisión de sus casos se los hallaba culpables. Cualquier otra medida de seguridad que hubiese sido añadida a sus sentencias sería revocada. Excluidos de la amnistía quedaban la policía y el personal militar culpables de tortura y desaparición de recluidos, y también los funcionarios públicos culpables

de encubrir dichos crímenes. Los militares no intentaron hacer extensiva la amnistía a sus propios crímenes.

Familiares de los desaparecidos presentaron pruebas en los tribunales civiles durante 1985 y se abrieron numerosas investigaciones judiciales. Pero los militares se negaron a dar testimonio en persona, y cuando un juez civil ordenó el arresto de dos uniformados en agosto de 1985, los tribunales militares afirmaron que el caso era de su competencia. Posteriormente, la Corte Suprema falló en favor de la competencia de los tribunales civiles. En junio de 1986, el partido de gobierno propuso públicamente una amnistía parcial para las violaciones a los derechos humanos, pero dejando que los crímenes más horrendos fuesen juzgados por los tribunales militares. Los meses siguientes fueron de negociaciones intensas, con el Partido Blanco presentando propuestas alternativas y los militares aclarando constantemente que no tolerarían ninguna investigación judicial de su conducta en la "guerra contra la subversión", ni civil ni militar.

Enfrentado a este virtual veto militar, el gobernante Partido Colorado presentó su propio proyecto de ley, que fue aprobado el 22 de diciembre de 1986. Esta ley, Nº 15.848, llamada de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, impedía la facultad del Estado de perseguir la penalización de las violaciones a los derechos humanos cometidas por los militares. La enrevesada fórmula elegida para otorgar la impunidad a los militares tuvo su origen en un proyecto (rechazado en la etapa inicial), por el opositor Partido Blanco. Al optar por dicha fórmula se quiso evitar el problema de otorgar abiertamente una amnistía a las fuerzas armadas, mediante el reconocimiento, por ley de una situación de facto que impide al Estado ejercer su facultad de castigar ciertos crímenes. Los efectos prácticos son de hecho similares, pero se intentó no sentar el precedente de que las violaciones de derechos humanos pudieran ser objeto de una amnistía.

g) La campaña por someter la Ley 15.848 a referéndum

La Constitución de Uruguay establece que una ley puede ser sometida a referéndum si el 25 por ciento de los votantes registrados así lo piden dentro del plazo de un año tras su promulgación. En enero de 1987 se creó una Comisión Nacional pro Referéndum que lanzó una campaña de recolección de firmas. El 17 de diciembre de 1987 la Comisión hizo entrega de 634.702 firmas a la Corte Electoral (se había estimado que se necesitarían 557.000). En los meses subsiguientes la Corte procedió a revisar la lista y aprobó nuevas normas para la verificación de firmas. Por medio de la aplicación de esas normas, miles

de firmas quedaron invalidadas, hecho que provocó fuertes protestas de parte de quienes estimaron que la invalidación carecía de fundamentos sólidos." En marzo de 1988 la Corte decidió que si tras su revisión quedaban eliminadas tantas firmas que no se alcanzara el 25 por ciento requerido, pediría confirmación individual para comprobar si realmente aquellos cuya firma se cuestionaba apoyaban la realización del referéndum.

El 16 de abril de 1989 tuvo lugar el referéndum. La propuesta de derogar la ley alcanzó a nivel nacional un 42% de los votos (aún cuando ganó en la ciudad de Montevideo) y por tanto se mantuvo su vigencia.

h) Conclusiones

El caso uruguayo ilustra poderosamente la importancia de los requisitos para la legitimidad de una política de derechos humanos, tal como se analizó más arriba en la parte II. El hecho que las fuerzas armadas se negaran a admitir el uso de la tortura en su "guerra contra la subversión", ni a abjurar de su uso, fue un obstáculo importante en el proceso de reconciliación entre militares y sociedad civil. Muchos sectores de la población uruguaya temen, con razón, que si los militares retienen en su memoria institucional la justificación de la tortura para casos excepcionales -cualquiera que fueren las circunstancias de excepción-, el estado de derecho y la protección de los derechos humanos se verían debilitados.

Es probable que los uruguayos habrían estado más dispuestos a aceptar leyes de amnistía o clemencia si éstas hubiesen venido acompañadas de un conocimiento público de la verdad acerca del uso de la tortura y del destino último de los desaparecidos.

La campaña por someter a referéndum la Ley 15.848 subraya el hecho de que, para que una medida de clemencia sea ampliamente aceptada, debe ser considerada con pleno conocimiento de los hechos. Aunque la propuesta de revocar la Ley 15.848 fue derrotada en el referéndum, el hecho que el 25 por ciento del electorado haya firmado la petición les indicaba a los militares que abusos como los que cometieron quedan en la conciencia ciudadana por mucho tiempo; esta advertencia puede, hasta cierto punto, haber servido para prevenir futuras violaciones.

III. Conclusión

La experiencia ha demostrado que las situaciones políticas de transición constituyen un área nueva de acción en el campo de los derechos humanos, que presenta complejos aspectos de orden ético, jurídico y práctico. Algunas de las principales dificultades han sido analizadas en las partes I y II.

Para concluir, debe enfatizarse la necesidad de una teoría normativa que se ocupe de las obligaciones de los gobiernos sucesores y de la comunidad internacional, con respecto a las violaciones de derechos humanos cometidas por un gobierno anterior. Tal teoría debería estar basada en normas y estándares internacionales ya existentes, abordar los vacíos de esta normativa, y tomar en cuenta recientes experiencias prácticas en el manejo de este tema.

Además, se debería promover el intercambio internacional de experiencias sobre esta materia y contar para ello con el apoyo de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales. Los gobiernos y las organizaciones no gubernamentales que buscan establecer la verdad, o eregir barreras para prevenir la recurrencia de los abusos, deberían poder recibir asistencia técnica para esta tarea. Esta ayuda sería de especial importancia en las siguientes áreas: investigación y recolección de datos, particularmente en los campos que requieran de conocimientos especializados; el fortalecimiento del sistema legal y judicial y otras instituciones del Estado que son esenciales para la protección de los derechos humanos; la educación en materia de derechos humanos, en términos generales y, en especial, para el entrenamiento de personal de seguridad y de orden.

Las organizaciones nacionales de derechos humanos en países en situación de transición política se han visto involucradas en complejas situaciones, en que los deberes de los Estados entran en aparente conflicto con cuestiones de factibilidad política. A veces estas organizaciones nacionales de derechos humanos han discrepado abiertamente, unas de otras, al debatir estas materias. Las organizaciones internacionales de derechos humanos se han enfrentado con las mismas dificultades, aunque de modo más atenuado. Estos hechos indican que es necesario que tales organizaciones intercambien experiencias y reflexionen sobre su propio rol en los procesos de transición política de años recientes.

Post Scriptum

La conferencia para la cual se preparó este documento tuvo lugar en noviembre de 1988. Tres años después, al momento de traducirse al castellano y adaptarse para la presente publicación, el tema de que trata ha ganado aún más prominencia en distintas latitudes, incluida en forma muy especial Europa Oriental, donde los países que pertenecieran a la llamada órbita socialista afrontan el problema de cómo superar el legado de violaciones de derechos humanos de sus respectivos pasados inmediatos.

En lo que dice a Chile, estos tres años han visto la recuperación de la democracia y, con ella, la adopción y puesta en práctica de una política sobre las violaciones de derechos humanos del pasado. Un examen de este proceso, que aún está en curso de desarrollo, merecería un estudio separado. Sin embargo, es ilustrativo concluir este artículo con un resumen de su contenido y con algunas reflexiones del autor, a quien le tocó participar en la Comisión de Verdad y Reconciliación.

Con la asunción del mando por parte del Presidente Aylwin, el 11 de marzo de 1990, Chile fue el último de los países del Cono Sur que estuvieron gobernados por regímenes militares de similar cuño, que alcanzó la restauración democrática. Esta demora tuvo el efecto, en el tema que nos ocupa, de permitirle a los políticos chilenos tener en cuenta el ejemplo de sus países hermanos y también los cambios ocurridos en los últimos años en otras latitudes.

A diferencia de lo que sucedió en Argentina, en Chile la transición tuvo lugar dentro de reglas del juego en parte impuestas, en parte convenidas, pero en todo caso con unas fuerzas armadas que no sólo no habían sido derrotadas, sino que contaban con un apoyo político considerable, aunque minoritario. A pesar de esas diferencias, el caso argentino fue ilustrativo para el gobierno entrante del Presidente Aylwin: demostró la importancia de llevar a cabo un esfuerzo sistemático por revelar la verdad; reveló también hasta qué punto puede perder autoridad un gobierno que, luego de crear expectativas en materia de justicia por los violaciones de derechos humanos, encuentra después que no puede satisfacerlas.

La transición uruguaya se efectuó en condiciones políticas más similares a las de Chile. Pero el gobierno uruguayo adoptó un camino demasiado cauteloso, absteniéndose no sólo de perseguir la responsabilidad criminal de los culpables, sino también de investigar y dar a conocer la verdad exhaustivamente. La reacción ciudadana frente a esta actitud adoptó la forma de la campaña por el referéndum referida

más arriba, y el resultado final fue que el proceso de reconciliación y de cierre de este capítulo histórico se hizo más difícil y demoroso, tomando buena parte de las energías sociales y políticas de la nación uruguaya durante los primeros años de la recuperada democracia.

El gobierno del Presidente Aylwin adoptó la posición de que los objetivos últimos de una política en esta materia debían ser la reparación del mal causado y la prevención de la repetición de tales hechos (ver más arriba el análisis de estos objetivos, en la Parte II).

Para ese fin, y tomando en cuenta los ejemplos de Argentina y Uruguay, así como, por sobre todo, la realidad chilena, el gobierno de Aylwin consideró que si la verdad y la justicia (en el sentido de perseguir la responsabilidad criminal) recibieran la misma prioridad, el resultado podría ser que ninguna se lograra. Por una parte, la ley de amnistía, de 1978, había sido considerada válida por los tribunales, y las correlaciones políticas en el congreso no hacían posible cambiar la situación por reformas legales o constitucionales. Por otra parte, el temor de que los esfuerzos por revelar la verdad fueran la antesala de un gran número de procesos criminales, habría desatado desde ya una fuerte oposición política y militar en contra de tales esfuerzos.

Dado este análisis, el Presidente Aylwin concluyó que debía darse prioridad a la verdad. Sin perjuicio de ello, se buscaría hacer justicia, a través de perseguir la responsabilidad criminal de los responsables, en la medida de lo posible, al mismo tiempo que se procurarían también otras formas de justicia, como la reivindicación del buen nombre de las víctimas y el pago de indemnizaciones a sus familias.

Para el establecimiento de la verdad, el Presidente Aylwin creó, por decreto de abril de 1990, una Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, formada por ocho personas que representaban un amplio espectro de convicciones políticas. El número par de miembros indicaba implícitamente la confianza de que la Comisión sabría encontrar un consenso. Así sucedió: el informe presentado por la Comisión al Presidente el día 8 de febrero de 1990, fue acordado unánimemente, en todas sus partes.

La Comisión recibió el siguiente mandato: (1) Establecer un cuadro lo más completo posible sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas en Chile o en el extranjero (si estas últimas tienen relación con el Estado de Chile o con la vida política nacional) entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990. (2) Reunir antecedentes que permitan individualizar a sus víctimas y establecer su suerte o paradero. (3) Recomendar las medidas de reparación y reivindicación

que crea de justicia. (4) Recomendar las medidas legales y administrativas que a su juicio deben adoptarse para impedir o prevenir la comisión de hechos semejantes.

El decreto que creó la Comisión declaró que se entenderían por "graves violaciones" las situaciones de detenidos desaparecidos, ejecutados y torturados con resultado de muerte, en que aparezca comprometida la responsabilidad moral del estado por actos de sus agentes o de personas a su servicio, como asimismo los secuestros y los atentados contra la vida de personas cometidos por particulares bajo pretextos políticos. Esta limitación tenía sentido en cuanto estos hechos no habían sido reconocidos oficialmente y en cambio las detenciones y el exilio, entre otras medidas de represión, sí habían sido reconocidos por las autoridades militares (aunque, por cierto, junto con reconocerlas, intentaron justificarlas). Además, tales hechos se encuentran entre las más graves violaciones de derechos humanos.

La tortura también fue una práctica negada por las autoridades del régimen militar y es un crimen particularmente grave. La Comisión de Verdad y Reconciliación dio cuenta de esta práctica, de sus modalidades y extensión, pero no se pronunció sobre las posibles víctimas, caso a caso, por las insuperables dificultades prácticas que ello habría involucrado, sobre todo dado el breve plazo dentro del cual la Comisión debió evacuar su informe.

En cuanto a ciertos crímenes cometidos por grupos o personas de oposición, por motivos o bajo pretextos políticos, aun cuando no puedan ser conceptualizados técnicamente como violación de los derechos humanos, no cabe duda de que transgreden normas y principios internacionalmente reconocidos que son de similar entidad y que cabe englobar, lo mismo que los derechos humanos, dentro de un término genérico más amplio como ser "principios humanitarios". Tales principios humanitarios deben ser respetados no sólo por los que detentan el poder sino también por las fuerzas políticas que buscan acceder al mismo.

Para formular sus detalladas proposiciones sobre reparación y prevención, la Comisión solicitó la opinión de los más variados sectores e instituciones en Chile y de organizaciones internacionales especializadas.

En el espacio de nueve meses, trabajando con el apoyo de una secretaría de 60 personas, dirigidas por un secretario ejecutivo, la Comisión examinó más de 4.000 denuncias individuales, a lo largo del país, escuchando a cada familia que lo solicitó y a innumerables testigos.

Tuvo también acceso a abundante documentación de entidades de gobierno, de archivos judiciales y de organismos de derechos humanos. También recibió la Comisión el testimonio de oficiales en retiro de distintas ramas de las fuerzas armadas y de orden, así como también la declaración de personas ligadas a la DINA o la CNI, los servicios de inteligencia del régimen militar. A través de legaciones diplomáticas chilenas, o bien directamente, se recibió un gran número de testimonios desde el exterior.

Sobre cada uno de estos casos se solicitó la información o comentario de la respectiva rama de las fuerzas armadas o de orden. Aunque la mayoría de estas comunicaciones fueron contestadas formalmente, rara vez aportaron antecedentes que ayudaran a esclarecer las preguntas planteadas.

Unos 3.000 de los casos individuales examinados caían dentro del mandato de la Comisión. De estos, la Comisión declaró a 2.025 víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por agentes del Estado; 90, víctimas fatales de personas que actuaban por motivos o bajo pretextos políticos; y 164, caídos, víctimas de la violencia política. Finalmente, en 614 casos la comisión no pudo alcanzar una convicción plena.

El voluminoso informe de la Comisión contenía demás varios capítulos de contexto histórico y referencias conceptuales y legales. Finalmente, una detallada parte proponía medidas de reparación y prevención. Entre las primeras, una pensión única de reparación a los familiares de los muertos y desaparecidos, otras formas de alivio a sus necesidades e iniciativas para conmemorar los hechos y honrar a las víctimas. Entre las segundas, propuso detalladas reformas legales e institucionales, así como programas educativos en materia de derechos humanos.

El informe de la Comisión fue dado a conocer por el Presidente Aylwin, por radio y televisión. Fue publicado en suplementos de diarios. Versiones completas o resumidas han aparecido en forma de libro y se han difundido ampliamente. Un proyecto de ley conteniendo varias de las proposiciones de la Comisión está siendo considerado por el Congreso Nacional.

El debate sobre el contenido del informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación fue intenso, incluyendo algunas expresiones de áspero rechazo. Sin embargo, ni aun éstas refutaron caso específico alguno ni cuestionaron directa y explícitamente que los hechos narrados efectivamente ocurrieron. De hecho los más variados sectores políticos

declararon aceptar en lo fundamental la verdad sobre los hechos que el informe contiene, aunque algunos disputaron la reseña histórica u otros capítulos de carácter general que en él se contienen.

Aparte de la puesta en práctica de las recomendaciones de la Comisión, hay otros problemas pendientes en lo que concierne al legado de violaciones de derechos humanos del pasado: en la mayoría de los casos de los desaparecidos no se ha podido establecer oficialmente la suerte de la víctima ni el paradero de sus restos (la Comisión llegó a la convicción en conciencia de que todos los desaparecidos cuyos casos examinó fueron muertos por agentes del Estado, quienes dispusieron en secreto de sus restos). Por otra parte, y pese a la liberación de la gran mayoría de los presos políticos a quienes se reconocía generalmente tal carácter al 11 de marzo de 1990, al tiempo de escribir estas notas todavía más de sesenta de ellos permanecen privados de libertad. Finalmente, hay procesos e investigaciones judiciales pendientes en numerosos casos.

Luego de traumas sociales y políticos como los que vivió Chile en tiempos recientes no hay soluciones perfectas ni prontas. Superar las divisiones del pasado, esclarecer la verdad, hacer justicia, introducir medidas tendientes a hacer más difícil la repetición de tales hechos, es un proceso de años, trabajoso, inevitablemente imperfecto. Para los gobernantes y para todos aquellos que se interesan en el bien común el dilema es cómo, en medio de tales dificultades, hacer carne, en la mayor medida posible, los principios a que se aspira. Si se está pendiente sólo de las limitaciones políticas, se corre el riesgo de olvidar los principios y caer en un pragmatismo complaciente. Pero si se descuidan tales limitaciones y se persigue solamente lo que es deseable a la luz de los principios, se corre el riesgo de perderlo todo.

En tales situaciones, quienes actúan en la arena pública deben ser guiados por lo que Max Weber llamó la ética de la responsabilidad, esto es por una búsqueda del cumplimiento de altos objetivos morales del modo y en la medida que mejor sea posible, atendida la realidad y los probables resultados del curso de acción que se siga.