

Encuentro Internacional

sobre

**La impunidad
de los autores
de violaciones graves
a los
derechos humanos**

organizado

por

la Commission nationale consultative des droits de l'homme
y la Comisión Internacional de Juristas

y

bajo los auspicios de Naciones Unidas

—

2 a 5 de noviembre de 1992

Palacio de Naciones Unidas - Ginebra

La CIJ autoriza la libre reproducción de extractos de cualquiera de sus publicaciones, a condición de que se cite claramente su fuente. Quedaría reconocida si se hiciera llegar a la Secretaría General, copia de la publicación que contenga tales extractos.

Secrétaire Général de la CIJ
BP 160 Cointrin
CH - 1216, Genève, Suisse
Tél. (41 22) 788 47 47
Fax (41 22) 788 48 80

© Copyright International Commission of Jurists, 1993

ISBN 92.9037.070.X

Imprimerie ABRAX
21300 DIJON-CHENÔVE — FRANCE

Indice

Prefacio	9
Alocución del Secretario General Adjunto de N.U. para los Derechos Humanos <i>Antoine Blanca</i>	15
Discurso de apertura, Secretario General de la CIJ <i>Adama Dieng</i>	19
Derecho internacional y experiencias nacionales <i>Emmanuel Decaux</i>	27

Tema 1:

Reflexiones históricas y éticas con respecto a los Fundamentos de los Derechos Humanos

Democracia y Estado de Derecho frente al totalitarismo y la barbarie <i>Joaquín Ruiz Giménez</i>	71
Perdón, olvido, venganza, castigo justo, responsabilidad <i>Yogesh Kumar Tyagi</i>	77
Reconciliación, conciliación nacional <i>Philippe Texier</i>	97
Consecuencias de la impunidad sobre la sociedad <i>P. Luis Pérez Aguirre</i>	111

Tema 2:

Individualización y juicio de los violadores de Derechos Humanos

Métodos de individualización e investigación <i>Joan Kakwenzire</i>	129
Los jueces comprometidos con la justicia y el derecho <i>José A. Martín Pallín</i>	139

Comisiones de investigación de violaciones de derechos humanos El caso del Chad, <i>Abakar Mahamat Hassan</i>	147
--	-----

Tema 3:

Las Normas jurídicas

Principios de legalidad y de irretroactividad y el instituto de la prescripción <i>Rodolfo Schurmann</i>	161
Proceso justo o equitativo <i>El Hadji Guissé</i>	173
Amnistía, gracia y toda otra medida similar <i>Carlos Rodríguez Mejía</i>	179

Tema 4:

Legislaciones aplicables, comprendidas las de excepción

Impunidad y derecho internacional <i>Alejandro Artucio</i>	193
Jurisdicciones nacionales y derechos humanos <i>Dalmo De Abreu Dallari</i>	209
Leyes de amnistía y derecho internacional. Un caso concreto <i>Robert K. Goldman</i>	217
Circunstancias atenuantes según el principio de obediencia debida <i>Roland Bersier</i>	233

Tema 5:

Medidas administrativas diferentes a las de orden penal

La depuración <i>Etienne Bloch</i>	249
---	-----

Exilio y asilo político	
<i>Ernest Ametistov</i>	267
Preservación o destrucción de archivos y ficheros	
<i>Hiroko Yamane</i>	275

Tema 6:

Las víctimas

Medidas con respecto a ex-opositores, perseguidos judicialmente por el antiguo régimen	
<i>Petr Uhl</i>	283
Individualización de las víctimas y búsqueda de los desaparecidos	
<i>Walter Albán Peralta</i>	293
Derecho de restitución, compensación y rehabilitación	
<i>Theo van Boven</i>	315
Tratamiento de las víctimas y sus familiares. Rehabilitación, reparación, tratamiento médico	
<i>Alejandro González</i>	337

Informe final

Secretario general de la CNCDH	
<i>Gérard Féllous</i>	353

Llamamiento	367
--------------------------	-----

Lista de participantes	370
------------------------------	-----

Prefacio

La impunidad de los autores de violaciones graves de los derechos humanos tiene una dimensión ética, una política y una jurídica. Cuando tales violaciones son graves y se presentan de manera reiterada, o persistente o masiva, se hace muy difícil la convivencia pacífica entre seres humanos y terminan constituyendo un obstáculo para todo desarrollo democrático.

La historia nos enseña que la impunidad de que han beneficiado este tipo de violadores ha abierto las puertas a las peores conductas y por ellas a los crímenes y violaciones de derechos humanos más horribles.

En función de la importancia y trascendencia actual de la cuestión, la **Comisión Internacional de Juristas (CIJ)** y la **Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)**, decidieron organizar, contando con los **auspicios de las Naciones Unidas**, "Encuentros Internacionales sobre la Impunidad". Este Encuentro del que hoy damos cuenta con la presente publicación, reunió durante cuatro días de intensa labor, a cerca de sesenta expertos de diferentes disciplinas y provenientes de todas las regiones del mundo. Asimismo benefició de la participación de veintiocho representantes de Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y de treinta y ocho representantes diplomáticos acreditados ante Naciones Unidas.

Entre los expertos se encontraban representantes estatales, filósofos, historiadores, magistrados judiciales, abogados, profesores de derecho, militantes de derechos humanos, periodistas y sacerdotes. Si bien la presentación de trabajos sobre los distintos temas del programa destinados a encauzar el debate, estuvo a cargo de los expertos, todos los participantes tomaron parte en él, enriqueciéndolo con sus opiniones y puntos de vista. Las reuniones fueron presididas por el Magistrado francés Sr. Louis Joinet quien lo hizo con tacto y amplitud.

Las principales referencias históricas del fenómeno luego de la caída del nazismo, son sin duda los juicios de Núremberg y de Tokio y en el ámbito nacional, una serie de juicios contra autores de crímenes de guerra o de crímenes contra la humanidad -incluidos ex-colaboradores- que se llevaron a cabo luego de la liberación, en los países que habían sido ocupados durante la Segunda Guerra Mundial.

La evolución política mundial, en el curso de las últimas décadas, se ha caracterizado por el retorno a la democracia en numerosos países de diversas regiones. La caída del Muro de Berlín también introdujo a los países de Europa Oriental en la vía democrática.

El punto común de tales situaciones, es que cada país se plantea siempre la interrogante de qué actitud adoptar con respecto a los responsables políticos del antiguo régimen y a sus agentes represivos, cuando ellos hubieren cometido u ordenado cometer, graves violaciones a los derechos humanos.

Pero el problema de la impunidad se presenta también en sistemas democráticos, particularmente cuando las fuerzas de seguridad no responden totalmente a las autoridades civiles.

El tema de la impunidad se ha convertido hoy día en motivo de preocupación mayor, no solamente para quienes, en tanto que gobernantes, deben adoptar decisiones políticas, sino también para las organizaciones no gubernamentales (ONG), así como para las organizaciones políticas y sociales, en especial aquellas que agrupan a las víctimas y sus familiares.

Numerosos son los que se encuentran a la búsqueda de una reflexión histórica y ética, de una técnica política y jurídica apropiada, de un intercambio de experiencias e informaciones, con el fin de encontrar un camino justo entre lo idealmente deseado y lo prácticamente posible. A este efecto, las exposiciones y debates aportaron elementos de clarificación.

¿Cómo la democracia y el Estado de Derecho deben afrontar el totalitarismo y la barbarie sin perder su esencia? Tanto por razones

éticas como de equidad hacia las víctimas, es difícil admitir la impunidad. Pero es legítimo interrogarse sobre el perdón, la noción de castigo justo, la de responsabilidad personal y del Estado, la necesidad de reconciliación nacional o de conciliación.

La urgencia de abordar la cuestión de la impunidad tiene, a menudo, relación directa con la necesidad de llevar a cabo negociaciones de paz que pongan fin a enfrentamientos armados o a conflictos internos graves.

Al analizar las consecuencias de la impunidad sobre el conjunto de la sociedad, el Encuentro buscó determinar en qué medida con ella se agravia a la justicia y se afecta la igualdad de las personas ante la ley; así como en qué medida la impunidad puede anular la esencial finalidad disuasiva de la ley penal y convertirse involuntariamente en un “estímulo” para reiterar conductas criminales.

Al encarar el tema de la actitud que debe asumir un Estado de Derecho frente a los violadores, se hicieron distinciones entre quienes han participado directamente en violaciones de derechos humanos y quienes han tenido una participación indirecta; entre los altos responsables políticos, civiles o militares, que dan órdenes o instrucciones, y los ejecutores directos. En este ámbito se analizó hasta qué punto está comprometida la responsabilidad de quienes han actuado en cumplimiento de órdenes de sus superiores jerárquicos.

¿Cuáles son las vías para desenmascarar a los antiguos opresores, buscarlos y establecer sus responsabilidades? ¿Es la de los Tribunales de Justicia o la de Comisiones públicas de investigación? En este sentido fueron valiosos los relatos y críticas de diversas experiencias en África y América Latina.

El juzgamiento de los responsables puede encontrar dificultades, especialmente cuando los tribunales están integrados por jueces que han favorecido la impunidad de hecho. Se resaltó la necesidad de que los jueces estén comprometidos con el derecho y la justicia. ¿Debe crearse una jurisdicción con competencia exclusiva? y en tal caso, ¿cómo evitar conferirle un carácter de jurisdicción de excepción? Se

hicieron importantes aportes respecto a los tribunales militares en situaciones de conflicto, como fuentes creadoras de impunidad.

Junto a la impunidad de hecho, consecuencia de un mal funcionamiento de los servicios estatales de justicia y de policía, existe también una impunidad por vía legislativa o administrativa, producida a través de medidas de amnistía. Estas pueden venir antes del juzgamiento, como una forma de conciliación nacional, o de negociaciones entre las partes en conflicto; o luego del juzgamiento y condena.

Durante el encuentro fueron objeto de consideración institutos como la amnistía, la prescripción, el indulto, el perdón, la gracia y otras medidas que implican renunciar a investigar la verdad y a que las conductas sean juzgadas ante un tribunal de justicia. Se vieron las limitaciones que impone el derecho internacional, tanto el consuetudinario como aquel que deriva de tratados sobre derechos humanos, a la posibilidad de los Estados de acordar impunidad a sus agentes y funcionarios.

Se analizó igualmente si puede existir un mecanismo que retarde, de manera significativa, la fecha a partir de la cual correrán los términos de prescripción de la responsabilidad penal, cuando la situación política imperante no permite un funcionamiento independiente de los tribunales de justicia, o la situación es tal que los eventuales denunciadores, o los testigos, correrían serios riesgos para su vida, su integridad o su libertad.

Para algunos participantes, sólo el derecho internacional emergente de tratados puede calificar determinadas conductas como "crímenes contra la humanidad", con las consecuencias que tal calificación implica. Para otros, dicha calificación está también determinada por el derecho internacional consuetudinario.

Fue igualmente interesante la reflexión sobre otros tipos de medidas no judiciales, a aplicar a los violadores, como:

- una política de depuración,
- el exilio forzado o voluntario,

- la utilización o destrucción de los archivos y ficheros del antiguo régimen.

Se examinó la conveniencia de elaborar normas jurídicas internacionales y el establecimiento de mecanismos internacionales destinados a luchar contra la impunidad. Muy particularmente, la creación de una Corte Penal Internacional permanente, encargada de juzgar a los responsables de violaciones graves, cuando éstas tengan lugar de una manera masiva, o sistemática o persistente. Se mencionó y consideró la cuestión de la creación de un Tribunal para la ex-Yugoslavia, con facultades para juzgar a los autores de crímenes de guerra y de infracciones al derecho humanitario.

Se insistió en que toda reflexión sobre estos temas debe tomar en consideración a las víctimas. Una primera categoría está compuesta de ex-opositores o disidentes. ¿Qué posición adoptar con respecto a aquellos que han participado en la lucha armada y que han sido objeto de condenas decididas bajo el antiguo régimen?

De manera general, ¿cómo individualizar a las víctimas y buscar a los desaparecidos y cómo tratar a esas víctimas (y sus familiares)? Se subrayó la necesidad de asegurar y garantizar su rehabilitación, su tratamiento médico, su derecho a reparación moral y material por los perjuicios sufridos. El intercambio de experiencias en diferentes países constituyó un factor de esclarecimiento.

Los "Encuentros Internacionales sobre la Impunidad" aspiraron constituir un foro de discusión que aportara el necesario esclarecimiento sobre un fenómeno que golpea la conciencia de la humanidad. Tal objetivo fue alcanzado y se espera que haya significado un paso positivo que llegue a todas las latitudes para luchar contra la impunidad. Este fue el deseo de todos aquellos y aquellas que participaron en el Encuentro de Ginebra, a quienes agradecemos muy sinceramente por sus eminentes contribuciones. Claramente, ellos y ellas han traducido esta esperanza al formular unánimemente un llamamiento dirigido a la comunidad internacional y a la opinión pública. Este llamamiento se incluye en esta obra, la que se publica en tres idiomas, español, francés e inglés.

Sirva este aporte como contribución útil al estudio que sobre la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos, realizará la Subcomisión de Naciones Unidas sobre Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Igualmente podrá servir de referencia para todos aquellos y aquellas que se interesan en el tema y que han comprendido la necesidad de luchar contra este fenómeno que “gangrena las sociedades”.

Nuestras dos organizaciones tienen la firme convicción de que es imperioso poner término a la impunidad de los violadores de derechos humanos. Por este motivo tomaron la iniciativa de convocar los “Encuentros de Ginebra”.

Ha llegado el momento de pasar de los discursos a la acción a fin de extirpar esta “gangrena”.

Paul Bouchet

Presidente

Commission nationale consultative
des droits de l'homme

Adama Dieng

Secretario General

Comisión Internacional de Juristas

Alocución

Antoine Blanca

Secretario General Adjunto

de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Señoras, Señores,

Al hacer uso de la palabra ante ustedes, en ocasión de estos encuentros internacionales sobre la impunidad, organizados bajo los auspicios de Naciones Unidas, deseo ante todo agradecer a los organizadores de este importante evento el haberme invitado a participar, lo que me permite expresar el interés que, en tanto Secretario General Adjunto para los derechos humanos, dispenso a esta iniciativa y las reflexiones y deliberaciones que engendrará.

Deseo también dar la bienvenida a todos los participantes. Estoy convencido que sus experiencias profesionales y su profundo conocimiento de los temas que alcanzan directa o indirectamente al problema de la impunidad, contribuirán a conferir a estos encuentros una elevada calidad.

El tema que ustedes van a tratar tiene una importancia primordial para la promoción y protección de los derechos humanos. Como toda cuestión referente a estos derechos, la noción de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos posee una naturaleza multidimensional: tiene en efecto incidencias profundas tanto en el plano moral, ético y político como en el plano jurídico. Ello complica sensiblemente la tarea de todos aquellos que desean estudiarla y aplicarla en forma concreta. En este momento me dirijo a ustedes, dirigentes políticos, magistrados, juristas, historiadores, periodistas que, de una u otra manera, están comprometidos en la defensa y promoción de los derechos humanos. Espero por lo tanto que vuestros trabajos sean coronados de éxito y que el Palacio de Naciones signifique para ustedes, durante esta semana, un lugar ideal de reflexión y debates.

El fenómeno de la impunidad es grave y universal. Ha tomado una dimensión preocupante en un número considerable de Estados de muy diversos niveles de desarrollo. Al respecto, una cuestión predominante es la elección de qué actitud adoptar en relación con los que han sido o son los responsables de violaciones graves y menos graves de los derechos humanos.

Si bien esta elección pertenece en principio a la esfera de competencia de las autoridades nacionales, no obstante se reconoce que la comunidad internacional debe velar para que los autores de violaciones a los derechos humanos no queden impunes, dadas las manifiestas consecuencias nefastas que produce la impunidad. En efecto, la práctica de la impunidad representa no sólo un obstáculo serio a todo desarrollo democrático y al mantenimiento de la autoridad de la ley, sino que constituye además y sin duda el factor que más contribuye a perpetuar violaciones graves, entre las cuales las más odiosas son las desapariciones forzadas, la tortura y las ejecuciones extrajudiciales.

Señoras, Señores,

Desde hace varios años, la Organización de las Naciones Unidas se esfuerza por incrementar su papel en la acción contra el fenómeno de la impunidad. En el marco del derecho internacional convencional de los derechos humanos elaborado en el seno de Naciones Unidas desde su creación, son numerosos los instrumentos internacionales que se aplicarían a la práctica de la impunidad. Alcanza con recordar aquí los más importantes como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como también la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Dentro de este contexto, corresponde también mencionar el Proyecto de Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que pronto será sometido a la atención de la Asamblea General para su adopción final*.

Este proyecto de Declaración y los otros instrumentos citados, contienen disposiciones que tienen por finalidad obligar a los Estados que adhieran a que tomen medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otro tipo eficaces, a fin de reducir los efectos nefastos de la impunidad y que aseguren, en particular, una reparación adecuada a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Además de la contribución de Naciones Unidas a la elaboración de normas internacionales susceptibles de aplicación a la impunidad, es necesario recordar los desarrollos



Momento del Encuentro. De izquierda a derecha: Alejandro Artucio, Consejero Jurídico de la CIJ, Adama Dieng, Secretario General de la CIJ, Louis Joinet, Miembro de la Subcomisión de Derechos Humanos de N.U. y Robert Badinter, Presidente del Consejo Constitucional de Francia.

más significativos que han tenido lugar en la Comisión de Derechos Humanos y en la Subcomisión sobre Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. En los informes presentados a la Comisión por los Relatores Especiales por países y por temas y, en particular, los de los relatores especiales sobre la Tortura y sobre las Ejecuciones sumarias y arbitrarias, la cuestión de la impunidad ocupa un lugar destacado como causa primaria de violaciones. El fenómeno de la impunidad ha sido examinado también en varios estudios presentados ante la Subcomisión dentro del marco del punto sobre Administración de la Justicia y los Derechos Humanos.

* Nota: La Declaración fue adoptada por la Asamblea General en diciembre de 1992.

Pienso en especial en el estudio elaborado por el Sr. Joinet sobre El papel de las Leyes de Amnistía en la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, y los informes de los Señores Chernichenko y Treat sobre *Habeas Corpus* y el Derecho a un Proceso Justo. La Subcomisión en su cuadragésimo segundo período de sesiones, por decisión 1991/110, solicitó a dos de sus miembros, los Señores Joinet y Guissé, la elaboración de un documento de trabajo que trate en profundidad la cuestión de la impunidad. Ese documento fue presentado a la Subcomisión en su cuadragésimo tercer período de sesiones en agosto último. Contiene, entre otros, un análisis de los mecanismos jurídicos y de las prácticas que favorecen la impunidad y, propone directivas sobre cuya base se podría organizar la lucha contra la impunidad. Se trata por lo tanto, del comienzo del primer estudio establecido por la Subcomisión, centrado exclusivamente en la cuestión de la impunidad y que seguramente va a contribuir a incrementar los medios a los cuales la comunidad internacional puede hacer referencia para mejor comprender la gravedad del fenómeno de la impunidad y combatirlo.

No se puede terminar esta visión general sin mencionar la contribución del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas en su análisis de la situación en numerosos países donde se producen desapariciones. En efecto, este análisis ha conducido a que el Grupo de Trabajo, en sus informes a la Comisión, concluya que la impunidad es tal vez el factor que más contribuye a las desapariciones forzadas.

Señoras y Señores,

Desearía concluir expresando en primer lugar mi apreciación por los esfuerzos considerables que las organizaciones no gubernamentales han realizado hasta el presente para llevar a la atención de todos las consecuencias nefastas de la impunidad. Quiero aprovechar esta ocasión para expresar la esperanza de que el fenómeno de la impunidad sea un día erradicado y que toda víctima de violación grave de los derechos humanos pueda obtener una reparación adecuada.

Les agradezco la atención.

Discurso de apertura

Adama Dieng

Secretario General

de la Comisión Internacional de Juristas

Señoras y Señores,

En la tarde del 10 de diciembre de 1948, cuando se ponía fin a una de las guerras más cruentas, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración Universal de derechos Humanos “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”. Tres años antes, la Carta de San Francisco traducía los sentimientos de todos los pueblos del mundo frente a las violaciones indescriptibles de los derechos más fundamentales que habían ocurrido en ciertos países durante la Segunda Guerra Mundial, como asimismo en el período que la había inmediatamente precedido. También el respeto de los derechos humanos se ha convertido en uno de los objetivos declarados de la O.N.U. en la forma enunciada en el artículo Primero de la Carta y repetidos en su artículo 55.

Ciertamente, la Organización de Naciones Unidas ha realizado progresos para hacer avanzar el respeto por los derechos humanos. Alcanza con hacer el balance de la acción normativa de la Organización en este tema para confirmarlo. Pero interesa preguntarse sobre el impacto de estas normas, sobre todo y en razón, de que las violaciones a los derechos humanos continúan a gran escala, ya se trate de derechos económicos, sociales y culturales, como de derechos civiles y políticos. No sería exagerado afirmar que ciertos mecanismos enunciados, en virtud de su funcionamiento caracterizado por una lentitud excesiva, se han revelado como contribuyendo a una denegación de justicia para las víctimas, las que se encuentran sin defensa dentro del sistema internacional.

¿Quién habría creído que aún existirían campos de la muerte en la frontera del tercer milenio? ¿Qué iniciativas se han tomado para medir las atrocidades cometidas por los khmers rojos, con la vara de los crímenes contra la humanidad?

Louis Joinet, Presidente del Grupo de Trabajo de la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas sobre Detención arbitraria, acaba de publicar un Informe abrumador sobre las masacres en la ex-Yugoslavia. ¿Cómo se ha podido llegar a ésto? ¿Por qué la comunidad internacional no ha estado lista a utilizar los medios jurídicos para proceder a la persecución de los criminales de la ex-Yugoslavia? ¿Por qué privilegiar las negociaciones políticas? Por lo menos, es de esperar que el punto de vista de mi amigo Olivier Russbach sea desmentido por los hechos cuando afirma: "...para la persecución de los criminales de guerra, que sea en Yugoslavia o en otra parte, poco hay que esperar de una negociación internacional que está sometida a la voluntad cambiante de los Estados, como será el caso de esta nueva Comisión de la O.N.U. Parece ante todo dispuesta a presentar una coartada para no tener que cumplir las obligaciones precisas de juzgamiento que resultan de los Convenios de Ginebra."

Señoras, Señores,

En numerosos países se cometen masacres de miles de civiles inocentes, exterminados por razones raciales, étnicas o políticas. Por otra parte, poblaciones enteras son desplazadas, deportadas o sometidas a tratamientos inhumanos. Todos esos crímenes son cometidos bajo la cobertura de los gobiernos que, a menudo, han ratificado tratados y convenciones que los obligan a respetar los derechos más elementales de la persona humana...

No obstante, ningún procedimiento jurisdiccional se ha emprendido contra ellos y sus crímenes caen en el olvido oficial.

Una impunidad tal hiere el alma y la conciencia de cualquier individuo dotado de un poco de sentido moral, quien encuentra intolerable que, bajo la cobertura de la defensa de los intereses de un Estado o del pretexto de combates llevados a cabo para alcanzar un ideal político, se pueda detener arbitrariamente, torturar, humillar, deportar o asesinar.

Hoy día, una serie de gobiernos democráticos recientemente constituidos, se enfrentan a la cuestión espínosa de qué hacer con los

autores de violaciones graves a los derechos humanos cometidas bajo los regímenes precedentes. A menudo, el compromiso firme de los nuevos dirigentes de perseguir a esos criminales se diluye de manera progresiva en el transcurso del período de transición. Se ha comprobado que numerosos autores de violaciones graves de los derechos humanos escapan de esta forma a la Justicia. La impunidad no contribuye de ninguna forma a reforzar la confianza de la población en el sistema vigente, dado que los responsables continúan en el poder a pesar de los crímenes que han cometido. Además, conviene recordar que en virtud de normas internacionales, la obligación impuesta a los Estados de asegurar el respeto de los derechos humanos comporta implícitamente elementos importantes, como el deber de investigar los hechos y perseguir en justicia a quienes han violado los derechos humanos. En el marco de la Convención contra la Tortura, el deber de perseguir en justicia a los torturadores está explícito.

¿Es necesario juzgar a todas las personas implicadas en cada caso de violaciones de derechos humanos? Según algunos, más allá del hecho que eso es prácticamente imposible, una política tal podría revelarse extremadamente peligrosa para la realización del objetivo de la reconciliación nacional. También es importante tener en cuenta que el objetivo de la persecución en justicia tiende a disuadir la repetición de tales abusos y a afirmar el imperio del derecho, demostrando así que las personas investidas del poder del Estado son, en último análisis, responsables de sus actos.

Existe consenso que parece ponerse de relieve, según el cual una situación de impunidad total -ya resulte de una amnistía, de medidas de clemencia o simplemente de la ineficacia de los tribunales- constituye una violación del derecho internacional.

Señoras, Señores,

No solamente el sentido de la responsabilidad moral y ética de la humanidad no ha sido intensificado en el transcurso de este cuarto de siglo que termina, sino que en muchos ámbitos está a punto de sufrir una dislocación. La integridad moral y la honestidad son

cualidades raras tanto a nivel de los individuos como de las instituciones del Estado.

Confrontados a un ritmo cada vez más acelerado de los hechos e inquietos por sus propias preocupaciones inmediatas, los dirigentes del mundo no parecen haber comprendido la globalidad de los problemas. En lugar de proponer soluciones de conjunto a largo plazo, fundan sus decisiones según la oportunidad del momento. Aun cuando las soluciones a largo plazo no son inmediatamente aplicables, los Estados deberían definir un plan general que constituyera el objetivo a alcanzar. ¿No es ya hora que los dirigentes religiosos y políticos del mundo propongan otra cosa que no sea la fuerza y lo arbitrario para solucionar los conflictos?

De toda evidencia, la puesta en pie de un sistema de derecho internacional dotado de un mecanismo de aplicación es lo único que puede ayudar a resolver considerablemente los conflictos internos e internacionales y evitar las guerras. No se puede seguir considerando ese sistema como un sueño idealista, sino como el único medio viable que nos permitirá evitar la autodestrucción.

Es evidente que para la protección de los derechos humanos no son suficientes las declaraciones y proclamas. La condena pública no alcanza para prevenir las futuras violaciones. La única manera de pasar de la teoría a la práctica consiste en elaborar una suerte de instrumento de “aplicación” para la protección de los derechos humanos. La misma Declaración Universal expresa esta idea en su preámbulo cuando preconiza que los derechos humanos sean “protegidos por un régimen de derecho”.

“Por el imperio del derecho”, tal es la divisa de la Comisión Internacional de Juristas. La Comisión estima que una justicia equitativa no puede expresarse plenamente sino dentro de una comunidad protegida por instituciones jurídicas sólidamente establecidas, servidas por magistrados imparciales y abogados independientes, que sean concientes de sus responsabilidades para con la sociedad. Para alcanzar sus objetivos, la Comisión articula sus actividades alrededor de dos ejes principales:

1. Promover y fortalecer el imperio del derecho en todos sus

aspectos prácticos, ya sean de orden institucional, legislativo o procesal.

2. Movilizar la opinión mundial cuando los principios de justicia son sistemáticamente violados o gravemente amenazados.

Por supuesto que estas dos actividades, indispensables, se complementan.

Es obvio que una democracia ilustrada constituye la mejor garantía para la protección y el respeto de las libertades individuales. Sin embargo, aún en las democracias más avanzadas, puede ocurrir que el poder ejecutivo, la administración o incluso el parlamento abusen de sus poderes. Estos abusos pueden ser fortuitos, cuando no han sido realizados con el fin de adoptar tal o cual ley. Pueden también haber sido previstos pero minimizados en la medida que sólo alcanzan a una parte reducida de la población. Pueden resultar de una apreciación loable, pero errónea de lo que es el "bien común". Pero además, aun en una democracia bien civilizada, puede suceder que los abusos sean consecuencia de consideraciones políticas y uno debe defenderse.

En consecuencia, es forzoso reconocer que, cualquiera sea el grado de democracia alcanzado por un Estado, siempre es necesario disponer de un mecanismo eficaz de protección de los derechos de la persona humana.

En las partes del mundo donde la democracia hace sus primeros pasos, donde no está sólidamente implantada, el problema se plantea de la misma forma, pero en proporciones mucho más importantes. Es mucho más difícil de resolver por la ausencia de una tradición y, en general, de una opinión pública carente de medios para hacerse oír.

Una constitución no es en sí misma más que un elemento; está desprovista de sentido si no puede ser invocada o aplicada. Muchas constituciones que contienen frases pomposas están vacías de substancia porque o no son correctamente interpretadas o son ignoradas. Es allí que es importante contar con un poder judicial valiente e independiente, que se encargue de hacer respetar las disposiciones constitucionales. Con mucha frecuencia se constata la

ineficacia de los textos constitucionales, en razón de la ausencia de un mecanismo apropiado, capaz de imponer al poder ejecutivo e incluso al poder legislativo su sometimiento a las disposiciones de los mismos. Ocurre también que las garantías constitucionales se vuelven ineficaces mediante fórmulas de apariencia inocente tales como "...por el bien común...", "...conforme a derecho...", "...en el interés público".

Es necesario no perder de vista que, si bien el procedimiento judicial es absolutamente esencial para proteger los derechos humanos, no constituye el recurso ideal, sino el último recurso. Es el último recurso cuando un gobierno o un parlamento han abusado de sus poderes o caminan por la cuerda floja, en la frontera entre la legalidad y la ilegalidad. Sería de lejos preferible que los gobiernos adopten la política normal de quedar dentro de los límites del imperio del derecho, en lugar de extender sus poderes más allá de la legalidad. En esta situación, siempre se plantea a los gobiernos un problema de prestigio, cuando deben corregir sus actos en función de un recurso ante los tribunales.

Desde el punto de vista internacional, el imperio del derecho debe parecer una realidad alejada. Si existen objetivos claros en el plano nacional, los gobiernos que se aferran a una concepción desusada de la soberanía tendrán dificultad en aceptar el concepto del imperio del derecho. Pero una opinión pública informada será escuchada por su gobierno si lo coloca, sin equívocos, ante sus responsabilidades de protección internacional de los derechos humanos y su aplicación efectiva por un mecanismo internacional. Pertenece a la opinión pública mantener la llama encendida e indicar la marcha a seguir. Denunciar las violaciones flagrantes de los derechos humanos no es suficiente; es necesario además exigir un mecanismo internacional de aplicación para la protección del imperio del derecho y los derechos humanos.

La cuestión de la impunidad no se limita, ni se debería limitar a las violaciones graves tales como las ejecuciones sumarias, la tortura, las desapariciones, etc. Ella debería incluir las violaciones graves de los derechos económicos, sociales y culturales. Imaginen por un sólo instante, las consecuencias del saqueo de las economías de los países

del Sur, el enriquecimiento fraudulento de los altos responsables del Estado, de la transferencia descarada de capitales del Sur hacia los bancos del Norte y las consecuencias que conllevan particularmente a la violación del derecho a la vida. En varios países, la "idea misma del Estado se corrompe". La sociedad se divide y la sangre de los pobres no llega a producir la más mínima inquietud o remordimiento en la indiferencia de los enriquecidos.

A fuerza de incompetencia, nepotismo, rapiña e incuria, se roba, dilapida, desfalca, encadena, actúan por las noches pelotones de ejecución...Libertad, democracia, estado de derecho: cuántos crímenes a menudo se han cometido en vuestro nombre!

El Estado de Derecho, la Democracia y los Derechos Humanos son nuestros valores positivos comunes. "Estas nociones son valores universales, susceptibles ciertamente de aplicaciones diferenciadas, pero aún así valores universales; forman parte del logro civilizador de los pueblos y se inscriben en el patrimonio común de la humanidad" (René Jean Dupuy).

Señoras y Señores,

"Las libertades fundamentales no son en ningún lugar invulnerables y son por todos lados igualmente preciosas". En un momento en que las más elevadas autoridades intelectuales y morales del mundo entero se interrogan con inquietud sobre el deterioro de la justicia en el mundo, sería interesante recordar este axioma de la Comisión Internacional de Juristas. Este postulado, lamentablemente a menudo verificado por la experiencia, es la base misma de la campaña que lleva adelante después de muchos años para la promoción del imperio del derecho y los derechos humanos. Acción apolítica, acción independiente, acción imparcial, tales son las reglas de conducta esenciales, y además indispensables seguidas por la CIJ y que le han valido una amplia audiencia no solamente en los medios jurídicos de todos los países, sino también en todos los medios internacionales.

No obstante, uno puede preguntarse si ese papel de "desfacedor de entuertos" universales no es una tarea demasiado ambiciosa para una organización no gubernamental relativamente pequeña y con

medios reducidos. Por lo demás, ¿es verdaderamente su papel cuando existen instituciones gubernamentales poderosas y aparentemente mejor ubicadas para hacerlo?

Es precisamente la razón por la cual la CIJ se revela indispensable. Los Estados celosos del mantenimiento absoluto del principio de soberanía nacional, que les deja las manos libres para hacer lo que les plazca y eventualmente llevar a cabo todo tipo de acción, arrestos arbitrarios, detenciones sin juzgamiento, sevicias contra los detenidos, ejecuciones sumarias, etc. lo hacen declarando que eso no debe importarle a nadie. ¿Quién puede elevar la voz, cuando son perpetrados crímenes contra la humanidad y atentados contra la dignidad de la persona humana?, ¿quién puede intentar actuar para ayudar a las víctimas de denegación de justicia, si las autoridades oficiales no pueden o no quieren hacerlo? Es allí que intervienen las organizaciones no gubernamentales como la CIJ, cuya debilidad se convierte entonces en fuerza. No solamente la CIJ puede actuar cuando los representantes gubernamentales son impotentes, sino que debe hacerlo, pues muy a menudo constituye la sola o última oportunidad para aquellos que se encuentran abandonados sin defensa frente a la máquina aplastante y ciega de la razón de Estado.

La CIJ no tiene como única misión la defensa de los oprimidos contra el abuso y la arbitrariedad. Evidentemente, una vida humana no tiene precio y las que la CIJ ha podido salvar son suficientes para justificar su existencia y acción. Pero además ha hecho prueba de imaginación creadora, lo que le ha permitido tener una influencia concreta en las estructuras jurídicas y el pensamiento jurídico de numerosos países y en la vida jurídica internacional.

Señoras, Señores,

Estoy convencido que con vuestra reflexión, análisis crítico e intercambio de experiencias comunes, ustedes aportarán una contribución importante al fortalecimiento del respeto a la dignidad humana.

Derecho internacional y experiencias nacionales

Emmanuel Decaux

Profesor de derecho público
en la Universidad de Paris X, Francia

INTRODUCCION GENERAL

El marco del derecho internacional

La sanción de las violaciones cometidas contra los derechos humanos puede llevarse a cabo mediante la aplicación de normas internas de un Estado, o en virtud de normas internacionales.

Pero, cuando se trata de períodos en los cuales se produce un cambio en el régimen interno -como en el caso de los procesos de democratización de los que somos testigos- el primer problema que se presenta consiste en saber si es posible aplicar normas represivas del régimen depuesto contra sus propios dirigentes y agentes, en tanto esas normas a menudo han sido elaboradas para reprimir los opositores al mismo tiempo que asegurar la impunidad de los responsables de violaciones a los derechos humanos. Por lo tanto, ¿cómo determinar las nuevas incriminaciones sin derogar el principio de la no retroactividad de la ley penal?

Y tratándose de normas internacionales, el planteamiento es ¿cómo combinar los diferentes centros de competencia, a veces concurrente de los Estados, comprendiendo además una competencia universal en materia penal -como en el caso del terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes, asesinatos- con la búsqueda de una verdadera competencia internacional, fundada

sobre la implantación de una jurisdicción internacional, por encima de las naciones, y que sustituya la competencia de las jurisdicciones internas?

¿Cuáles son los criterios jurídicos pero también políticos -con consideraciones de equidad o de oportunidad nacional, aún contradictorios- que es necesario tener en cuenta?

¿Qué normas y qué sanciones es necesario aplicar?

La articulación de estas distintas interrogantes, sobre las normas internas e internacionales como sobre las competencias nacionales e internacionales es particularmente delicada. La presente nota es simplemente un resumen sumario del estado del derecho y las perspectivas que abre.

Normas represivas internas e internacionales

Los grandes textos internacionales codificadores de los derechos humanos han puesto el acento sobre dos nociones complementarias en teoría, pero a menudo contradictorias en la práctica.

Se trata en primer lugar del viejo principio de la no retroactividad de la ley penal, que figura en el artículo 8 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: "La ley sólo puede establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y sólo puede castigarse en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicable." Estas disposiciones inspiradas en la filosofía penal de Beccaria se oponían a la "arbitrariedad" del antiguo régimen.

El mismo principio se encuentra en varias Declaraciones de derechos americanos. Así la Declaración de Virginia de 1776, proclama: IX. Todas las leyes que tengan un efecto retroactivo y hagan punibles delitos cometidos antes de su existencia, serán opresivas; y por lo tanto no deberán establecerse¹.

1 Stéphane Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, Paris, 1988

Este mismo principio es el que encuentra su formulación moderna en el artículo 11(2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

El otro principio es el que se refiere a la protección de los derechos humanos, no solamente con respecto al Estado, sino además frente a los funcionarios públicos o personas privadas que pudieran atentar contra la libertad o la seguridad de terceros. En el plano interno, el derecho penal en general desde hace mucho tiempo, ha puesto en acción una serie de garantías para proteger a la persona, pero en el plano internacional la cuestión es más compleja. ¿Se pueden establecer incriminaciones internacionales que no han sido previstas en el derecho interno?

El artículo 15 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos tiende a encontrar un equilibrio entre esos dos imperativos declarando:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional(...)

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocido por la comunidad internacional.”

Según los trabajos preparatorios, el inciso 2 ha sido evocado desde 1947 para tener en cuenta los procesos que abarcaron los crímenes de guerra. Algunos han sostenido que esta disposición era superflua, dada la referencia al “derecho internacional” que figura en el inciso 1. Este inciso 2 fue difícilmente adoptado por mayoría de un voto en la Comisión de derechos humanos en 1950 y definitivamente incluido en el seno de la tercera Comisión en 1960, por 53 votos afirmativos (entre los cuales Estados Unidos, Francia y la URSS) contra cuatro

votos negativos (Argentina, Brasil, Japón, Líbano) y una veintena de abstenciones (entre otras Canadá, Italia, Reino Unido).²

La responsabilidad penal internacional de la persona

La cuestión de la responsabilidad individual se planteó efectivamente en términos dramáticos ante los horrores de la segunda guerra mundial.

El acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 que determinó el estatuto del Tribunal de Nuremberg, estableció por primera vez la existencia de la responsabilidad penal internacional de las personas a la vez que definió nuevas incriminaciones internacionales, como son los delitos de guerra, los delitos contra la paz y los delitos contra la humanidad.

Si bien los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, considerados como base consuetudinaria, podían servir de fundamento a las incriminaciones de “delitos de guerra” y “delitos contra la paz” juzgadas por el Tribunal de Nuremberg, los “delitos contra la humanidad” escapaban al derecho positivo por su misma monstruosidad. Sin embargo, el preámbulo del Cuarto Convenio de La Haya evocaba una base moral más amplia que la del derecho estricto, recordando que “las poblaciones y los beligerantes están bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, en la forma que resulta de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública”.

De acuerdo con el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg,³ los delitos contra la paz son definidos como el “planear,

2 Marc Bossuyt, “Guide to the” Travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights”, Nijhoff, Dordrecht, 1987.

3 Asamblea General, Doc. A/CN.4/368, Lista de documentos internacionales pertinentes: Acuerdo inter- Aliados del 8 de agosto de 1945 para el Tribunal de Nuremberg y Proclama Americana del 19 de enero de 1946 para el Tribunal de Tokio. Para un balance reciente ver: “The Nuremberg Trial and International Law”, George Ginsburgs y V.N.Kudriavtsev (Ed.), Nijhoff, 1990.

preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos...”

Los delitos de guerra se refieren específicamente a “el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de los prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificadas por las necesidades militares”.

Por último figuran los delitos contra la humanidad, es decir “el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrarse un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.” Las Resoluciones 3(I) de 13 de febrero de 1946 y 95(I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de Naciones Unidas los confirman al expresar: “los principios del derecho internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg y por los fallos de este Tribunal”.

La Asamblea General, por su resolución 177(II) de 21 de noviembre de 1947 encargó a la Comisión de derecho internacional de Naciones Unidas, la misión de preparar un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. La Comisión de derecho internacional basándose en el informe presentado por el relator especial Jean Spiropoulos, formuló la lista de principios y la presentó a la Asamblea General en 1950. Por la resolución 488(V) de 12 de diciembre de 1950, la Asamblea general decidió enviar la formulación a los gobiernos de los Estados Miembros. Estos principios expresan lo siguiente:

Principio I: “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción.”

Principio II: “El hecho que el derecho interno no imponga

pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.”

Principio III: “El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.”

Principio IV: “El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción,”

Principio V: “Toda persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.”

Al año siguiente, en 1951, sobre la base de un nuevo informe del Sr. Jean Spiropoulos, la Comisión de Derecho Internacional preparó un proyecto de código, transmitido a los gobiernos y revisado en 1953. El proyecto se limita a los delitos que contenían un elemento político o que ponían en peligro o perturbaban el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, dejando de lado otras violaciones de derechos humanos condenadas por las convenciones internacionales, como la esclavitud. El proyecto define en su artículo 1º los delitos contra la paz y seguridad de la humanidad como delitos de derecho internacional y precisa que “por los cuales serán castigados los individuos responsables”, luego enumera en el artículo 2 trece categorías de actos que constituyen dichos delitos.⁴ La Asamblea General ante la dificultad para definir el delito de agresión, decidió en su resolución 897(IX) de 4 de diciembre de 1954 suspender los trabajos de la Comisión sobre el proyecto de código.

4 Actividades de las Naciones Unidas en el campo de los derechos humanos, 1986, p.262.

Al mismo tiempo, la Asamblea General en su resolución 260 B (III) de 9 de diciembre de 1948, invitó a la Comisión de derecho internacional a examinar la conveniencia y posibilidad de crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueren de la competencia de ese órgano en virtud de la convención adoptada ese mismo día . Luego de una respuesta positiva de la Comisión, la Asamblea General creó en 1950 y después en 1952, un Comité sobre la jurisdicción penal internacional, sin tomar decisión sobre los estatutos que le fueron presentados.

Recién en 1981 se invitó a la Comisión a proseguir su labor, con la designación del Sr. Doudou Thiam como relator especial.

Paralelamente la codificación sobre responsabilidad internacional de los Estados también contó con interferencias en sus trabajos, con la distinción entre responsabilidad penal del Estado y responsabilidad penal individual. Es así que, a raíz de los informes del Sr. Roberto Ago sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión de derecho internacional aprobó provisoriamente en 1976 el artículo 19 del proyecto que dispone: “un crimen internacional puede resultar, en particular, (...) c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid; ...”

Por otra parte, la Comisión al ampliar la noción de “delito internacional” llegó además a la consideración de que “no todo delito internacional es necesariamente un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad” Se plantea entonces un doble problema de clasificación para completar la lista adoptada en 1954.

Tratándose de crímenes de guerra, los cuatro Convenios de Ginebra (CICR) de 12 de agosto de 1949, han tomado para sí la definición dada por el artículo 6 del estatuto del Tribunal de Nuremberg. Las “infracciones graves” a los Convenios de 1949 han sido asimiladas a los crímenes de guerra. Lo mismo ocurre con el artículo 85 del primer Protocolo Adicional de 1977.

La categoría de crímenes contra la humanidad ha sido también completada y precisada. La resolución 96(I) de 11 de diciembre de 1946 proclama que el genocidio es “un delito de derecho internacional”.

La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948 da autonomía al delito de genocidio: “ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra”, mientras el art. 6 (c) precitado del Estatuto del Tribunal de Nuremberg (Acuerdo de Londres) tomaba en consideración los delitos contra la humanidad cometidos “en relación con él” o “al perpetrarse” un delito contra la paz o un crimen de guerra. El artículo II da una definición:

“En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

Los Estados se comprometen a: “establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio” (artículo V),

“ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares” (artículo IV).

La Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid de 30 de noviembre de 1973 crea una nueva infracción que califica de crimen de lesa humanidad; en el curso de una serie de resoluciones de la Asamblea General que también condenan como crímenes de lesa humanidad, la violación de derechos económicos y políticos de las poblaciones autóctonas (res.2184(XXI) de 12 de diciembre de 1966) y la política de

apartheid (res. 2202(XXI) de 16 de diciembre de 1966, res.37/69 A de 19 de diciembre de 1982, etc).

Otros textos tienden a favorecer la cooperación internacional para la represión de esos delitos. Tal es el caso de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968, y de la resolución 3074(XXVIII) de la Asamblea General de 3 de diciembre de 1973 que se refiere a los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad (adoptada por 94 votos a favor, cero en contra y 29 abstenciones).

Es necesario reconocer no obstante, que todos estos textos no tienen el mismo valor con respecto al derecho positivo. Mientras la convención de 1948 contra el genocidio obliga a un número importante de Estados Partes, la Convención de 1973 contra el apartheid no ha sido ratificada por los países occidentales. Asimismo, la Convención de 1968 sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra sólo obliga actualmente a una treintena de Estados.

La competencia del Estado en materia de represión

Tratándose de violaciones de derechos humanos, específicamente prohibidas en los convenios internacionales -fuera de toda cuestión de calificación como "crimen internacional"- la acción represiva mantiene el carácter de ser monopolio de los Estados. En virtud de los convenios internacionales, los Estados deben adaptar a ellos sus marcos jurídicos.

La Convención de 1948 contra el genocidio dispone por ejemplo que: "Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III" (artículo V).

De todos modos, la Convención en su artículo VI deja la puerta abierta a una evolución del derecho internacional, en función de los trabajos emprendidos por la Comisión de derecho internacional: “Las personas acusadas de genocidio (...) serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

Lo mismo se establece en la Convención de 1973 sobre el apartheid, cuyo artículo V dispone que:

“Las personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción.”

Como se sabe, esta jurisdicción internacional -ya se designe “corte criminal internacional” o “tribunal penal internacional”- hasta hoy día no ha sido aún instituída.

A fortiori, la competencia se mantiene nacional, dado que la violación como tal, por grave que ella pueda ser, no es calificada como “crimen internacional”. Así, según el artículo 4 de la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984:

“Todo Estado velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal (...)”.

El artículo 5 enumera las hipótesis de ejercicio de la competencia nacional, ya sea territorial o personal:

“Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

- a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

- b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
- c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.”

Esta pluralidad de competencias represivas permite evitar las consecuencias de una reticencia nacional a realizar los procedimientos incriminatorios correspondientes, al poner en acción el principio de “extraditar o castigar”. Pero se trata tan sólo de sustituir una jurisdicción nacional a otra, pero no de establecer una verdadera jurisdicción penal internacional.

Fuera del antecedente constituido por los juicios de Nuremberg y de Tokio a los criminales de guerra alemanes y japoneses, la ausencia de un tribunal penal internacional ha dejado subsistir el principio de la represión nacional. Como ha sido el caso para una serie de procesos, como el asunto Eichmann juzgado en 1961 por un tribunal israelí.

De esta forma, la Corte de Casación francesa dictaminó en 1982 que “si bien el estatuto del Tribunal internacional de Nuremberg prevé la competencia de esta jurisdicción en la materia, ella no excluye la del país donde fueron cometidos los crímenes, los cuales, de acuerdo a los términos del artículo 3 de la resolución de las Naciones Unidas de 13 de abril de 1946, expresamente mencionada por la Ley de 26 de diciembre de 1964, pueden ser juzgados y castigados, de conformidad a las leyes de este país.” Y en el caso Barbi, la Corte de Apelaciones de Lyon estimó que los delitos en causa “no son solamente de la competencia del derecho penal interno francés, sino además de un orden sancionatorio internacional para el cual la noción de fronteras y normas de extradición que resultan son fundamentalmente ajenas”.⁵

5 Asunto Legay, “Bulletin de la Cour de cassation”, 1982, p.629, Cf. también el asunto Barbi, “Les arrêts de la Cour de cassation” del 6 de febrero de 1975, del 20 de diciembre de 1985 y del 3 de junio de 1988. Por el asunto Touvier, Cf. “L’analyse critique de Roger Pinto, Journal du droit international, 1992, p.607.

Más recientemente, la ley americana previó una competencia represiva más allá de las fronteras del Estado acompañada de medidas de ejecución extraterritoriales, específicamente en materia de juzgamiento de actos terroristas o de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes, no sin suscitar numerosos debates.⁶ Así en virtud de una ley sancionada el 12 de marzo de 1992, las víctimas de torturas cometidas en el extranjero pueden perseguir en vía civil ante los tribunales americanos, a los autores extranjeros de torturas o asesinatos. Por ejemplo, en el caso Alvarez, la Corte Suprema americana respaldó el secuestro de un médico mejicano que se declaró culpable de torturas contra un agente federal de la lucha contra los estupefacientes. El argumento de la mayoría de la Corte Suprema consistió en decir que el tratado de extradición no excluía explícitamente el secuestro de personas sospechosas, dejando así un margen de laguna legal a la administración americana. Esto suscitó una serie de protestas diplomáticas de Estados vinculados por acuerdos similares con los Estados Unidos.

Los trabajos en curso de la Comisión de derecho internacional de N.U. sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad

El relator especial Doudou Thiam presentó su décimo informe a la Comisión de derecho internacional durante su último período de sesiones, en 1992. En esta ocasión, la Comisión constituyó un “grupo de Trabajo sobre el establecimiento de una jurisdicción penal internacional” el que ha elaborado un informe de fecha 6 de julio de 1992.

6 Cf. particularmente el debate hecho por Andréas Lowenfeld, “US Law Enforcement Abroad: the Constitution and International Law”, *American Journal of International Law*, 1989: p. 880; 1990: p.444 y p. 712; 1991: p.655. Y Geoff Gilbert “Aspects of Extradition Law”, Nijhoff, 1991.

La Asamblea general en su resolución 46/54 de 9 de diciembre de 1991, invitó a la Comisión a que “siguiera examinando y analizando (...)la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional internacional”.

Dentro de la línea de la competencia posible prevista por la Convención de 1948 contra el genocidio y la Convención de 1973 contra el apartheid, el relator especial propone establecer la competencia *ratione materiae* del tribunal mediante la siguiente fórmula:

“1. Todo Estado Parte en el presente estatuto reconocerá la competencia exclusiva y obligatoria del tribunal respecto de los crímenes siguientes:

- el genocidio,
- las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos,
- el apartheid,
- el tráfico internacional ilícito de estupefacientes,
- la captura de aeronaves, el secuestro de diplomáticos o el de personas que gocen de protección internacional.

2. El tribunal no podrá conocer de ningún crimen que no se encuentre enumerado *supra* a menos que le atribuya competencia un Estado o que lo hagan los Estados en cuyo territorio se presume que se cometieron los delitos o que le atribuye competencia el Estado que ha sido víctima del crimen o del que sean nacionales las víctimas.”⁷

La competencia exclusiva, prevista en el primer inciso, para los “crímenes más graves” se funda en una lista limitativa. El relator especial invita a la Comisión a una “prudencia necesaria” para

7 Doc. A/CN.4/442. Y para el Grupo de Trabajo: Doc. A/CN.4/L.471.

vencer las reticencias de los Estados. En este sentido, la lista deja de lado los elementos más controvertidos que las resoluciones de la Asamblea General pudo adoptar en los años setenta. La competencia facultativa del segundo inciso introduce una cierta flexibilidad para los demás crímenes.

Este elemento nuevo modifica considerablemente el enfoque del proyecto de código en la forma que había sido adoptado en primera lectura en 1991, con un artículo 8 consagrado a la “obligación de juzgar o de conceder la extradición”, sin prejuzgar “la creación y la competencia de un tribunal penal internacional”⁸

Lo mismo ocurre con la Parte II del proyecto que establece una serie de definiciones de “crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, enumerando los siguientes: agresión (artículo 15), amenaza de agresión (artículo 16), intervención (artículo 17), dominación colonial y otras formas de dominación extranjera (artículo 18), genocidio (artículo 19), apartheid (artículo 20), violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos (artículo 21), crímenes de guerra excepcionalmente graves (artículo 22), reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios (artículo 23), terrorismo internacional (artículo 24), tráfico ilícito de estupefacientes (artículo 25), y daños intencionales y graves al medio ambiente (artículo 26).

Sobre las doce incriminaciones, el décimo informe sólo retiene cuatro de competencia exclusiva del tribunal, agregando algunos aspectos del terrorismo que han sido objeto de convenciones internacionales. Al lado de los crímenes ya codificados, como el genocidio, el apartheid y el tráfico ilícito de estupefacientes, el

8 Doc. A/CN.4/L.459 y Anexo 1. Para los debates en la 6º Comisión, Doc.A/CN.4/L.469. A comparar desde el punto de vista doctrinal con Cherif Bassiouni, “A draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal”, Nijhoff, 1987.

“núcleo duro” de la competencia deja lugar a las “violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos”. El artículo 21 del proyecto de código, adoptado en primera lectura define una violación sistemática o masiva de derechos humanos como: “cualquiera de las siguientes violaciones de los derechos humanos:

- asesinato;
- tortura;
- establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso;
- persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales de una manera sistemática o masiva; o
- deportación o traslado forzoso de poblaciones...”

Por su parte, el informe del grupo de trabajo establecido por la CDI en 1992 adoptó una postura prudente y legalista, al preconizar que el tribunal penal internacional “o cualquier otro mecanismo jurisdiccional” fuera creado por un tratado. Asimismo “la competencia del tribunal debería extenderse a determinados tratados internacionales vigentes por los que se definen crímenes de carácter internacional. Entre éstos debería figurar el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (a reserva de su aprobación y entrada en vigor) pero sin limitarse a este código”. El grupo de trabajo no ha resuelto la cuestión de si determinados crímenes definidos en el Código deben ser de competencia exclusiva de la jurisdicción penal internacional. Por último, “cualquiera fuera la estructura exacta del tribunal o de otro mecanismo, ella debe garantizar un procedimiento regular, independiente e imparcial”.

Sin prejuizar el futuro de la codificación en esta materia, los informes del Sr. Thiam marcan una evolución sintomática superando la antigua noción tripartita de Nuremberg: de un lado la noción sintética de “crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, además ha sido consagrada la idea de que las “violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos” pueden constituir “crímenes internacionales”. Así las violaciones de los derechos

humanos no son más solamente de resorte de la competencia nacional del Estado, protegido detrás del principio de no ingerencia del artículo 2 inciso 7 de la Carta. Aparece un principio de subsidiaridad en materia de incriminación de violaciones de derechos humanos: este puede ser el caso de un Estado dentro de su ordenamiento interno, en la medida en que es el encargado, en primer lugar, de garantizar la libertad y seguridad de las personas dentro de su jurisdicción. Pero en caso de incumplimiento o de responsabilidad del Estado, los *compromisos internacionales* por él asumidos constituyen una garantía colectiva.

Actualmente los avances del derecho han sido en una sola dirección, con el desarrollo del marco normativo de protección de los derechos humanos. La represión ha sido confiada a los Estados sobre la base de su competencia territorial o personal, o aun de una competencia univeral. El interés de los proyectos en curso es que van más allá de esta pluralidad de competencias horizontales, para alcanzar en materia penal una competencia vertical, propiamente internacional. Mientras no se den esos desarrollos, la represión de las violaciones a los derechos humanos es de competencia de los Estados.

En una presentación general como ésta, no es posible hacer un análisis sistemático de las legislaciones nacionales y sus aplicaciones prácticas, pero ciertas tendencias pueden servir de ilustración para la problemática de este encuentro. Una presentación de este tipo no podría alcanzar la exhaustividad sin correr el riesgo de generalización abusiva o de crítica selectiva. Sin duda las perspectivas son incompletas: en ciertos casos la información disponible permite el privilegio de dar ejemplos concretos y detallados, frente a otras situaciones que no son tratadas aquí y por lo tanto no se plantea la cuestión de la impunidad.

Siendo necesario evitar sobre todo el fraccionamiento, para mayor esclarecimiento, conviene proceder a una visión regional, aunque somera.

PRIMERA PARTE

La situación en América Latina

Los ejemplos de transición democrática en América Latina están caracterizados por una fuerte impunidad, aun cuando las fuerzas del orden a menudo han practicado la tortura y las ejecuciones sumarias de manera sistemática. El mantenimiento en sus cargos de los responsables militares que han aceptado el pasaje gubernamental del poder a los civiles, en nombre de la "reconciliación nacional", tiene un carácter muy ambiguo. Este compromiso traduce más la debilidad de los nuevos regímenes democráticos que la voluntad de construir un verdadero Estado de derecho, fundado en una justicia respetada. Además la tolerancia con respecto a las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado, no creó un clima propicio a una atenuación de las prácticas, en el seno de las entidades intocables que constituyen un estado dentro del Estado, como las fuerzas armadas o la policía. El desarrollo de una vida democrática se encuentra de este modo hipotecada por un compromiso débil. Pero, cuestionar ese compromiso durante un período delicado de transición ¿no correría el riesgo de reacción de las fuerzas armadas que se sintieran acorraladas? El peso del pasado, de acuerdo a la duración de la dictadura y la gravedad de la represión debe también ser tenido en cuenta en cada caso.

1 - Argentina

Luego de 1983, el Presidente Alfonsín ha hecho juzgar y condenar a los responsables de la dictadura militar (1976 a 1983). El 15 de diciembre de 1983, creó una comisión nacional sobre la desaparición de personas, bajo la presidencia de Ernesto Sábató, la que al final de sus trabajos en setiembre de 1984 elaboró un informe de unas 500 páginas que tituló "Nunca Más" (Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas -CONADEP)

Posteriormente, el Presidente Alfonsín hizo aprobar el 24 de diciembre de 1986 una ley de "punto final" que impidió a partir de cierta fecha la iniciación de nuevos procesos contra militares y policías; y en junio de 1987 una ley de "obediencia debida" que dejó

libre de todo procesamiento al personal subalterno de las fuerzas armadas y de la policía.

La ley de “punto final” tendió a acelerar los procesos en curso y a fijar un límite de 60 días para la recepción de nuevas denuncias por delitos contra derechos humanos cometidos durante el “proceso”, a fin de evitar que se plantearan sospechas interminables contra los militares. A raíz de enmiendas senatoriales, los civiles que colaboraron con las fuerzas armadas fueron incluidos en las disposiciones, quedando excluidas de la extinción las acciones penales en casos referentes a secuestros de menores. El objetivo del Presidente Alfonsín, a pesar de una movilización de la izquierda contra el proyecto de ley, fue “asociar los militares a la democracia” y “reconciliarlos con la nación argentina”.

La segunda ley fue todavía más controvertida. Por ella se fija una presunción absoluta de “no culpabilidad” para el personal de tropa y los oficiales subalternos hasta el grado de teniente coronel, “que hubieren actuado en virtud de obediencia debida”. La misma presunción se extendió a los oficiales superiores, salvo prueba en contrario presentada dentro de los 30 días. El artículo primero de la ley *precisa que las personas alcanzadas no eran punibles porque habían actuado “en virtud de la obediencia debida”, “en estado de coerción y bajo subordinación a la autoridad superior o en cumplimiento de órdenes, sin posibilidad de control, de oposición o de resistencia en cuanto a su oportunidad o a su legitimidad”*. Si bien se comprende la decisión de dar vuelta la página por una amplia amnistía-una vez que los principales responsables fueron procesados-uno se interroga sobre la argumentación jurídica de la ley y su conformidad con los principios del derecho humanitario.

La ley por lo tanto interrumpió los procesos en curso. En esa oportunidad se planteó la inconstitucionalidad de la ley que desposeía al juez interviniente de su facultad de apreciación de los hechos, pero la Suprema Corte de Justicia proclamó el 22 de junio de 1987, por mayoría de tres contra dos, la constitucionalidad de la ley. Uno de los jueces en minoría consideró que la ley traducía la voluntad del legislador de amnistiar los actos “sin legitimarlos o justificarlos”,

mientras el otro juez estimó que “la generalidad de la amnistía está ligada a las características de los hechos amnistiados y no a las cualidades personales, como el grado de las personas amnistiadas”. Entre los oficiales que se beneficiaron con esta ley figura el teniente de navío Astiz.

El Presidente Menen indultó en 1989 y en diciembre de 1990 a los últimos responsables de la dictadura. En esa ocasión, su predecesor, el Presidente Alfonsín, calificó la decisión de error y de “marcha atrás”. Las declaraciones públicas hechas por los ex generales Videla (condenado a perpetuidad por violación a los derechos humanos) y Viola (condenado a dieciseis años de penitenciaría) que reivindicaban la acción de las fuerzas armadas por haber “vencido a la subversión” durante la dictadura y reclamaban para sí un gesto de “reparación”, hizo reabrir un debate que el indulto había buscado hacer olvidar como “última contribución a la pacificación nacional”. Los militares que participaron en el movimiento “carapintadas” del 4 de diciembre de 1990, también fueron indultados.

Estas dificultades marcan toda la ambigüedad de un proceso donde la amnistía, reclamada por los dirigentes militares en nombre del “espíritu de cuerpo”, no traduce una voluntad legítima de reconciliación sino la sed de rehabilitación de los oficiales depuestos. El 29 de mayo de 1990, en ocasión del día de las fuerzas armadas, el entonces jefe del estado mayor del ejército declaraba: “el indulto presidencial de los jefes militares contribuirá a la pacificación y será un reconocimiento a la acción llevada a cabo por las fuerzas armadas para derrotar a la subversión”.

2 - Brasil

El retorno a un régimen civil recién se logró con la elección presidencial de 1985; si bien el restablecimiento gradual de las libertades comenzó en 1978, cuando se derogó el acto constitucional N° 5 que servía de base a los poderes de excepción. Al mismo tiempo, una Ley de amnistía promulgada el 28 de agosto de 1979, permitió a los responsables militares cubrir con el olvido los actos cometidos durante los peores años de la dictadura. De este modo, en

el caso brasileño, la auto amnistía precedió y condicionó la democracia.

3 - Uruguay

El Presidente Sanguinetti que sucedió a los militares el 1º de marzo de 1985, hizo aprobar el 22 de diciembre de 1986 una “Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado”, que amnistió los actos de represión cometidos por responsables militares y policías durante la dictadura (1973 - 1985). Esta ley, que pretendía significar la clausura del proceso de transición hacia la democracia, se enmarcó en la línea de los “acuerdos del Club Naval” firmados en 1984 por algunos partidos políticos con las autoridades militares, que estipulaban la transferencia negociada del poder a los civiles, como contrapartida de la renuncia a eventuales acciones penales contra los responsables de las fuerzas armadas.

Esta amnistía fue posterior a la acordada en 1985 a los ex guerrilleros Tupamaros que habían sido perseguidos y condenados por los militares. Según el artículo primero de la ley:

“Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984, y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policías, equiparados y asimilados, por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.”

Por todo proceso se establece que, el juez interviniente en las denuncias requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de 30 días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1º de la ley. Si la respuesta fuere afirmativa, el juez dispondrá la clausura y archivo de los antecedentes. En el caso de actuaciones relativas a personas desaparecidas y a menores secuestrados, se establece que

será el mismo Poder Ejecutivo el que procederá a efectuar una investigación "destinada al esclarecimiento de estos hechos" dentro de los 120 días.

El 16 de abril de 1989, por medio de un referéndum promovido a iniciativa popular, se intentó derogar la ley de amnistía de 1986, pero el resultado fue que una mayoría del 60% de los electores prefirió olvidar el pasado antes que poner en peligro la permanencia de las instituciones democráticas aún débiles. Pero corresponde destacar que, los electores de Montevideo por amplia mayoría se pronunciaron contra la ley de amnistía.

Posteriormente no se ha planteado el debate sobre la impunidad. Luego de las elecciones de 1989, el nuevo Presidente de la República, del partido blanco, ha continuado la obra de reconciliación nacional de su predecesor del partido colorado, consolidando la supremacía del poder civil.

4 - Paraguay

El proceso de transición hacia la democracia comenzada el 3 de febrero de 1989, luego del golpe de estado del General Rodríguez que puso fin a la dictadura del General Stroessner, no ha estado acompañado de decisiones tendientes a castigar las violaciones graves a los derechos humanos cometidas durante el régimen precedente. Los autores de crímenes cometidos durante la dictadura, por el momento, gozan de impunidad total, como por ejemplo el General Stroessner exilado en Brasil o el General Duarte Vera que continúa como Embajador de Paraguay en Bolivia.

Sin embargo, los familiares de las víctimas han iniciado una veintena de procesos por torturas, de los cuales sólo en un caso se dictó sentencia y está en la etapa de apelación. Una cantidad innumerable de casos no han sido demandados en justicia, algunos cuestionan la gran corrupción que reina aún hoy a nivel de la magistratura, en tanto los abogados de los ex dignatarios multiplican las argucias jurídicas y maniobras de dilación que disuaden a las familias aun más temerarias de las víctimas. Los abogados invocan particularmente los plazos de prescripción legal contra las demandas

judiciales por violaciones perpetradas en los años sesenta o setenta, pero el fiscal general ha declarado que esos plazos de prescripción no se aplican a las violaciones de derechos humanos cometidas por miembros del gobierno precedente, que gozaron de privilegios particulares hasta el derrocamiento del régimen en 1989.

La perspectiva de elecciones presidenciales de 1993 plantea nuevamente el tema de la amnistía que no había sido planteado desde 1989. Uno de los candidatos del partido colorado, el Sr. Wasmosy, deseoso de conciliar las fuerzas del antiguo régimen en el seno de las fuerzas armadas o en la industria, anunció que una vez electo se empeñará en hacer adoptar una ley de “punto final”, expresando ¿”Por qué excavar los hechos del pasado? Yo prefiero dar vuelta la página y mirar el futuro con optimismo”. Otros dirigentes han rechazado esta “aberración jurídica” que “legitimaría los robos, fraudes y torturas cometidos por los ladrones y policías de la tiranía stroessnista”. Uno de los candidatos independientes considera que, “para cicatrizar las heridas hay que hacer justicia”.

Los compromisos de los dirigentes con el antiguo régimen son aún muy fuertes para que el debate pueda ser claramente planteado a la hora actual, tanto sobre el plano de los principios como de la aplicación de la justicia en materia de derechos humanos. No obstante, según el último informe de Amnistía Internacional, un magistrado de un tribunal penal ha ordenado la detención del ex presidente Stroessner bajo la inculpación de responsabilidad moral en la muerte de una víctima de torturas en 1974. Ante la negativa del general a comparecer, el juez lo ha inculcado de ultraje a un magistrado, en agosto de 1992.

5 - Chile

En abril de 1978, el régimen militar había adoptado una ley de amnistía para los autores de crímenes y delitos cometidos a partir del golpe de estado de 1973. El gobierno del presidente Aylwin al llegar al poder en 1990, no cuestionó esta ley de amnistía.

Por un decreto supremo de 25 de abril de 1990, se creó en mayo de

ese año una “Comisión de verdad y reconciliación”, con el cometido de esclarecer los casos más graves de violaciones de derechos humanos, pero sin tener facultades jurisdiccionales ni poderes para pronunciarse sobre las responsabilidades individuales. Pero la Comisión tenía la tarea de “recomendar medidas justas de reparación” y de “recomendar medidas jurídicas a adoptar para impedir o prevenir nuevas infracciones”. Como lo dispone el decreto de creación de la Comisión: “Únicamente sobre la base de la verdad será posible satisfacer las exigencias fundamentales de justicia y crear las condiciones indispensables para una verdadera reconciliación nacional”. El informe de 2000 páginas ha sido presentado en febrero de 1991. Una síntesis del informe fue difundida bajo el título “Para creer en Chile”, a iniciativa de una “campaña nacional de educación por la verdad y los derechos humanos” promovida por la Comisión Chilena de Derechos Humanos, el Centro IDEAS y el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Algunos casos han podido perseguirse en justicia, ya sea porque tuvieron lugar en el extranjero como fue el asunto Letelier, o porque se referían a hechos posteriores a la amnistía de 1978. Fue lo que ocurrió con el ex director de la DINA y su adjunto que fueron detenidos en setiembre de 1991 por su implicancia en el asesinato de Letelier.

Por último, una ley promulgada el 31 de enero de 1992 creó la “Corporación nacional de reparación y reconciliación” por el término de dos años, siguiendo los lineamientos de las recomendaciones del informe, con el fin de estimular y coordinar la reparación moral y material (pensiones, asistencia en materia de educación y salud) destinada a las víctimas y a sus familiares.

6 - El Salvador

El Secretario General de Naciones Unidas, teniendo en cuenta las experiencias de las comisiones nacionales en Argentina y Chile y los acuerdos de paz que se mencionarán, creó en El Salvador un modelo de comisión independiente de investigación.

En el acuerdo de México de abril de 1991 entre el gobierno y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, culminado en los acuerdos de paz del 16 de enero de 1992, se previó la creación de una "Comisión de la verdad" de tres miembros -entre ellos el Profesor Thomas Buerghenthal, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- nombrados por el Secretario General de Naciones Unidas, con el cometido de investigar "los actos de violencia más graves" ocurridos después de 1980, como el asesinato de Monseñor Romero. Esta Comisión fue oficialmente instalada en el país el 14 de julio de 1992 disponiendo de seis meses para elaborar su informe.

SEGUNDA PARTE

La situación en Africa

Los procesos actuales en vías de democratización en ciertos países africanos han dado lugar, en algunos casos, a alternancias políticas. El problema de qué actitud adoptar con respecto a los ex dirigentes se ha planteado a los nuevos equipos en el poder. La cuestión es tanto más sensible por cuanto varios dirigentes han sido declarados culpables de graves crímenes y delitos, tanto en materia económica como en la esfera de los derechos humanos.

En general, la preocupación por favorecer la "reconciliación nacional" ante los avances de la democracia ha primado sobre otras consideraciones. Esta voluntad de serenidad política se explica también por un rechazo sistemático a cuestionar los ex regímenes, en la medida en que una buena parte de los responsables actuales surgieron de ellos. Son muy puntuales los procesos iniciados para sancionar los actos de antiguos responsables.

1 - Guinea

Luego del cambio político ocurrido en abril de 1984, la opción elegida ha sido evitar cuidadosamente toda persecución a los máximos responsables del régimen de Sékou Touré. Este comportamiento de apaciguamiento está tan implantado, que no se ha

alterado ni siquiera frente a la represión sobrevénida cuando el golpe de estado de 1985.

Las autoridades no sólo rechazan las reivindicaciones de ciertos partidos de oposición en el seno de la Conferencia nacional, tendientes al enjuiciamiento del régimen; sino que buscan no avivar las frustraciones políticas o étnicas suscitadas por el antiguo régimen, y llegan incluso a designar como Ministro del Interior al ex responsable de la policía de Sékou Touré.

2 - Benín

La situación en Benín brinda un ejemplo particularmente interesante como primera transición política exitosa en África negra. La Conferencia de fuerzas vivas de la nación, reunida en febrero de 1990, permitió en efecto solucionar en diez días el pasaje sin violencia, de una dictadura marxista-leninista a una democracia pluralista.

El régimen precedente, para tener una posición más favorable en una evolución que juzgaba inevitable, adoptó una serie de medidas de apaciguamiento antes de la conferencia nacional:

- una amnistía nacional que permitió el regreso de los exiliados,
- la constitución de una comisión de derechos humanos cuya independencia se garantizó por la vía legislativa,
- la creación de una comisión de verificación de bienes de los dignatarios del régimen.

La Conferencia nacional ha ampliado estas medidas con una nueva ley de amnistía, la creación de una nueva comisión de verificación de bienes, un decreto que ordena la restitución de bienes ilegítimamente confiscados, un decreto de reintegración de personal militar víctima del antiguo régimen.

Este proceso implícito del antiguo régimen, estuvo marcado por una inquietud de compromiso sobre una ley de inmunidad personal que abarcara todos los actos cometidos por el Presidente Kérékou, desde su toma de poder en 1972 hasta el fin del período de transición. Esta

ley fue votada el 12 de abril de 1991, luego de las elecciones presidenciales que significaron la derrota del ex presidente. Además del cambio político, es necesario constatar que la política de “moralización de la vida pública” ha progresado aunque se hace lentamente.

Los trabajos de la Comisión de verificación de bienes de dignatarios del antiguo régimen no salieron adelante, en razón de que los procedimientos a una decena de personas inculpadas se hicieron sobre la base de investigaciones practicadas por el antiguo régimen. Los inculpados son particularmente dos oficiales de la guardia pretoriana acusados de tráfico de drogas y un ex ministro del interior.

El único proceso que ha tenido lugar es el de M. Cissé, “marabout” del ex presidente y sus cómplices, entre ellos dos ex ministros, que fueron juzgados por el Tribunal Penal de Cotonou por malversación de fondos. Fue condenado a 10 años de penitenciaría. Este primer proceso ha hecho conocer por primera vez, los mecanismos de pillaje organizado del país por una serie de responsables del antiguo régimen; adquiriendo así un valor pedagógico al mostrar que los detentadores del poder son responsables por la gestión que hagan de los asuntos públicos.

Según el último informe de Amnistía Internacional, “la inmunidad acordada al ex presidente Kérékou ha levantado vivas protestas, dados los numerosos casos de tortura y asesinatos de prisioneros ocurridos cuando éste dirigía el país”. Pero el informe señala también que dos altos responsables de los servicios de seguridad han sido detenidos en el mes de agosto y procesados por asesinato, malversación de fondos y actos de tortura, como consecuencia de la denuncia hecha por un ex prisionero con respecto al deceso de uno de sus compañeros de detención en 1984.

3 - Mali

El presidente Moussa Traoré, que detentaba el poder desde hacía 23 años, fue derrocado por las fuerzas armadas en marzo de 1991,

luego de grandes manifestaciones populares en favor de la democracia, que en un principio fueron reprimidas sangrientamente. El imperativo de la reconciliación nacional allí también es prioritario. El ex presidente Moussa Traoré y su ministro del interior fueron objeto de un proceso público por corrupción y complicidad de asesinato en la masacre de manifestantes de marzo de 1991, el que aún está en curso. La acusación de "crimen de sangre" ha motivado el planteamiento de acciones ante la justicia contra una serie de ex altos responsables, al mismo tiempo que marca una voluntad de lavado de imagen de las fuerzas armadas, como lo testimonia la inmunidad "total y personal" acordada en setiembre de 1992 al general Touré que había dirigido el gobierno del "Comité de transición por la salvación popular", en ocasión del derrocamiento del Presidente Traoré.

4 - Congo

La Conferencia nacional, convocada en febrero de 1991 analizó el tema del futuro del país y el de las violaciones de derechos humanos, censando 3000 asesinatos políticos desde 1960, entre los que está el del Arzobispo de Brazzaville en 1977.

A solicitud del Presidente Sassou Nguesso, la Conferencia decidió acordar una amnistía general a todos los responsables de crímenes políticos o de violaciones de derechos humanos, a fin de favorecer la reconciliación nacional. No se llevó a cabo ninguna investigación sobre las violaciones pasadas.

Luego de un período de transición, durante el cual se disolvió la Dirección general de seguridad del Estado (DGSE) y se abolió la Corte revolucionaria de justicia, ha sido adoptada una nueva Constitución.

A continuación del cambio político de agosto de 1992, el nuevo poder anunció también una amnistía general. Asimismo, se ha otorgado al general Sassou Nguesso, ex jefe de Estado, un "estatuto particular", bajo la forma de inmunidad que cubre todo el período durante el cual dirigió el país.

TERCERA PARTE

La situación en Asia

La diversidad de situaciones es aún más grande en Asia, donde el proceso de democratización muchas veces ha quedado totalmente al margen. Los regímenes autoritarios subsisten, so pretexto de liberalismo económico y capitalismo salvaje, al lado de las últimas potencias marxistas del planeta, luego del derrumbe del comunismo en Europa. La militarización creciente de la región, heredera de las tensiones de la guerra fría y de nuevas rivalidades en Asia, reduce aún las posibilidades de ver surgir una "sociedad civil" frente a los poderes políticos, económicos y militares. Más aún, el peso demográfico y económico del continente, permite a sus voceros poner en tela de juicio la significación de los "valores universales", en nombre de una concepción asiática de los derechos humanos que privilegia la sociedad en detrimento del individuo.

1 - Bangladesh

La guerra de independencia de 1971 fue también y sobre todo una guerra civil despiadada, que se saldó con la muerte de uno a tres millones de ciudadanos. Luego de la secesión, la liga Awami, la formación mayoritaria en el nuevo Estado, prometió juzgar a los colaboradores y criminales de guerra. Pero, luego del establecimiento de tribunales especiales, que contaron desde marzo de 1972 con más de 30.000 inculpaciones -sólo juzgaron a 2.850 acusados, de los cuales 2.100 fueron liberados y 750 condenados- se decretó una amnistía general el 30 de noviembre de 1973.

Una ordenanza presidencial de diciembre de 1975 puso fin a la ley sobre la colaboración, restaurando los derechos civiles de los antiguos colaboradores, mientras la interdicción de los partidos confesionales fue abolida en 1976. El conjunto de las ordenanzas dictadas en virtud de la ley marcial, desde el 15 de agosto de 1975 al 9 de abril de 1979, fueron convalidadas por una enmienda constitucional adoptada en abril de 1979.

Asimismo, con posterioridad al asesinato del Presidente Mujibur Rahman el 15 de agosto de 1975 y de cuarenta de sus allegados, cometido por oficiales del cuerpo de blindados, el nuevo Presidente de la República por una ordenanza del 26 de setiembre de 1975, amnistió a los oficiales responsables. Esta decisión también fue codificada mediante la 5° enmienda constitucional. Luego de una serie de intentos de golpes de Estado, esos oficiales negociaron su partida en exilio a Libia -como los dos protagonistas del asesinato de Sheikh Mujib que se quedaron en Trípoli hasta 1986- mientras que otros obtuvieron cargos diplomáticos del General Ziaur Rahman, que detentó el poder de 1975 a 1981. La Liga Awami, presidida desde 1981 por la hija de Sheikh Mujib, ha hecho de la derogación de esta ordenanza de amnistía el tema central de su programa político. Incluso se presentó una iniciativa de ley en agosto de 1991 para levantar la inmunidad constitucional de que benefician los asesinos del primer presidente de Bangladesh. Esta iniciativa es estudiada por una comisión parlamentaria *ad hoc*.

El 15 de mayo de 1981, el Presidente Ziaur Rahman fue asesinado, pero esta vez la represión fue muy rápida. Una docena de oficiales fueron juzgados a puerta cerrada por un tribunal militar extraordinario y ejecutados por colgamiento en setiembre de 1981. Los soldados del rang que participaron o asistieron al asesinato habrían sido también pasados por las armas, luego del golpe de Estado fomentado por el General Ershad en marzo de 1982. El ex jefe del Estado Mayor habría querido borrar de esta forma, todo testigo del asesinato del que él era considerado el comanditario. El régimen surgido del golpe de estado de 1982 se derrumbó bajo la presión de la oposición provisoriamente unida a partir de octubre de 1990. El 27 de noviembre, las fuerzas armadas se negaron a aplicar - ante las huelgas generales- el estado de urgencia decretado por el General Ershad. Este mismo colocado bajo arresto domiciliario, demisionó el 6 de diciembre de 1990. Una comisión de encuesta sobre malversaciones del régimen del Presidente Ershad fue establecida en diciembre de 1990, la que presentó su informe en marzo de 1991. El ex presidente fue condenado por varios delitos - tenencia ilícita de una docena de armas de fuego (10 años), posesión

de sumas desproporcionadas a sus ingresos declarados (3 años)- y está inculcado en una decena de procedimientos penales en curso, por abuso de poder, corrupción y malversaciones diversas, sin que su responsabilidad esté, hasta el momento, comprometida por violaciones de derechos humanos que habrían sido cometidas entre 1982 y 1990.

2 - Filipinas

La proclamación de la ley marcial por el régimen de Ferdinand Marcos en 1972, dio lugar a la militarización del país y al establecimiento, a partir de 1981, de una red de fuerzas paramilitares para luchar contra la insurrección. Las fuerzas armadas no tenían ningún impedimento que los disuadiera de violar los derechos humanos, por cuanto el decreto presidencial N° 1850, aprobado el 4 de octubre de 1982 les aseguraba la impunidad. Estas continuaron estando al abrigo de toda persecución penal hasta la aprobación de la ley del 20 de junio de 1991 (Republic Act 7055), que otorgó competencia en materia de violaciones de derechos humanos a los tribunales civiles. En abril de 1991, se promulgó una ley tendiente a la protección de los testigos.

Luego de la elección de la Sra. Aquino, se creó por decreto del 16 de marzo de 1986 (Executive Order N° 8), una Comisión presidencial pro Derechos Humanos, compuesta de siete miembros, con la misión de investigar las violaciones y promover los derechos humanos; y la obligación de remitir informes anuales sobre sus actividades. En el primer informe que abarcó el año 1986, la Comisión recomendó que toda promoción militar fuera precedida de una encuesta a su cargo y la expedición de un certificado de buena conducta. Pero el procedimiento recién fue establecido por una directiva presidencial del 30 de agosto de 1991 para las promociones de oficiales.

La Comisión recibe quejas tanto sobre hechos anteriores como posteriores a la “revolución de febrero” cometidos por funcionarios públicos, pero no los que sean imputables a los “rebeldes”. En 1986 se presentaron 708 demandas, de las cuales 203 se referían a casos posteriores a la “revolución”.

La Constitución del 3 de febrero de 1987, en el Capítulo 17, artículo XIII, creó una "Comisión de derechos humanos" de cinco miembros, con mayoría de abogados, para continuar los trabajos de la Comisión presidencial, según los procedimientos establecidos por un decreto del 5 de mayo de 1987 (Executive Order N° 163). Sobre esa base se ha puesto en funcionamiento toda una estructura, particularmente a nivel regional.

El informe de 1987 señala que se registraron durante el año 1.463 quejas. Esta cifra se elevó a 1.629 quejas nuevas en 1988 y a 2.315 en 1989 (solamente un poco más de la mitad por hechos referentes al año en curso). El informe de 1989 brinda datos muy precisos sobre el tipo de violaciones y sus evoluciones estadísticas, pero también sobre los eventuales procedimientos jurídicos o la asistencia a las víctimas. La Comisión puede igualmente referirse a violaciones potenciales. Además continúa proponiendo reformas, a veces en relación con la Comisión parlamentaria, como el proyecto de creación de una corte de derechos humanos en cada provincia que se presentó en 1990, y emite opiniones consultivas sobre iniciativas de ley.

Pero la protección acordada a los militares en virtud del decreto 1850 ha obstaculizado, durante mucho tiempo, todo control efectivo. El informe de Amnistía Internacional sostiene al respecto que: en algunos casos de militares condenados por violación de derechos humanos, la Comisión no ha podido proporcionar "informaciones muy precisas, en la medida en que todas las infracciones, salvo rarísimas excepciones, son de resorte de los tribunales militares". No obstante, la separación efectiva a partir de enero de 1993, de los cuerpos de la policía y de las fuerzas armadas, facilitará en el futuro el control efectivo de las actividades militares.

Contrariamente a otros países miembros de la ASEAN, para los filipinos no prevalece ninguna especificidad asiática en materia de derechos humanos; el discurso moral del nuevo poder está ampliamente orientado por la Iglesia Católica. Sin embargo, la situación concreta de los derechos humanos se mantiene inquietante, con la subsistencia de movimientos insurreccionales de inspiración comunista o islámica y de milicias privadas constituídas

por los grandes propietarios terratenientes, frente a un ejecutivo débil. Las fuerzas armadas permanecen amenazantes, prueba de ello han sido las numerosas tentativas de golpe de estado ocurridas desde 1986, que obligó durante mucho tiempo al poder civil a cerrar los ojos ante las exacciones cometidas, como lo mostró el haber mantenido en vigor el decreto presidencial de 1982.

La acción de la Comisión de derechos humanos es sumamente criticada, aun cuando un esfuerzo de transparencia permite a las ONG nacionales y extranjeras denunciar los atentados a los derechos humanos que permanecerían ignorados como en los países vecinos.

3 - Tailandia

Tailandia, último reino budista que subsiste en la región devastada por el comunismo, conoce una situación muy particular mezcla de feudalismo y tolerancia. Las fuerzas armadas se consideran la garantía de este orden jerárquico, preservado de influencias extranjeras y coloniales. Diecisiete golpes de Estado, luego del que puso fin a la monarquía absoluta en 1932, han marcado la historia reciente, particularmente la represión sangrienta del movimiento estudiantil en favor de la democracia de 1976. La noción de salvación individual va a la par del perdón: los autores de los golpes de Estado fueron amnistiados como también los miembros de la rebelión comunista. El almirante Prapas, uno de los autores de la represión de 1976 se ha retirado como bonzo a un monasterio, adquiriendo así la gracia a los ojos de la población.

En mayo de 1992, la fuerza armada disparó con armas de fuego contra manifestantes, que reclamaban una revisión constitucional que excluyera a los militares de la vida política, produciendo cientos de víctimas. Como en 1976, la respuesta fue una amnistía real que amparó de la misma manera a manifestante y militares. La amnistía decretada el 20 de mayo de 1992 ha sido criticada por el indulto implícito acordado a los militares que hacía imposible perseguirlos en justicia. Sin embargo, se estableció una comisión de encuesta, a raíz de la cual los principales responsables militares fueron

destituídos. Por otra parte, las enmiendas hechas a la Constitución a partir de junio, por el gobierno interino nombrado por el rey, han producido una disminución importante de los poderes de los militares, específicamente en la gestión de empresas públicas. Las elecciones del 13 de setiembre acordaron mayoría a los partidos pro democráticos que se habían opuesto a los militares en el mes de mayo; lo que ha confirmado esta voluntad de querer terminar con la dominación de las fuerzas armadas en la vida política tailandesa. El nuevo gobierno ha decidido por unanimidad el 21 de noviembre de 1992, someter al Tribunal constitucional el decreto de amnistía de los generales responsables de la represión sangrienta de mayo último, buscando de esta forma plantear el problema en términos jurídicos.

4 - Indonesia

La situación en Timor oriental es particularmente crítica y el informe oficial elaborado sobre el “incidente de Dili” ocurrido el 12 de noviembre de 1991, ilustra bien esta ambigüedad. La masacre ha tenido por efecto casi inmediato la creación, en virtud de un decreto presidencial, de una “Comisión nacional de encuesta”, compuesta de siete miembros que entró en funciones el 21 de noviembre de 1991. La CNE que recopiló sus informaciones en Jakarta y luego en Dili, presenta su propio trabajo como habiendo sido efectuado “de manera libre, minuciosa, equitativa y completa, a fin de obtener datos y hechos objetivos sobre el incidente del 12 de noviembre en Dili”. Pero el informe no precisa que la CNE estuvo compuesta exclusivamente de funcionarios, la mayoría de los cuales eran militares.

La CNE que indica que “no se limitó a una encuesta”, sino que entrevistó a los principales ministros, antes de constituirse en el terreno donde contactó a “132 testigos” (reconoce que “el miedo” pudo disuadir a otros testigos), efectúa algunas reconstituciones.

El informe preliminar, fechado el 26 de diciembre de 1991, retoma las conclusiones hechas por las fuerzas armadas inmediatamente de los hechos, que invocaban una provocación del Fretelin con un motín violento que provocó la legítima defensa de los militares. Así la CNE

comienza la cronología del incidente por las “generalidades” siguientes: “la rapidez del desarrollo en el plano de la educación ha producido un buen número de diplomados, los que actualmente necesitan trabajo. Es una de las razones por las que una parte de ellos ha sido fácilmente influenciada por la propaganda de grupos anti-integración (grupo de autores de disturbios del Fretelin)”. Se constata también que el informe hace remontar las primeras manifestaciones a la visita del Papa en octubre de 1989, la del Embajador americano en enero de 1990, hasta la visita de una delegación portuguesa, “aprovechando” la presencia del Profesor Kooijmans, Relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Al referirse a la masacre propiamente dicha, la califica de “incidente deplorable” y se contenta con yuxtaponer las versiones recogidas. Así menciona el papel jugado por ciertas unidades “incontroladas” de las fuerzas del orden, evocando los disparos “tirados de manera emotiva por un grupo de responsables de la seguridad fuera de comando, sin uniforme y que se encontraba en situación irregular”. La Comisión eleva el número de muertos a cincuenta, contrariamente a las primeras cifras anunciadas por el jefe de las fuerzas armadas que habló de 19 inhumaciones. Concluye que todas las personas implicadas deben ser castigadas de acuerdo a la ley.

5 - Camboya

La intervención de Naciones Unidas, con la puesta en funcionamiento transitorio de la APRONUC, da a la situación de ese país un carácter totalmente excepcional, a la medida del drama vivido por el pueblo camboyano.

En un primer momento, la búsqueda de una solución global y pacífica al conflicto fratricida, marcada por las exacciones de los Khmers Rojos de 1975 a 1979, ha hecho prevalecer los imperativos de la reconciliación nacional. A falta de una solución militar, que tradujo la derrota de la prolongada ocupación vietnamita, fue necesario asociar todas las partes a las negociaciones de los Acuerdos de París.

El retorno a la paz parecía pasar en efecto, por la participación de todos en la vida política del país, excepción hecha de los dirigentes más notorios.

Luego de las elecciones previstas para 1993, bajo el control de Naciones Unidas, corresponderá al nuevo gobierno salido de las urnas el decidir la suerte reservada a los responsables del genocidio. En efecto, nada de lo estipulado en el acuerdo de paz impide al futuro gobierno o bien juzgarlos por un tribunal camboyano o hacer que sean juzgados por un tribunal internacional.

En virtud del artículo 16 de los Acuerdos de París, la APRONUC - donde el componente "derechos humanos" está dirigido desde marzo de 1992 por Dennis McNamara (Nueva Zelanda)- tiene la responsabilidad de asegurar durante el período de transición, un entorno que garantice el respeto de los derechos humanos, ya se trate de controlar a la administración y de encuesta en caso de quejas, o de programas de educación.

CUARTA PARTE

La situación en Europa Central y Oriental

El derrumbamiento de los regímenes comunistas -que se establecieron hace más de cuarenta años- ha planteado una serie de problemas fundamentales con respecto al pasado.

Las nuevas democracias, algunas instauradas luego de un proceso progresivo de "liberalización" interna y de "democratización" de los regímenes anteriores, ¿debían inscribirse dentro de la continuidad legal o la ruptura revolucionaria con respecto a esos regímenes?

¿Era necesario cuestionar a los dirigentes y dignatarios del antiguo régimen por sus acciones del pasado, incluso si ellas podían ser juzgadas "regulares" dentro de un marco formal considerado a la época como legal y reconocido como tal por la comunidad internacional, pero apoyado sobre un aparato estatal de coacción

que no dejaba espacio alguno a la legitimidad democrática surgida de elecciones libres?

En esas condiciones, el solo hecho de haber ejercido un poder autoritario ¿provoca una responsabilidad de principio? o bien ¿es la manera en que el poder ha sido ejercido, con sus intenciones y sus abusos que debe ser incriminado? Y en este caso, ¿cómo establecer una jerarquía de responsabilidades entre los responsables políticos que, fundando su poder en un aparato de represión, han sabido quedar al margen de las malas obras del régimen, pero cuyos ejecutantes pueden ser cuestionados? En fin, entre dirigentes y ejecutantes ¿qué lugar ocupa el conjunto de los que participaron en un sistema totalitario, a través de su red de funcionarios, militantes e informantes?

¿Cómo juzgar la responsabilidad individual en un sistema colectivo que no deja otra posibilidad de elección, que acomodarse al sistema o la marginación social? ¿qué lugar ocupa el “doble juego” de las prendas dadas al adversario para mejor engañarlo o por el contrario a las trampas de la colaboración?

¿Qué lugar dar al tiempo, a las desiluciones progresivas o a las rebeliones repentinas del individuo solo frente a un sistema omnipresente y que estructura la vida de cada uno durante dos generaciones?

El carácter progresivo y apacible de la transición democrática y las tentativas de represión brutal del régimen imperante, así como las condiciones formales de la sucesión del poder, dentro de la continuidad legal o la ruptura revolucionaria, determinan para una gran parte, la situación jurídica. Pero existe también una irreductible elección política en la voluntad de hacer primar la justicia o de elegir la reconciliación nacional, de reparar el pasado o de “dar vuelta la página”.

1 - Checoslovaquia

La ley sobre la “lustración” fue adoptada el 4 de octubre de 1991. Por ella se tiende a depurar de la administración y de la vida política a

los responsables del partido comunista y colaboradores de la seguridad del Estado del antiguo régimen. Frente a un fuerte legalismo del poder judicial que explica el escaso número de persecuciones efectuadas contra los antiguos dirigentes, se ha opuesto una voluntad política muy marcada de separar de todos los cargos de responsabilidad a las personas que hubiesen colaborado con el régimen precedente, a pesar de las advertencias del Presidente Havel contra toda “caza de brujas”.

En un primer tiempo, las persecuciones judiciales, que sólo podían practicarse de acuerdo a las leyes vigentes a la época en que los hechos se habían cometido, han sido muy pocas. La principal causa de inculpación ha sido el “abuso de poder de funcionario público” y el atentado a la libertad individual, por la represión de las manifestaciones de opositores en 1988 y 1989. Durante los procesos la administración y el partido se reexpedían las responsabilidades de los hechos. Algunos ex dirigentes han sido también inculcados de malversación y transferencia ilícita de fondos.

Por el contrario, los hechos de 1968 que datan de más de veinte años, son alcanzados por la prescripción. Una encuesta llevada a cabo por el Ministerio del interior y hecha pública en febrero de 1992 ha permitido, no obstante, establecer la “traición” de los ex dirigentes por haber atentado “en relación con una potencia extranjera” contra los intereses del país y de la paz. Gustav Husak había comparecido dentro del marco de esta encuesta, pero fue dejado en libertad (falleció en noviembre de 1991). Los ocho acusados restantes aún con vida, han beneficiado de la prescripción. A pesar que, una ley de los años cincuenta sobre protección de la paz prevé la imprescriptibilidad de dichos crímenes.

En diciembre de 1989 se creó una Comisión parlamentaria para investigar la represión de la manifestación del 17 de noviembre de 1989. Sus trabajos condujeron a la inculpación de una treintena de miembros de las fuerzas del orden, varios de los cuales fueron juzgados en 1990 y se dictaron condenas hasta de 4 años de penitenciaria. Renovado el mandato de la Comisión parlamentaria, luego de las elecciones de junio de 1990, ésta presentó un informe,

debatido el 30 de enero de 1992, que amplía la investigación inicial, gracias a su acceso a los archivos del Ministerio del interior, para emprender un examen del pasado de los principales responsables políticos.

La depuración política se hizo primeramente de forma empírica, en ocasión de las elecciones legislativas de junio de 1990, cuando los candidatos dieron su acuerdo a la “lustración” de su pasado firmando una declaración que indicaba que jamás habían sido colaboradores de la seguridad del Estado. La misma verificación fue hecha en ocasión de las elecciones municipales de noviembre. A raíz de estas encuestas han tenido que dimisionar parlamentarios, funcionarios y varios ministros. Este método ha sido criticado. Así para el Presidente de la Asamblea federal, Alexandre Dubcek, las divulgaciones de la Comisión parlamentaria ponían en tela de juicio la presunción de inocencia.

Se ha elaborado una ley que intenta fijar un marco jurídico a este sistema, al mismo tiempo que lo extiende a todos los cargos de decisión en la administración, las fuerzas armadas, la justicia, la televisión, etc. La ley sobre las “lustraciones” fija “varias condiciones para el desempeño de ciertas funciones en los órganos y organizaciones del Estado”: es necesario no haber colaborado con la seguridad del Estado, no haber ejercido cargos de responsabilidad en el seno del partido comunista, salvo entre el 1º de enero de 1968 y el 1º de mayo de 1969. Estas condiciones son válidas también tanto para las personas recientemente reclutadas como para las personas que ya ejercían los cargos, las que pueden ser licenciadas hasta el 31 de diciembre de 1996.

Esta ley ha sido criticada, por considerar categorías de personas en lugar de juzgar casos individuales y por crear una presunción de culpabilidad que no deja posibilidad alguna de recurso, a las personas que estimen ser injustamente cuestionadas. Esta ley es difícilmente compatible con la garantía a los derechos humanos en la forma que la consagra la Convención Europea de Derechos Humanos, que Checoslovaquia ha ratificado. En la práctica, se solicitaron 200.000 certificados y sólo se examinaron una decena de ellos, lo que ha creado un clima de sospecha, alimentado por las

noticias filtradas en la prensa y las campañas políticas. Esta crisis afectó a los responsables de la justicia, produciendo la revocación del Ministro checo de justicia en diciembre de 1991, la del Procurador general checoslovaco en marzo de 1992 (quien fue posteriormente presidente del Consejo nacional eslovaco), y la del Procurador general checo en agosto de 1992, por no haber sido expeditivos en los procedimientos.

2 - Hungría

Dos proyectos de ley han sido estudiados por el Parlamento húngaro, uno referente a la derogación del plazo de prescripción para ciertos crímenes cometidos entre 1944 y 1990, el otro sobre las conexiones de los responsables políticos y altos funcionarios con los antiguos servicios secretos.

La primera de las leyes aprobada por el Parlamento el 4 de noviembre de 1991, fue sometida por el Presidente de la República a la Corte Constitucional que declaró su inconstitucionalidad el 3 de marzo de 1992. Esta entendió que el plazo de prescripción aplicable no podía ser otro que el previsto por la ley en el momento que ocurrieron los hechos, en razón del principio de no retroactividad de la ley penal. La Corte ha señalado la ambigüedad de la ley que consideró "vaga y poco fiable": "Un acto que no era criminal cuando fue cometido en el pasado, no puede hoy día ser juzgado como tal. La responsabilidad es del antiguo régimen por no haber tipificado como delitos esos actos. Sólo el Estado y no los individuos puede ser considerado culpable". A raíz de esta decisión, el Presidente de la República expresó el deseo que "el país continúe analizando su pasado", descartando toda sanción penal. Para ello, propuso la creación de un Comité histórico encargado de elaborar un informe que contribuya a "promover la búsqueda de la verdad" y que establezca las responsabilidades individuales, pero esta propuesta no ha prosperado y el debate sobre la prescripción parece hoy día terminado.

La ley sobre los servicios secretos tampoco ha sido aprobada. La primera versión, presentada en marzo de 1992, ha suscitado

divergencias sobre la definición de los círculos a controlar. Una nueva versión debe ser presentada en ocasión del próximo período de sesiones del Parlamento.

3 - Bulgaria

En Bulgaria no ha habido ninguna ley general de “descomunización”, sino medidas dispersas. Así, la Asamblea nacional decidió el 29 de febrero de 1992, crear una “Comisión provisoria de encuesta sobre las acciones del partido comunista”, en ocasión del proceso de bulgarización de la minoría islámica, luego del inicio de los años sesenta.

Una ley de 18 de marzo de 1992 sobre los bancos, contiene una disposición que excluye de los órganos directivos por el término de cinco años, a las “personas que durante los últimos quince años hubiesen sido electas en los órganos centrales, regionales, departamentales, municipales o comunales del Partido comunista búlgaro, la Unión comunista dimitroviiana de la juventud, el Frente nacional, la Unión de combatientes activos contra el fascismo y el capitalismo, la Unión de sindicatos búlgaros y la Unión agrícola popular búlgara; o bien hubiesen sido nombrados en cargos dirigentes permanentes del Comité central del Partido comunista búlgaro, así como los funcionarios rentados o no de la Seguridad del Estado.

Además, los procesos políticos han sido llevados al más alto nivel, puesto que, Todor Jivkov que dirigió Bulgaria de 1954 a 1989 -tiene actualmente 81 años- fue condenado el 5 de octubre de 1992 a una pena de 7 años de penitenciaría por malversación de fondos públicos y a la restitución de un millón de dólares. Es el primer caso de un jefe de Estado comunista derrotado que es objeto de una sentencia tal. Los jueces del Tribunal se pronunciaron por cuatro votos contra tres (la opinión disidente será publicada dentro de un mes). La acusación había solicitado una pena de diez años de penitenciaría. La defensa y la acusación decidieron presentar recurso de apelación. Otro ex miembro del Poliburó, Balev ha sido condenado a dos años de prisión por tráfico de divisas.

Otros cargos pesan aún contra Jivkov, particularmente por espionaje, por la creación de dos campos de trabajo donde 149 personas habrían muerto entre 1959 y 1962, y por su política de asimilación forzada de la minoría musulmana entre 1984 y 1989. Sus allegados también son objeto de investigación y tres ex primeros ministros Filipov, Atanasov y Lukanov han sido detenidos.

4 - Rumania

La “descomunización” en Rumania ha suscitado muchas más controversias, las depuraciones de los antiguos cómplices de los dirigentes comunistas todavía en sus cargos, dejan poco margen a las normas más elementales del Estado de derecho. Así, luego del proceso sumario al Sr. Ceaucescu y a su cónyuge (quienes fueron ejecutados), las autoridades rumanas han emprendido dos tipos de procesos, el de los oficiales que reprimieron los levantamientos de Timisoara y el de los dirigentes del antiguo aparato del Estado.

En el proceso de Timisoara, el tribunal militar ha pronunciado el 9 de diciembre de 1991, 7 sentencias (entre 25 y 18 años de penitenciaría), mientras que 16 otros inculcados han sido puestos en libertad (9 de ellos beneficiaron de la ley de amnistía de enero de 1990). Uno de los principales acusados, el general Macri falleció durante el proceso.

En el caso del proceso al Comité central, la sentencia de 25 de marzo de 1991 del Tribunal militar de Bucarest fue recurrida en apelación extraordinaria por el Procurador general ante la Corte Suprema de Justicia, la que por decisión del 12 de diciembre de 1991, cambió la tipificación inicial de “genocidio” por la de “complicidad en homicidio con circunstancias agravantes”. Las penas finalmente pronunciadas por la Corte Suprema en abril de 1992, van de 16 a 8 años de penitenciaría para una veintena de responsables, otras penas menos severas fueron pronunciadas en los casos de “complicidad en tentativa de homicidio con circunstancias agravantes”. El ex ministro de relaciones exteriores, Ion Totu se habría suicidado al día siguiente de conocer la sentencia que lo condenaba a 16 años de penitenciaría.

El caso de Nicu Ceaucescu es particular. Una primer sentencia de 16 años de penitenciaría pronunciada contra él, el 3 de junio de 1991, por el crimen de "genocidio" fue revocada el 27 de junio de 1992, como consecuencia de los recursos planteados por el acusado y el Procurador general. La Corte Suprema también en este caso cambió la tipificación del delito por "instigación de homicidio con circunstancias agravantes". El proceso será reiniciado luego de un complemento de investigación.

En los hechos, las autoridades rumanas han elegido sujetarse a las responsabilidades surgidas de la revolución de diciembre de 1989 - limitando las acusaciones al período que va del 17 al 22 de diciembre- sin cuestionar los 25 años de régimen anterior. Ninguna comisión ha sido creada para determinar las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado o investigar las prácticas de la "Securitate". Los procesos espectaculares han jugado simplemente un papel de catarsis colectiva, limitando las responsabilidades a algunos chivos emisarios. El Parlamento estableció comisiones de investigación luego de las violencias étnicas de Tirgu Mures, en marzo de 1990 y la represión de manifestaciones de junio de 1990 en Bucarest, pero sus informes no llegan a determinar las responsabilidades. A falta de depuración, una serie de ex agentes de la "Securitate" continúan trabajando en el seno del nuevo "Servicio rumano de información".(SRI).

TEMA 1

**Reflexiones Históricas y éticas
con respecto a los fundamentos de los
Derechos Humanos**

Democracia y estado de derecho frente al totalitarismo y la barbarie

Prof. Joaquín Ruiz-Giménez

Presidente

de la Comisión Internacional de Juristas
y del Comité Español de UNICEF - España

Felicito muy sinceramente a quienes han convocado estos sugestivos Encuentros Internacionales, de patente importancia y actualidad; y les agradezco haberme hecho el honor de invitarme a participar en ellos con unas breves reflexiones, en el capítulo inicial o introductorio sobre “fundamentos de los derechos humanos”, y, más en concreto, sobre la función de la Democracia y el Estado de Derecho en pugna contra el totalitarismo y la barbarie. Añado, también contra el riesgo del olvido y la tentación de impunidad de los delitos contra la vida, la dignidad y los demás derechos esenciales de las personas humanas y de los pueblos.

Confieso que cuando recibí la invitación para intervenir en este incitante Coloquio, sentí el deseo de poder hacerlo en el tercer tema o capítulo sobre las normas jurídicas y los posibles procedimientos para conjugar la exigencia de sancionar con justicia a los autores de las violaciones de derechos fundamentales, descartando el riesgo de la impunidad; y convergentemente, hacer posible la ecuanimidad en el castigo y, sobre todo, la adopción de medidas - a veces, cruciales - para la reconciliación nacional y la construcción de un Estado democrático, generador de concordia y de paz duraderas.

Ese enfoque me hubiera permitido evocar la experiencia del tránsito vivido en España, desde una situación autocrática a un régimen político democrático y de imperio de la Ley, no cualquier

Ley sino una Ley justa, garantizadora de los derechos básicos de todos los ciudadanos, evitando así la amenaza de una nueva guerra civil. Ciertamente, ese feliz resultado fue posible a fuerza de diálogo entre los sectores ideológicamente más antagónicos, un tenaz esfuerzo de comprensión recíproca, y reconciliación mediante amnistías mutuas y solidaridades creadoras. No se trataba de olvidar, sino de excluir una constante mirada de resentimiento hacia el pasado, hacia lo que fue la tragedia nacional de la lucha fratricida de 1936 a 1939 y sus dolorosas consecuencias. Sin esa actitud no habría hoy democracia ni Estado de Derecho en España, sino caos y violencias perdurables. La paz - con sus luces y sus sombras - fue posible porque la mirada se puso en el futuro, y se forjó colectivamente un sistema de convivencia humana, no basado en el olvido, sino en superar los rencores, y abrir caminos a la libertad, la justicia y la solidaridad.

No digo más sobre ello, estimados colegas y amigos, porque al recibir el programa del Encuentro ví - y acepté - que mi meditación pública en esta histórica sede del Palacio de las Naciones, se ciñera someramente - como ya he dicho - al aspecto de la fundamentación de los derechos humanos y, a esa luz, al papel de la Democracia y del Estado de Derecho, en la permanente pugna que a todos nos urge y nos congrega frente a quienes quebrantan la libertad, la igualdad y la paz. (Confieso que tras haber escuchado las excelentes reflexiones de mi colega y mi amigo Adama Dieng - Secretario General de nuestra CIJ - sobre el papel de la Democracia y el Imperio de la Ley, poco nuevo puedo añadir).

Respecto al primer aspecto -esto es, el fundamento de los derechos humanos- que fue materia de mi enseñanza universitaria (como Profesor de Filosofía del Derecho durante unos cuarenta largos años), me limito a recordar que superada la respetable -pero esterilizante polémica -entre “iusnaturalistas” y “positivistas”, lo que prevalece, y más importa hoy, es poner de relieve que los derechos humanos básicos - no sólo los clásicos derechos de libertad, sino también los derechos de igualdad y de solidaridad - alcanzaron, tras la tragedia de la IIa Guerra Mundial, un patente y objetivo reconocimiento de la “conciencia colectiva”. Así se reflejó en la

Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, y luego, en los dos Pactos Internacionales de 16 de diciembre de 1966 - el de derechos civiles y políticos y el de derechos económicos, sociales y culturales - alcanzando así un alto grado de imperatividad para todos los Estados y una exigencia de aplicación efectiva, contra todas las infracciones, tanto por acción cuanto por omisión.

El efectivo respeto a *todos* esos derechos - (subrayo la expresión *todos* es decir, su universalidad de contenido y de ámbito territorial de aplicación) - es una condición básica e insustituible para la garantía de la vida y la dignidad de cada persona humana, sin discriminación alguna, pero también para la paz de todos los Pueblos (como reiteradamente insisten los preámbulos de esos textos normativos internacionales, y los de otras Declaraciones y Convenciones complementarias). Es irrefutable que quienes violan esos derechos fundamentales son generadores de injusticias, y esas injusticias exigen reparación; y además, son protagonistas de violencias, sembradores de gérmenes de guerra, saboteadores, en suma, de la auténtica paz.

Desde esa perspectiva, la impunidad es ilegítima, y lo que podemos y debemos repudiar es su práctica en multitud de países, como ha recordado Amnistía Internacional en su grave informe de 1992. Por ello debemos lamentar que la protección de todos esos derechos humanos esenciales (no sólo - repito - los de libertad, sino también los de igualdad y solidaridad) sea, como es hoy todavía, infelizmente precaria (me atrevería a calificarla de *light*), cuando no, casi siempre, retórica u ornamental.

Cada vez urge más que en el marco de las Naciones Unidas se instaure un **sistema jurisdiccional** (en torno al Tribunal Internacional de Justicia), para juzgar y sancionar, no sólo los llamados "crímenes de guerra", sino también las vulneraciones graves y sistemáticas de los derechos humanos reconocidos y proclamados en los Pactos Internacionales. Ha de elogiarse el esfuerzo que, en ese sentido, se está realizando por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

Y exigir que se tipifique un sistema de penas severas, nunca crueles, y descartando categóricamente el mantenimiento o la restauración de la pena de muerte, incluso contra los terroristas. En todo caso, no puede instaurarse la impunidad; y debe insistirse en el enjuiciamiento de esos crímenes, la reinserción social de los condenados; graduales amnistías o indultos para la pacificación nacional, y , en todo caso, reparación de daños a las víctimas o sus familias.

En cuanto a la segunda vertiente del tema, he de contentarme con decir - por obvias limitaciones de tiempo - que sin instauración de la Democracia y, consecuentemente, de las estructuras e instituciones de un Estado de Derecho, la protección de los derechos humanos en el seno de cada Nación será ficticia o falaz. Frente al riesgo del totalitarismo - antiguo o renaciente - y frente a la barbarie del terrorismo, del narco-tráfico, de los abusos y malos tratos a la infancia y a los inmigrantes y a los refugiados (por no citar más que algunas de las manifestaciones más inhumanas), importa insistir en que la instauración de una Democracia es condición necesaria, pero no es, en sí misma, suficiente.

A todos nos incumbe realizar una reflexión profunda sobre la fragilidad actual de muchos regímenes democráticos, y sobre la necesidad de forjar una Democracia en hondura, esto es, realmente pluralista y participativa, transparente en la actuación de los partidos políticos y de todos los organismos institucionales. La Democracia no puede ser sólo una estructura en la organización de los poderes, sino también un estilo de vida colectiva, una Ética pública. En cuanto al Estado de Derecho, urge subrayar el calificativo de Estado social de Derecho. Si bien es cierto que un Estado sin libertades, es inhumano y en modo alguno aceptable al final de este siglo XX, también es verdad que un Estado liberal, al modo clásico, mero guardián de las libertades de los ciudadanos , pero no promotor de igualdad y de solidaridad, es también rechazable. Construir un verdadero Estado social y democrático de Derecho, es el gran reto para este final de siglo y de milenio, en defensa de los derechos humanos y de la paz.

Concluyo con la esperanza de que a lo largo de este prometedor Encuentro, se encuentren caminos para conjugar todos esos valores y mejorar el sistema protector de todos los derechos humanos, en que esos valores encarnan. Caminos, estimados colegas y amigos, en que la exigencia del castigo no prevalezca sobre la necesidad de reconciliación nacional; pero que tampoco el anhelo de concordia ampare impunidades ilegítimas. No “olvido”, antes bien memoria histórica, pero sin cargas ideológicas deformantes. Difícil reto, pero no imposible. Me alienta el espíritu con que en la Sagrada Biblia (Ps. 85, 11 y 12) se vislumbra que el Amor y la Lealtad se dan cita, la Justicia y la Paz se abrazan. ¡Así sea!



Perdón, olvido, venganza, castigo justo, responsabilidad

Yogesh Kumar Tyagi

Profesor

de la Universidad Jawaharlal Nehru.

School for International Studies - Nueva Delhi - India

El concepto de derechos humanos implica relaciones entrelazadas; primero, entre el Estado y los individuos dentro de su jurisdicción; segundo, entre los individuos cuya vida se encuentra regulada por el Estado y tercero, entre el Estado y la comunidad internacional. La promoción y protección de la dignidad humana es una responsabilidad irrevocable de todo Estado así como de las entidades no estatales. Si bien la noción de la responsabilidad del estado es bien conocida, la de las entidades no estatales no lo es tanto, si bien se encuentra perfectamente establecida por normas que no implican sanciones (normas morales)¹ como por normas coercitivas (disposiciones

1 En algunas escuelas de pensamiento (por ejemplo en la filosofía hindú), el delincuente tiene que pagar un precio por sus delitos no sólo en el curso de su vida sino después de la muerte. No podrá obtener moksha (la salvación) y sus sucesores heredarán su responsabilidad en el sentido de que la sociedad sospechará de sus sanskaras (credenciales culturales) Asimismo, la doctrina de la obligación sagrada, fundándose en la misma filosofía, hace que el hijo sea responsable de las deudas del padre.

de la Carta Internacional de Derechos Humanos).² Aunque se espera que el Estado ejercite sus responsabilidades aplicando normas jurídicas coercitivas, las reglas morales desempeñan un papel significativo en el proceso. Puede señalarse la existencia de la paradoja siguiente: los “criterios comunes alcanzados” formulados por la comunidad internacional se corresponden con los criterios cambiantes de moralidad vigentes en diferentes sociedades y en distintos períodos de tiempo. La paradoja consiste en que los derechos humanos son un concepto dinámico, promueven el pluralismo en niveles ideológicos, intelectuales y funcionales y que las necesidades sociales cambian de tiempo en tiempo y de un lugar a otro. Es dentro del contexto de esta compleja paradoja que trataremos el problema de la amnistía para los autores de violaciones a los derechos humanos.³

Mientras los debates internos sobre el otorgamiento de la amnistía consideran la cuestión de la conveniencia de esa acción desde una perspectiva política, los debates internacionales están centrados en su juridicidad desde una perspectiva humanista. ¿La amnistía a los autores de violaciones de los derechos humanos es una cuestión jurídica o política? ¿Acaso incluye cuestiones tan sutiles como la moralidad del derecho y la psicología de la rendición? Aunque la promoción y la protección de los derechos humanos son temas de validez universal ¿pueden aplicarse

2 Ver, en especial, el artículo 1, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula lo siguiente: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista por él.” Ver en general, Erica Daes, *La libertad del individuo ante la ley: análisis del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos* (Nueva York, 1990), UN Sales No S.89. XIV, 5.

3 Aunque los términos “amnistía”, “impunidad”, “indemnidad”, “exoneración”, “olvido”, “perdón”, “indulto”, tienen significados diferentes, se utilizan aquí indistintamente porque todos ellos implican la ausencia de sanciones al culpable.

principios universales comunes para determinar la validez de las leyes de amnistía o de indemnidad? ¿Cómo hallar un equilibrio entre, la necesidad imperiosa de reconocer la realidad política del poder de los autores de violaciones a los derechos humanos y la presión universal para hacer efectiva su responsabilidad por los delitos cometidos? ¿En qué momento se debe perdonar a los transgresores? ¿Se debe conceder un perdón absoluto o deben cumplirse determinados requisitos? ¿Qué hacer con los que abandonan su país luego de cometidas las violaciones? ¿Qué hacer con los que transgreden la ley en el curso de su lucha por los derechos humanos y son acusados de delitos contra el Estado, tales como sedición, tentativa de derrocar al gobierno, incitación a realizar manifestaciones, destrucción de la propiedad pública, etc? ¿Cuál es el castigo justo para un violador de derechos humanos y transgresor de la ley?

Estas y otras cuestiones conexas necesitan considerarse no solamente desde una perspectiva jurídica de derechos humanos, sino también desde una perspectiva no jurídica y política. Un enfoque amplio pero que considere caso por caso, que no se base meramente en legítimos reclamos jurídicos y sentimientos de orden emocional, sino también en realidades desagradables, puede ayudarnos en la búsqueda de soluciones menos contraproducentes. Este trabajo considera en primer lugar, cuestiones fundamentales en la materia, trata de delinear un nuevo enfoque que evite los extremos ideológicos y por último, pone a prueba ese enfoque analizando a algunos casos resonantes de violaciones a los derechos humanos.

El quebrantamiento de las obligaciones conlleva la responsabilidad de compensar la transgresión. La naturaleza y el alcance de la responsabilidad depende por supuesto de la naturaleza de la transgresión en cuestión. ¿Cuál es la naturaleza de la responsabilidad que surge de la violación al respeto de la dignidad humana? Las violaciones a los derechos humanos se han extendido, tienen amplias gradaciones, que van desde la negativa a otorgar un pasaporte, a la tortura de una persona. Mientras la primera es un acto de omisión arbitrario, del que no

surge más que una responsabilidad de orden civil, la segunda implica la comisión de un acto delictivo, del que surge una responsabilidad penal. La naturaleza de la responsabilidad del Estado por las violaciones a los derechos humanos, sea aquella de índole civil o penal, es diferente de la responsabilidad de una persona acusada de cometer un delito por acción u omisión en tanto que individuo. Lo racional es que las funciones oficiales de una persona lo invisten de un mayor grado de responsabilidad. El fracaso del aparato del Estado para establecer la responsabilidad de esas personas, por ejemplo, un funcionario del Estado, no sólo significa la violación de los derechos humanos de la persona ofendida, sino que también es una ruptura del contrato social. Implica, lisa y llanamente, la violación de la regla del imperio del derecho por los gobernantes. Cualquier Estado en el que exista esta lamentable situación, implica la destrucción de las tradiciones según la teoría expuesta por Locke.⁴ En la actualidad, sin embargo, el Estado involucrado, está sujeto al proceso de responsabilidad tanto nacional como internacional. Tiene responsabilidad soberana para establecer su autoridad a fin de promover y proteger la dignidad humana de sus ciudadanos, y ésto es posible solamente cuando procede a determinar la responsabilidad de sus órganos en falta -sean éstos individuos o instituciones. Si el Estado no tiene la capacidad ni la voluntad de hacerlo, pierde entonces un importante atributo de la soberanía, poniéndose así en tela de juicio su *locus standi* en la comunidad internacional.

El Estado es el *parens patrie* de sus sujetos y tiene la obligación de investigar, de buena fe, las denuncias de violaciones a los derechos humanos que ellos efectúen. En rigor de verdad, no existe necesidad de denuncia para que se ponga en marcha el

4 Encuentra su expresión en el tercer párrafo del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece lo siguiente: "Considerando que es esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la opresión"

aparato del Estado con objeto de verificar el cumplimiento de los derechos humanos. Esta función de seguimiento es parte integrante de la responsabilidad del Estado, tanto a nivel nacional como internacional. La finalidad principal del sistema de presentar informes establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, es reafirmar regularmente la responsabilidad del Estado para promover los derechos humanos así como para presentar información sobre la situación de estos derechos.⁵ ¿Cómo podría un Estado cumplir con esta responsabilidad sin obtener ni cotejar información en la materia?

En otras palabras, la investigación de las violaciones a los derechos humanos es una necesidad jurídica, moral y funcional, que perdura pese a cualquier amnistía otorgada a los autores de esas violaciones. Si sólo fuera por eso, la investigación de las denuncias transmite la impresión de que el Estado está empeñado en establecer el imperio del derecho.

Es necesario que la investigación de las violaciones a los derechos humanos se lleve a cabo por un cuerpo imparcial de expertos de conformidad al debido procedimiento jurídico. No debería ser la ejecución de una venganza política. La misma guía de acción debería aplicarse al proceso de determinación de la responsabilidad. De otra manera, la totalidad del proceso sería contraproducente. Haría perder al Estado una oportunidad de establecer el imperio del derecho y convertiría a los autores de las violaciones en héroes de una sociedad enferma.⁶ La actuación

5 Ver Manual de Informes sobre Derechos Humanos, Nueva York, 1991, UN Doc. HR/PUB/91/1.

6 El delincuente ha sido siempre un héroe, casi un santo para la gente sin cultura. La celebración de ceremonias para glorificar terroristas, la ofrenda de siropas (turbantes azafrán en señal de respeto) a sus herederos, y su nominación a los escaños del poder, se practican ampliamente en el Punjab (India). Una de las ventajas de la investigación pública de las violaciones a los derechos humanos es que los autores no se convertirán en santos una vez expuestos públicamente sus delitos.

de observadores internacionales, fortalecería la credibilidad de la entidad que estableciese la responsabilidad de los autores de las violaciones de los derechos humanos. Las ONG pueden desempeñar un importante papel al respecto. Pueden proporcionar información de relevancia a la entidad estatal encargada de investigar las violaciones y determinar la responsabilidad y en el caso de que esa entidad no exista, las ONG pueden tomar la iniciativa a fin de que se constituya una entidad no estatal con ese objetivo.⁷ Sería aconsejable que las funciones de investigación de las denuncias y de determinación de la responsabilidad, se atribuyan a dos cuerpos diferentes de expertos, teniendo en cuenta la diferencia inherente a la naturaleza de ambas funciones.

La determinación de la responsabilidad plantea la cuestión de saber cual habrá de ser la penalidad consiguiente. Esta última ofrece más dificultades que la primera. Hay diferentes teorías sobre la cuestión de la sanción de los ilícitos en general. En relación al tratamiento de los autores de violaciones de derechos humanos, cada uno de los Estados involucrados en la cuestión se ha ocupado de ella en el contexto de su situación específica.⁸ Si ignorar los crímenes cometidos contra la humanidad y permitir que sus autores sigan en libertad contraría tanto las normas jurídicas como las morales, la venganza ejercida contra ellos sin ponderar los distintos factores ni considerar las consecuencias de la pena, es algo contrario al sentido común. De ahí la búsqueda de un adecuado equilibrio entre amnistía y venganza. Se procura determinar la justa sanción y debe comenzar con la siguiente pregunta: ¿cuáles son los objetivos de la sanción?

7 El Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP) se estableció en 1979. Su estatuto constitutivo se basa en la Declaración de Argel. Celebró sus sesiones, que abarcan una amplia gama de casos de violaciones a los derechos humanos, en Afganistán, Argentina, El Salvador, Guatemala, India, Filipinas, y Zaire. Ver Times of India (Nueva Delhi), 14/10/1992, p. 3.

8 John M. Dyke y Gerald W. Berkley, "Redressing Human Rights Abuses", *Denv. J. of Int' Law and Policy*, vol. 20 (1992), p. 243.

Por lo general, los objetivos de la sanción son: impedir que una persona reincida en delinquir, que repare la transgresión al orden jurídico, impedir que otros cometan un delito similar atrayendo su atención sobre las consecuencias de la comisión de un acto delictivo, confortar psicológicamente a la víctima y a la sociedad, transmitiendo la idea de que el acto ilícito cometido contra ellos conlleva la imposición de sanciones, y, de ser posible, reeducar al delincuente convirtiéndolo en un ciudadano respetuoso de la ley. Desde una perspectiva humanístico social, la sanción es una medida adoptada para suscitar en el alma del culpable un verdadero arrepentimiento, el respeto por la justicia, simpatía por el resto de los seres humanos, especialmente las víctimas, y el amor a la humanidad.⁹ Una sociedad democrática no puede permitir, ni la existencia de un sistema de sanciones basado en la ley de Lynch, ni la ceguera de una administración de justicia provocada por la anarquía, la acumulación de causas y la corrupción judicial. Asimismo, aplicar penas proporcionalmente a la gravedad de la violación de los derechos humanos no resulta satisfactorio para nadie.

En consecuencia, a fin de determinar cual es la justa pena aplicable, no se deberá atribuir exagerada importancia a cualquier teoría sobre la sanción. Si el castigo es demasiado leve, o no es el que corresponde, puede privar a la ley de su efectividad, y sus efectos serán alentar a los autores de violaciones de derechos humanos. Si es demasiado severo, o inadecuado, puede fortalecer sus tendencias criminales y llevarlos a la comisión de nuevos actos delictivos. El sistema pierde efectividad si no consigue proteger a la sociedad desalentando a los ofensores. Pierde credibilidad si no refleja el sentir y el temperamento de la sociedad ante la inconducta de los delincuentes. El sistema merece la reprobación, si no consigue impartir justicia equitativa para el ofensor, la víctima y la

9 H. Openheimer, *Rationale of Punishment* (1913), p. 130-132. Cf. Mehraj-din, *Crime and Criminal Justice System in India* (Nueva Delhi, 1984), p. 137.

comunidad.¹⁰ En cuanto cuestión de política, el hecho de no sancionar al culpable trae por consecuencia la venganza y debería tener por el contrario un contenido de rehabilitación. Las penas deberían aplicar el principio de la proporcionalidad a la luz de las consecuencias establecidas en la sentencia y no debería ser de naturaleza y duración determinada. No se envía un loco a un asilo por un período determinado de tiempo. Del mismo modo, no refleja buen criterio enviar un delincuente a la cárcel por un período fijo. Sería conveniente tratar a los que cometen violaciones a los derechos humanos de un modo similar, dejando que los tribunales determinen la culpabilidad o inocencia y que las autoridades de reeducación tengan facultades para determinar la naturaleza y la duración de la pena, bajo una supervisión responsable. Pueden ser explorados en determinados casos: el uso de prisiones abiertas, de sistemas de libertad condicional, y en ciertos casos la sustitución de la prisión, por trabajo destinado a mantenimiento de la familia de las víctimas.

Este enfoque conduciría al dictado de sentencias dispares y puede ser fuente de numerosos problemas. Por supuesto que el primer afectado será el principio de equidad y un sentimiento de discriminación hará que el culpable considere el sistema con cinismo. La determinación de una sentencia indefinida, será un enigma permanente para las instituciones responsables del seguimiento del culpable y la determinación del momento oportuno para permitirle su reintegración al seno de la sociedad. La experiencia del derecho penal interno es que, la disparidad de las sentencias limita la capacidad del sistema para desarrollar razonables actitudes en los ofensores. No es muy probable que un delincuente que cumple una sentencia de diez años, por el mismo hecho por el que a otro se le aplicaron tres años, sea receptivo a un programa de corrección¹¹. Habrá una suerte de hostilidad hacia el sistema. Esto reducirá las posibilidades de

10 Mehraj-ud-din, *ibid.*, p. 147.

11 *Ibid.*, p. 148.

resocialización del delincuente agraviado, ya que sentirá que existe discriminación en su contra. En todo caso, deberían existir razonables bases de disparidad en las reacciones sociales ante las violaciones de los derechos humanos. Lo que sería deseable en consecuencia, no es la uniformidad de las sentencias sino la uniformidad de filosofía de flexibilidad de las respuestas de la sociedad a esas violaciones, que pueden dar lugar a la existencia de sanciones de conformidad con su política sociojurídica. Sin embargo, cabe preguntarse si ésto se puede lograr en la práctica.

Aún con una larga experiencia en causas penales, la mayoría de nuestros sistemas judiciales ignoran la cuestión de las sentencias.¹² La mayoría de nuestros jueces no pueden ir más allá de lo que establecen las leyes penales de los viejos sistemas y la mayoría de las innovaciones científicas y técnicas no han sido puestas a prueba desde el punto de vista de su repercusión social, especialmente en cuanto a la conducta del delincuente.¹³ No se puede estar seguro si las instituciones judiciales tradicionales pueden hacerse cargo de pronunciar sentencias condenatorias a los autores, de manera satisfactoria y que contemplen las complejidades del caso. Necesitamos jueces de extraordinarias calificaciones, capacidad y creatividad, a los que pueda asignárseles la tarea de establecer castigos justos en casos de violación a los derechos humanos. Asimismo, debería existir un procedimiento instructorio y audiencias separadas a fin de individualizar la justa sanción.¹⁴ La autoridad que efectúa esta individualización debería estar asistida en su tarea por

12 Juez Krisna Iyer, *ibid.*, p. 152, fn. 239.

13 No conocemos de ningún veredicto de un tribunal basado en un enfoque antropológico que trate de reformar a un delincuente por medio del transplante de un órgano o la modificación de la actividad de su cuerpo. Tal innovación, no debe confundirse con las diferentes penas, como la amputación de las manos de un ladrón, que entra en la categoría de pena inhumana o degradante.

14 Muchas leyes nacionales lo requieren. Además, una audiencia separada para la sentencia podría reducir el perjuicio, de existir, en el proceso de castigar al culpable.

antropólogos, sociólogos, activistas en derechos humanos y otros. Con objeto de determinar la justa sanción deberían tenerse en cuenta los factores siguientes:

En primer lugar, la filosofía de la violación a los derechos humanos, es decir, la actitud hacia la misma del que la comete. Puede determinarse planteando las siguientes preguntas: ¿Niega su comportamiento delictivo? ¿Lo considera una cuestión sin importancia? ¿Lo encuentra justificable? Los antecedentes de la investigación de las denuncias de violaciones a los derechos humanos pueden ayudar a encontrar las respuestas.

En segundo lugar, las consecuencias sociales del castigo. Esto puede averiguarse planteando las siguientes preguntas: ¿Cuál es la actitud general de la sociedad hacia los delitos conexos con violaciones a los derechos humanos en cuestión? ¿Cuál es el potencial de esos violadores para afectar la estabilidad social? ¿Cuál es el estado del imperio del derecho en una Época determinada? Para encontrar las respuestas a tales cuestiones pueden emplearse encuestas sociales, informes de inteligencia y encuestas de opinión.

En tercer lugar, verificar cuales son las alternativas de sanción en cada caso específico. Ellas pueden identificarse planteando la cuestión siguiente: ¿Rige en la sociedad lo que ha sido escrito? (por ejemplo los Estados Unidos y la mayoría de los países occidentales) o ¿la costumbre? (por ejemplo India, la mayoría de los países asiáticos y casi todos los países africanos).

Este último factor es de gran importancia, debido a las dificultades en aplicar las sanciones a los que cometen violaciones a los derechos humanos, a la dudosa efectividad de las sanciones para fortalecer el respeto por los derechos humanos y los problemas especiales que el tema plantea en Asia, Africa y América Latina.

El principio de que el autor de una violación a los derechos humanos debe ser castigado presenta algunas dificultades. Primero, los antropólogos criminalistas y los científicos sociales

no han llegado a una conclusión final acerca de la utilidad de la sanción para reparar los agravios de naturaleza grave. Por el contrario, muchos de ellos tienen el convencimiento que las condenas de prisión de larga duración son un obstáculo para la resocialización del ofensor. Emile Gautier llama a la prisión "una casa caliente para plantas venenosas".¹⁵ Segundo, si el que comete una violación de derechos humanos tiene razones para creer que será tratado duramente, puede preguntarse por qué razón debe cooperar con el Estado y la sociedad. De ello resulta que la investigación de las violaciones a los derechos humanos no puede llevarse adelante sin dificultades y los hechos relevantes pueden permanecer ignorados.¹⁶ En tercer lugar, muchos ofensores podrían ser condenados a penas pecuniarias; pero ésto no es lo deseable en todas las situaciones. Hay pérdidas que no pueden cuantificarse. No debería permitirse que el ofensor pueda elegir entre una pena pecuniaria o la prisión. De ser posible, la noción de reparación debería combinarse con multa. El ofensor debe pagar a la víctima, y ser multado por la sociedad. Este tipo de penalidad gemela hace justicia a las relaciones entrelazadas, ínsitas en el concepto de derechos humanos que se desarrolla en la primera parte de este trabajo. Sin embargo, cuando el ofensor no puede cumplir una pena pecuniaria o reparación, no debería ser condenado a una pena privativa de libertad, sino inducido a que brinde su trabajo o sus capacidades.

El principio de que el delincuente debe pagar tiene numerosas desventajas. Tiende a restar importancia a la tragedia. El peligro reside en la posibilidad de que la gente se sienta bien con respecto a los demás momentáneamente, sin que se afecten las realidades sociales subsistentes, generadoras de situaciones causantes de las violaciones a los derechos humanos. Por

15 Cf. Havelock Elles, *The Criminal* (1914), p. 309.

16 Por ejemplo, el fracaso de la Comisión Shah, establecida en 1977 para investigar los excesos cometidos durante el régimen de emergencia imperante en India de 1975 a 1977.

consiguiente, además de la pena privativa de libertad para el ofensor, de las multas a pagar al Estado y/o reparación a la víctima, debería efectuarse una reestructuración de las instituciones gubernamentales, un cambio en las actitudes de la sociedad y una transformación de las relaciones sociales. El programa de reparación debe basarse en los cimientos morales y jurídicos de un país, a fin de dar respuesta a los problemas internos que puedan presentarse en el futuro, e instar a otros países a que aprovechen de su experiencia.¹⁷ La legitimidad jurídica, moral y funcional de ese programa de reparación puede ponerse a prueba planteando la pregunta de si ese programa puede servir de modelo a otros países. Para responder habría que determinar si de algún programa individualizado de reparación ha surgido alguna norma jurídica, una concepción política, un compromiso y si ha tenido lugar alguna reestructuración de orden burocrático, jurídico o modificación de actitud.

El método adecuado para tratar a los delincuentes no consiste en aplicarles simplemente una “sanción”, que puede adoptar la forma de privación de libertad, multa o reparación, equivalentes a lo que la opinión de la sociedad o los jueces consideren a la medida de la ofensa, ya que esto sería una mera modificación de la ley del talión. Por el contrario, la noción de sanción debería considerarse junto con la reacción social contra el delito y los valores últimos de una sociedad. Elles observa con razón que “Todo lo que es mejor en una civilización está vinculado al autocontrol y a la humanidad, así como a una percepción más inteligente, que al admitir una reacción social más correcta hace imposible la ferocidad”.¹⁸ Consecuentemente con ésto, Ferri, hace mucho tiempo insistía en su *“Sociologia Criminale”*, en la necesidad de aplicar “sustitutos penales” o métodos no penales

17 Edmonds, “Beyond Prejudice Reduction”, MCS Conciliation Quarterly (Spring 1991), p. 5. Cf. Eric K. Yamamoto, “Friend, or Foe or Something Else: Social Meaning of Redress and Reparations”, Denv. J. of Int’ Law and Policy, vol. 20 (1992), p. 232.

18 Elles, n. 15, p. 301.

para combatir la delincuencia.¹⁹ ¿Cómo encontrar un sustituto penal adecuado para el que comete una violación de derechos humanos?

Los diferentes países tienen repertorio de sanciones distintos. Incluso en un país, la gente de ciudades diferentes puede tener opiniones distintas. Y en una misma ciudad se discrepa acerca de las sanciones atribuibles a los diferentes delitos. Así, mientras los funcionarios policiales son favorables a aplicar sanciones basadas en el principio de “retribución”, otros tienen puntos de vista diferentes. En Japón, por ejemplo, la disculpa y la restitución son dos sanciones importantes. Como lo señala Bayley “la disculpa no es sólo el reconocimiento de la propia culpabilidad, es el compromiso de no delinquir nuevamente”.²⁰ Los japoneses prefieren una suerte de restauración de la relación. Por otra parte, las encuestas indican que las sanciones que eligen los norteamericanos y los rusos, raramente están dirigidas a la restauración de los vínculos, sino que a menudo procuran el aislamiento del delincuente.²¹ En la India, hay diferentes sanciones extrajurídicas según las diferentes religiones, regiones y castas. Entre los sikhs, la sanción más severa es declarar al delincuente *tankhahya* (alguien al que se le aplica una multa por quebrantar principios religiosos). Entre los musulmanes, llamar *Kafir* (no creyente) a una persona es una censura grave. Entre los hindúes, una *Shrapa* (maldición) contra el delincuente es una sanción grave. En las aldeas indias, el ostracismo social o la expulsión de una persona es considerado una sanción grave. La

19 Cf. *ibid.*, p. XI.

20 David Bayley, *Forces of Order: Policing Modern Japan* (1991), p. 131. Ver también Hiroshi Wagatsumo y Arthur Rosett, “The Implications of Apology: Law and Culture in Japan and the United States”, *Law & Society Rev.*, vol. 20 (1986), p. 461.

21 Joseph Sanders and V. Lee Hamilton, “Legal Cultures and Punishment Repertoires in Japan, Russia, and the United States”, *Law & Society Rev.*, vol. 26 (1992), p. 133.

pena más adecuada al delito de violación es obligar al delincuente a casarse con la víctima. En la India, obligar al transgresor a afeitarse la cabeza, ennegrecerse el rostro y montar un asno en público, son sanciones muy difundidas de actos inmorales. Asimismo, mendigar, ayunar, llorar, bañarse en los ríos sagrados y el remordimiento son aún considerados los medios más civilizados de admitir la culpabilidad, autoinfligirse castigo y purificar el alma. El viejo sistema inglés de la admisión del delito, en el que el culpable depositaba una suma de dinero, era una excelente garantía hacia la sociedad contra su reincidencia. De manera similar, el concepto islámico de “dinero sangriento”, de acuerdo al cual el culpable paga por las pérdidas potenciales sufridas por la víctima, es una ilustración de la confesión, sanción y resocialización. Se deben estudiar esas sanciones sociales informales frente a las sanciones legales formales y evaluar su utilidad y eficacia comparada. Muchas de ellas son de aplicación valiosa en casos de violación de derechos humanos. Es necesario modernizar las mejores tradiciones de la sociedad, crear una cultura jurídica contextual y aplicar sanciones educativas cuasipenales o no penales a los que cometen violaciones a los derechos. En lugar de condenarlos a penas privativas de libertad y que se acentúen sus tendencias criminales, es mejor hacerlos participar del sufrimiento de las víctimas. Se les debería hacer asistir a cursos en organizaciones de derechos humanos, que aprovechen los servicios de docentes en esa materia, publicistas o investigadores, monitores en derechos humanos, asistentes de equipos de expertos que investigan violaciones a los derechos humanos y organizadores de programas de asistencia jurídica para las víctimas de las violaciones de esos derechos.

El enfoque antes mencionado, es aplicable a una sociedad en la que las corrientes de respeto a la ley son más fuertes que los que la infringen y en la que el otorgamiento de la amnistía o del perdón a un delincuente, es parte integral de un proceso de administración de justicia que se desarrolla de conformidad al derecho. En cambio, ¿qué criterio puede aplicarse cuando los violadores de derechos humanos obtienen para sí la amnistía o el

perdón, como requisito previo para permitir a las autoridades del Estado el restablecimiento del imperio del derecho?

Por más graves que puedan ser las objeciones jurídicas y morales a las leyes de amnistía, el poder político de los autores de las violaciones a los derechos humanos y el deseo de los demás de procurar la reconciliación a fin de restaurar el derecho y el orden, hacen de la aplicación de esas leyes un mal inevitable. Nadie puede dar mejor testimonio de esta situación que algún nacional de Argentina o Uruguay. La agonía de Argentina y la incapacidad de Uruguay para revocar su ley de amnistía por medio de un plebiscito, transmiten un claro mensaje: dondequiera que los violadores de derechos humanos retengan poder, como generalmente lo hacen, no es fácil arribar a un proceso democrático sin otorgar concesiones, incluida la amnistía. Su lema es simple: si no hay amnistía, no hay paz. Sin embargo, incluso la amnistía no asegura la paz y el orden o la supervivencia de un proceso democrático, puesto que debilita las raíces del imperio del derecho, lo que lleva a un círculo vicioso. El desafío consiste en: cómo poder lograr una ley de amnistía sensible a la serenidad. Con este propósito, debemos desarrollar un conjunto de medidas de compromiso, que incluya los componentes siguientes:

En primer término, respecto a la legalidad de la amnistía se debería preguntar: ¿Quién promulgó la ley de amnistía en cuestión? ¿El régimen que viola los derechos humanos, o su sucesor, un gobierno elegido democráticamente? Si la ley de amnistía fue promulgada por el régimen transgresor, no sólo caben pocas dudas de que la ley no es válida, sino también sobre la ilegitimidad del proceso legislativo. Si, no obstante, la ley fue sancionada por un gobierno democráticamente electo, se deben considerar los diferentes factores, incluyendo las circunstancias en las cuales fue elaborada y sus disposiciones. Si fue obtenida de manera forzada de un gobierno elegido democráticamente, nuevamente se puede afirmar que no hay dudas acerca de su invalidez, pero si es el producto de un debate libre y justo sobre la materia y tiene un enfoque ponderado del problema, la cuestión de su validez queda abierta, por lo menos a nivel internacional.

En segundo lugar, a fin de mantener un mínimo de moralidad de la ley se debería preguntar cual es el ámbito de aplicación de la ley de amnistía en cuestión. Si ella otorga una amnistía absoluta a los autores de las violaciones, su invalidez va de suyo. Por otra parte, es en cierta medida válida si admite la presentación de reclamaciones civiles de reparación y contiene algún tipo de censura contra los transgresores. Se podría aceptar con renuencia la amnistía por delitos cometidos en el ejercicio normal de las funciones del Estado. En cambio, la comisión de delitos atroces, tales como genocidio, violación, asesinato indiscriminado de civiles, tortura de detenidos y de sus familiares, y la destrucción del patrimonio cultural, son actos imperdonables. En esta línea, y estableciendo la distinción entre derechos suspendibles y no suspendibles, se puede adoptar la clasificación amplia de violaciones perdonables y no perdonables.

En tercer lugar, la amnistía a los violadores de derechos humanos no significa que sus delitos deban permanecer en el misterio. Todos los casos de violaciones deberían ser investigados por un grupo imparcial de expertos y sus informes hechos públicos. Por lo menos, deberían decir la verdad para que a su autor le remuerda la conciencia por los crímenes cometidos.

En cuarto lugar, debería existir un mecanismo de control del comportamiento de los autores de violaciones de derechos humanos después de haber sido amnistiados. De comprobarse que son reincidentes, debería reexaminarse la cuestión de su *amnistía*.

Después de haber diseñado el marco teórico de las respuestas flexibles de la sociedad al problema de la impunidad y de las graves violaciones de los derechos humanos, se tendría que comprobar su eficacia en algunos casos resonantes, tales como las atrocidades de Idi Amin en Uganda, el genocidio del régimen de Pol-Pot en Camboya, la "limpieza étnica" en Bosnia Herzegovina, y el *apartheid* en Africa del Sur.

Hasta el día de hoy no se han iniciado acciones contra Idi Amin. No hubo ninguna iniciativa solicitando su extradición.

Sólo recientemente el gobierno de Uganda ha ofrecido indemnizar a los asiáticos expulsados por Idi Amin en 1972. No se menciona la cuestión de las indemnizaciones a los miles de infortunados ugandeses víctimas de las atrocidades de Idi Amin. Probablemente no tienen la capacidad suficiente para mover la economía de su propio país. De cualquier modo, en ausencia de una investigación auténtica y sistemática de las atrocidades de esos asesinatos, se hace ahora difícil la reparación de los agravios causados por violaciones masivas de derechos humanos cometidas hace veinte años.

El régimen de Pol Pot ha cometido con impunidad el genocidio de un millón de sus nacionales. Puede olvidarse el perdón por omisión durante la Epoca de la Guerra Fría, pero ¿cómo podría ignorarse el desafío permanente a la ley por parte del Khmer Rojo luego de terminada la Guerra Fría? En lugar de perseguir a los autores del genocidio, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas está tratando empeñosamente de que participen en el proceso de pacificación. Después de la puesta en práctica de los Acuerdos de París y el establecimiento del imperio del derecho en Camboya, el Khmer Rojo se proclama el salvador de la democracia.

La "limpieza étnica" en Bosnia Herzegovina, demuestra la indefensión del aparato de ese Estado (Bosnia es un Estado independiente y miembro de las Naciones Unidas; se supone que tiene la capacidad y la voluntad de cumplir con las obligaciones de la Carta de las Naciones Unidas, incluidas la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos), de la Comunidad Europea, de las Naciones Unidas y de los principios humanitarios consagrados y de sus custodios. Finalmente, el Consejo de Seguridad ha decidido establecer un grupo de expertos para investigar los delitos.²² Las facciones en combate no

22 Informe del Secretario General en cumplimiento de la Declaración adoptada en la Reunión Cumbre del Consejo de Seguridad del 31 de enero de 1992 (Nueva York, 1992).

han permitido fácilmente el acceso de los que prestan socorro al teatro de guerra. Cabe preguntarse si ellos permitirán a los investigadores reunir los elementos para un juicio futuro.

La larga denegación de los derechos humanos en Africa del Sur, que lleva cincuenta años, ha sido caracterizada acertadamente como un "crimen contra la humanidad". Por consiguiente, los líderes más duros del Consejo Nacional Africano manifiestan que una vez instaurado el gobierno de la mayoría, establecerán un tribunal similar al de Nuremberg, para juzgar a los que perpetraron el apartheid. Se ha constatado que mientras el 15% de la minoría blanca tiene la propiedad de más del 87% de las tierras más ricas de Africa del Sur, el 75% de la mayoría negra posee sólo el 13%. ¿Cómo podría darse satisfacción a los reclamos de reparación de la mayoría negra sin quitarle a los blancos una gran parte de sus propiedades? ¿Podrá una redistribución equitativa de las tierras permitir la reconciliación del pueblo? Existe el sentimiento de que la magia de Mandela traerá la tan ansiada liberación del *apartheid*, pero no habrá reparaciones adecuadas para las víctimas. Hablar de un tribunal como el de Nuremberg no es más que un sueño y el espejismo de Mugabe es una prueba de ello. El éxito del Consejo Nacional Africano en haber obligado a que el gobierno de Klerk permitiera a un grupo de expertos la investigación de la masacre de Boipatong, no debe sobreestimarse; sólo tres meses después, tuvo lugar la masacre de Ciskei. Extrañamente, mientras que a consecuencia de la primera masacre, el Consejo Nacional Africano se retiró de las negociaciones constitucionales, reanudó las mismas poco después de producida la última.

En suma, el enfoque basado en el respeto del derecho que propicia la modernización, integración y aplicación de las diferentes sanciones sociales, originadas en culturas y tradiciones diversas, puede ser de utilidad para establecer la responsabilidad civil y penal de los que cometen violaciones a los derechos humanos de escasa gravedad, pero no lo es en casos muy graves, como los antes mencionados. Únicamente las respuestas colectivas de la comunidad internacional, utilizando tanto medios

coercitivos como persuasivos pueden ser idóneas en esos casos. Cuando ello no fuere posible a nivel intergubernamental, pueden explorarse alternativas a nivel no gubernamental. En todo caso, debería centrarse la atención en la investigación de las violaciones, la identificación de las causas que las provocan, y la evolución de soluciones razonables y ampliamente aceptadas. En Una Agenda para la Paz ²², el Secretario General de las Naciones Unidas señala la posibilidad de activar la totalidad del sistema de las Naciones Unidas, para enfrentar las violaciones graves a los derechos humanos. Para ello sugiere, entre otros, el establecimiento de un sistema de información y alarma temprana, que puede ser empleado con objeto de proceder al seguimiento de las graves violaciones de los derechos humanos, vigilar a sus autores e iniciar acciones para reparar las consecuencias de esas violaciones.

Si como es evidente por lo antes mencionado, la cuestión de la amnistía por graves violaciones a los derechos civiles y políticos es de por sí suficientemente compleja, existe otra vasta área de violaciones a los derechos humanos igualmente importante, que no ha sido hasta ahora adecuadamente considerada en el contexto de la amnistía, y que se relaciona con la violación de los derechos económicos, sociales y culturales. Tales violaciones han recibido destacada atención, especialmente durante el proceso de descolonización. En julio de 1992, por ejemplo, la Cumbre de Dakar de la OUA, decidió constituir un grupo de personalidades eminentes para preparar una demanda, a fin de que Europa indemnice por su colonización del pasado y la esclavitud a que sometió a los africanos. ²³ La cuestión puede ser difícil en cuanto a los resultados que puedan obtenerse, pero la validez de promover la toma de conciencia histórica es indiscutible. Nadie sabe cual será el resultado final, pero sabemos que Nauru - un diminuto país situado en una isla del Pacífico- ha recurrido ante la Corte Internacional de Justicia para reclamar indemnizaciones

23 Ver West Africa (25-31 Mayo 1992), p. 894.

por la explotación de fosfatos ocurrida durante la colonización de Australia. La Resolución de la OUA y el caso Nauru indican que un gran número de países y pueblos observan el problema de las graves violaciones a los derechos humanos desde una amplia perspectiva.²⁴ Por otra parte, los académicos en el campo de derechos humanos, activistas y publicistas hemos hasta ahora concentrado la atención en las graves violaciones de los derechos civiles y políticos. ¿Estamos dispuestos a ampliar nuestra comprensión de la materia en discusión, incluyendo y considerando el problema de los autores de graves violaciones a los derechos económicos sociales y culturales?



24 Desde su perspectiva, los derechos colectivos, tales como el derecho a la libre determinación y a la soberanía permanente sobre los recursos naturales (Artículo 1 de los Pactos de Derechos Humanos) ocupan un lugar prominente.

Reconciliación, conciliación nacional

Philippe Texier

Magistrado,

Experto de Naciones Unidas - Francia

Siempre que se trate de poner fin a un conflicto internacional como fue en el caso de la segunda guerra mundial, o a un conflicto interno, como actualmente en El Salvador y tal vez un día en Guatemala, o Colombia o Perú, o ya se trate del pasaje de una dictadura a una democracia, como en Portugal, España, Grecia o, en el cono sur del Continente Americano, como en Chile, Brasil, Argentina, Uruguay o Paraguay, la cuestión de la reconciliación internacional o nacional siempre ha estado en el centro de los procesos de transición o de paz, surgiendo la contradicción entre la necesidad de establecer la verdad histórica sobre un período turbado y el castigar a los culpables de graves ataques a los derechos humanos.

Esta contradicción se ha traducido de diversas maneras, pero la mayoría de las veces, mediante la adopción de decretos o leyes de amnistía, a menudo ambiguos en sus objetivos, pero cuya consecuencia ha sido casi siempre asegurar la impunidad de hecho a los autores de las más graves violaciones a los derechos humanos.

Puede citarse, sólo para América Latina, el Decreto Ley 2191 de Chile, publicado el 19/4/1978; en Brasil, la Ley 6683 del 28/8/1979 y la enmienda constitucional N° 26 del 27/11/1985; en Argentina, una serie de textos sucesivos han atenuado los efectos de un proceso que había, no obstante, permitido que varios miembros de la Junta militar fueran juzgados y condenados a penas severas: primero fue el "documento final" de la Junta militar del 28/4/1983, luego la Ley 22.926 del 22/9/1983 designada a veces "Ley de autoamnistía";

la Ley 23942 del 12/12/1986 sobre la extinción de la acción penal, llamada Ley de “punto final”; y a continuación, la Ley 23521 del 5/6/1987 o “Ley de obediencia debida”.

En Uruguay, la Ley 15.848 del 28/12/1986 se titula “Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado”.

En Guatemala, el Decreto Ley 8.86 determina la amnistía general y los acuerdos de Esquipulas II preveen que serán aprobados decretos de amnistía en cada país centro americano.

En El Salvador, es el Decreto 805 del 27/10/1987 que establece una “Ley de amnistía para obtener la reconciliación nacional”. Y, luego de los acuerdos de paz del 31/12/1991, una nueva ley de amnistía fue votada a unanimidad por la Asamblea Legislativa el 23/1/1992.

En Honduras, en noviembre de 1987, el congreso votó también una ley de amnistía “amplia e incondicional”.

Sin entrar en el análisis de esos textos, es necesario constatar tan sólo que están fundados sobre la idea de la reconciliación nacional y consideran que no se puede llegar a ella sin un perdón previo. Aún será necesario, para que pueda ejercerse el perdón, que la verdad histórica sea establecida, los autores de los más graves crímenes identificados, que el sufrimiento de las víctimas y sus allegados no sea negado. Esto no siempre se ha dado en los procesos de transición observados en el curso de los últimos decenios.

¿Existe compatibilidad entre la necesidad de una reconciliación nacional -sin la cual un proceso de transición no puede transformarse en una democracia duradera- y el establecimiento- también indispensable- de la verdad histórica de un período de guerra o de dictadura? ¿Se puede construir la paz sobre la negación de la historia?

Es extremadamente difícil dar una respuesta satisfactoria a esta cuestión, y todos los procesos observados en el curso de los últimos años son, en diferentes grados, *muy imperfectos*.

Quisiera intentar aportar a estos encuentros el fruto de una experiencia, todavía en desarrollo, que trata de transformar los

acuerdos de paz en un proceso de democratización y reconciliación durables: la de El Salvador.

El proceso salvadoreño es original a varios títulos: en cuanto, primera experiencia de Naciones Unidas de observación en el terreno de la situación de los derechos humanos en un país soberano; transformación de instituciones por la aplicación de acuerdos de paz firmados entre el gobierno y un movimiento insurreccional armado; establecimiento de una "Comisión de la Verdad", no nacional, nombrada por el Secretario General de la ONU y cuyo informe final podrá tener una influencia sobre el alcance de la ley de amnistía. Estas son algunas de las innovaciones surgidas de la creatividad de los negociadores.

Si bien las primeras conversaciones con miras a la preparación de una paz negociada se remontan a 1984, fue necesario esperar a 1989 para que el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (F.M.L.N.), firmaran un acuerdo el 15 de setiembre en México para "emprender un proceso de diálogo con el fin de poner término, por la vía política, al conflicto en El Salvador". Desde ese primer acuerdo, las partes invitaron al Secretario General a enviar un representante a las conversaciones siguientes, mantenidas en San José de Costa Rica el 16 y 17 de octubre.

Desde ese momento y a pesar de enormes dificultades, las conversaciones con miras a poner fin al conflicto, no cesaron jamás; y el Secretario General durante esos dos años tuvo una parte determinante, ya sea personalmente o por intermedio de su representante.

El primer acto que selló esta voluntad de negociación es conocido con el nombre de Acuerdo de Ginebra. Firmado el 4/4/1990, concretiza el compromiso del gobierno y del FMLN a no abandonar unilateralmente las negociaciones. Este acuerdo persigue cuatro objetivos: "terminar el conflicto armado por la vía política en el plazo más breve posible, impulsar la democratización del país, garantizar el estricto respeto de los derechos humanos y reunificar la sociedad salvadoreña".

La lógica del proceso, desde el inicio, comprendía dos fases: en primer lugar obtener acuerdos políticos en varios ámbitos, luego, gracias a esos acuerdos, llegar a una solución del conflicto armado.

El 21 de mayo de 1990, un acuerdo firmado en Caracas (Venezuela) estableció que la verificación de esos acuerdos políticos comenzaría al mismo tiempo que la de los acuerdos futuros que surgieran de las mesa de negociaciones. La Agenda de esos acuerdos comprendía: las fuerzas armadas, los derechos humanos, los sistemas judicial y electoral, la reforma constitucional, los problemas socio-económicos y, finalmente, la verificación por Naciones Unidas. La segunda fase de las negociaciones debía conducir al establecimiento de las garantías y condiciones necesarias para la reincorporación de los miembros del FMLN a la vida civil, institucional y política del país, dentro de un marco de plena legitimidad.

A partir de allí, se han desarrollado negociaciones complejas, que no siempre respetaron el calendario establecido en Caracas, que han tenido numerosas vicisitudes, que incluyeron un diálogo directo entre comisiones negociadoras con la participación activa de un representante del Secretario General, que siempre jugó un papel de mediador.

Es significativo hacer notar que el primer acuerdo operacional fue el de San José (Costa Rica) sobre derechos humanos, del 26/7/1990. Las partes y especialmente el FMLN, deseaban unir el conjunto del proceso a la obligación, para cada uno, de respetar los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Pedían entre otras cosas, el establecimiento de una misión de verificación de Naciones Unidas, para controlar, a escala nacional y por largo plazo, el respeto y la garantía de los derechos y libertades fundamentales. Esta misión no tiene precedentes en la historia de Naciones Unidas.

Este acuerdo comprende un preámbulo y dos partes. El preámbulo se refiere al ordenamiento jurídico en El Salvador que consagra el reconocimiento de los derechos humanos y el deber del Estado de respetarlos y garantizarlos; las obligaciones internacionales del Estado; la capacidad y voluntad del FMLN de "respetar los atributos inherentes a la persona humana"; recuerda el propósito común

expresado en el acuerdo de Ginebra “de garantizar el estricto respeto de los derechos humanos en El Salvador” y de someterse a la verificación por Naciones Unidas; antes de dar una definición bien amplia de lo que debe comprenderse por “derechos humanos”.

La primera parte enumera una serie de acciones y de medidas inmediatas que deberán ser tomadas para “evitar todo tipo de hechos o prácticas que atenten contra la vida, la integridad, la seguridad y la libertad de las personas”, y para “erradicar toda práctica de desaparición y secuestros”. Luego detalla el conjunto de derechos protegidos: derechos políticos, libertad de circulación, condiciones para los arrestos y derechos de las personas arrestadas o capturadas; liberación de los detenidos políticos; habeas corpus y recurso de “amparo”; derecho de asociación, de expresión y de prensa; documentación de los desplazados y repatriados y libertad, para ellos, al desarrollo de sus actividades económicas, políticas y sociales; finalmente el derecho al trabajo, cuya importancia es destacada y remitida a futuras negociaciones.

La segunda parte define las facultades de la misión de verificación de Naciones Unidas, y sus prioridades: observar los derechos a la vida, a la integridad y a la seguridad de la persona, al debido proceso, a la libertad individual y a las libertades de expresión y de asociación. En cuanto a las facultades, son muy amplias, ya que comprenden un derecho de encuesta muy extendido; facultad de recibir quejas de cualquier persona; visita a todo lugar o establecimiento sin aviso previo; escuchar a cualquier persona, entidad o institución; formular recomendaciones a las Partes, a partir de conclusiones extraídas del examen de casos o situaciones; ofrecer asistencia a la autoridad judicial a efectos de ayudar al perfeccionamiento de los medios judiciales de protección de los derechos humanos y el respeto de las reglas del debido proceso; elaborar y ejecutar una campaña de educación y de divulgación sobre los derechos humanos y las funciones de la misión; hacer uso de los medios de comunicación social; por fin, informar regularmente al Secretario General y por su intermedio, a la Asamblea General.

Las partes se comprometen a apoyar la misión lo más ampliamente posible.

La misión tiene competencia para examinar los casos de violaciones de derechos humanos que se produjeran a partir de su instalación; y, con respecto a los hechos anteriores, puede remitirlos, si lo juzga útil, a los órganos competentes.

Si bien el artículo 19 del acuerdo preveía que la misión comenzaría a ejercer sus funciones a partir del cese el fuego, las partes solicitaron al Secretario General, desde noviembre de 1990, comenzar lo antes posible la verificación del acuerdo sobre derechos humanos. En marzo de 1991, el Secretario General envió una misión sobre el terreno para examinar la posibilidad de comenzar la verificación antes del fin del conflicto armado. En vista del informe de esta misión, y asumido por el Secretario General, el Consejo de Seguridad adoptó por unanimidad, el 20 de mayo de 1991, la resolución 693 que estableció la "Misión de observadores de Naciones Unidas en El Salvador" (ONUSAL), que se instaló el 26 de julio de 1991, simbólicamente el día del primer aniversario de la firma del acuerdo de San José.

Por primera vez, por lo tanto, la O.N.U. envió sobre el terreno una misión de verificación de derechos humanos; por primera vez, una tal misión comenzaría su tarea antes de la firma del cese el fuego, dado que los acuerdos de paz sólo fueron firmados el 31/12/1991 a media noche, sellando así el fin del mandato de Javier Pérez de Cuellar, activo en el proceso hasta el último minuto. El 16 de enero de 1992, los acuerdos eran solemnemente ratificados en el palacio de Chapultepec, en México, en presencia de una decena de jefes de Estado o de Gobierno y del nuevo Secretario General de la O.N.U. El cese el fuego se hacía efectivo el primero de enero de 1992, y desde entonces no ha sido violado, lo que constituye un incontestable primer éxito.

Sin entrar en los detalles del trabajo realizado por la misión de verificación de derechos humanos, se puede de todas formas afirmar que su presencia contribuyó a calmar las posiciones, facilitar la firma de los acuerdos posteriores y, sobre todo, a dar progresivamente confianza a la gran mayoría de los salvadoreños en la credibilidad del proceso de paz. En efecto, la presencia permanente en el terreno, tanto en San Salvador como en las capitales regionales, la movilidad

de los equipos de control, en particular en las zonas de conflicto, permitieron recoger, durante el primer año, cerca de 6000 quejas.

Poco a poco, el miedo ha ido disminuyendo, se han conquistado espacios de libertad, y el diálogo permanente de los miembros de la misión tanto con las autoridades gubernamentales, judiciales, administrativas como con las iglesias, las ONG, los sindicatos y el FMLN ha permitido la solución de un buen número de conflictos. La posibilidad ampliamente utilizada de presentarse en todo momento y sin aviso previo, en cualquier parte del territorio donde podía cometerse un ataque a los derechos humanos, en cualquier prisión, local policial o cuartel, o en cualquier punto de concentración del FMLN, obligó a las partes a modificar un cierto número de comportamientos.

Sin duda la campaña de información y de formación, dirigida tanto a militares como a combatientes del FMLN, del poder judicial, de la sociedad civil y de educadores, también ha jugado un papel importante en la toma de conciencia de la necesidad de un cambio. Los informes al Secretario General, hechos públicos, han sido también ocasión de diálogo constructivo con las partes en conflicto y con las ONG, cuyo apoyo constante constituyó una ayuda preciosa al trabajo de la misión. Pero es claro que mucho queda por hacer para pasar de una cultura de guerra, de violencia, arraigada en la sociedad salvadoreña después de veinte años por lo menos, a una cultura de paz, de diálogo, de tolerancia y de conciliación.

Pero no es evidentemente sólo el acuerdo de San José sobre los derechos humanos que puede garantizar una paz durable, una reconciliación profunda y la construcción de una democracia sólida, basada sobre un Estado de Derecho. Ese acuerdo por sí solo no permite, tampoco, atenuar el sentimiento expandido en El Salvador de la total impunidad de que gozan los autores de graves violaciones a los derechos humanos. Desde el asesinato de Monseñor Oscar Romero en 1980 al de los seis jesuitas y dos trabajadoras de la Universidad José Simeón Cañas en noviembre de 1989, pasando por las masacres colectivas de río Sumpul o de Mozote, de la muerte de tantos militantes de derechos humanos, de sindicalistas, a las de simples civiles no implicados en el conflicto armado, los hechos trágicos han

Una excepción a esta impunidad había dado alguna esperanza cuando fueron condenados en setiembre de 1991, dos oficiales superiores, uno de ellos Coronel, por el asesinato de los padres jesuitas. Aunque la justicia no pudo remontar la cadena de responsabilidades hasta los verdaderos autores intelectuales de estos horribles asesinatos.

1 - Las fuerzas armadas

Se establece, no obstante, la distinción entre los conceptos de seguridad y de defensa, lo que significa *ipso facto* la disolución de los cuerpos de seguridad, acusados de haber sido en el pasado, instrumentos de represión y de haber cometido graves violaciones a los derechos humanos.

El sistema de formación de la fuerza armada es también cambiado y se apoya sobre la “preeminencia de la dignidad humana y de los valores democráticos, el respeto de los derechos humanos y la subordinación de la institución a las autoridades constitucionales”, reconociendo implícitamente que no ha sido así en el pasado.

Más importante tal vez, es el establecimiento de un proceso de depuración de la fuerza armada. A este efecto, se creó una “comisión ad hoc” compuesta de tres salvadoreños, de reconocida independencia y cuya trayectoria democrática es irreprochable. Está encargada de evaluar a todos los oficiales de la fuerza armada. Para ello, son tomados en consideración “los antecedentes en relación con el respeto del orden jurídico, y más especialmente de los derechos humanos, tanto en la conducta personal como en el rigor observado en la corrección y la sanción de hechos irregulares, de excesos o de violaciones de derechos humanos cometidas bajo su autoridad, sobre todo en caso de omisiones graves o sistemáticas”.

Esta comisión ha presentado su informe, el que ha permanecido hasta hoy confidencial, pero cuyos resultados deberán lógicamente comprender el alejamiento de un cierto número de oficiales de la institución militar.

Por otra parte, la fuerza armada que había pasado, durante el conflicto, de 7.000 a 63.000 hombres es reducida a la mitad, y los batallones de élite encargados de la contra insurgencia son disueltos.

Se reconoce la necesidad de esclarecer y de superar todo señalamiento de impunidad de oficiales, particularmente en el caso de violación de derechos humanos, remitiendo las Partes la solución de esta cuestión a la Comisión de la Verdad.

Como se indicó, dos cuerpos de seguridad fueron suprimidos, como también la Dirección Nacional de Investigación (D.N.I.), los servicios de información se confían de hoy en adelante a un “órgano de información del Estado”, subordinado al poder civil y sometido a la autoridad directa del Presidente de la República.

Además los órganos paramilitares son disueltos: La Defensa Civil y el Servicio Territorial, que aseguraron durante el curso de los

últimos años un verdadero cuadrillaje de la población civil, bajo el control directo de las autoridades militares.

Los servicios de seguridad privada, responsables de numerosas exacciones y sospechosos de ser los viveros de los siniestros “escuadrones de la muerte”, son reglamentados por una ley cuyo objeto es volverlos transparentes y asegurar un mejor control.

El reclutamiento forzado es suprimido, y se aprobó una ley para organizar el servicio militar y el sistema de reservistas.

2 - La policía nacional civil

La creación de una nueva policía civil es ciertamente una de las innovaciones más destacable de los acuerdos de paz. Se convierte progresivamente, luego de un período transitorio de cerca de dos años, en el único cuerpo de policía con competencia nacional. La doctrina que la anima está basada en los principios democráticos, en la noción de la Seguridad Pública como un servicio del Estado a los ciudadanos, extraño a toda consideración política, ideológica, social; en el respeto de los derechos humanos; el esfuerzo para la prevención del delito y la subordinación del cuerpo a las autoridades constitucionales.

Es totalmente independiente de la fuerza armada y se rige por principios conformes a las normas establecidas en todos los países democráticos.

Se creó una Academia de Seguridad Pública para asegurar la formación de este nuevo cuerpo, tanto a nivel de base como de cuadros intermedios y superiores. El sistema de admisión es determinado por un consejo académico, que debe velar por impedir toda discriminación. Tanto los miembros del FMLN como los ex funcionarios de la policía nacional deben tener acceso por igual a la academia, a condición de cumplir los requisitos de nivel escolar exigidos y de satisfacer un examen de ingreso, basado a la vez en los conocimientos generales y las aptitudes psicológicas para ejercer, sin violencia, las funciones de mantenimiento del orden y de protección de los ciudadanos.

3 - El sistema judicial

Se hace un esfuerzo para mejor garantizar la independencia de la magistratura, a través de un nuevo sistema de designación de los miembros de la Corte Suprema, la creación de una "escuela de capacitación judicial", que funcionará bajo la responsabilidad del consejo superior de la Magistratura, al que se le asigna una misión general en materia de formación de Jueces y Procuradores, de investigación de la problemática judicial del país y de promoción de soluciones para mejorarla.

Un cargo de "Procurador nacional para la defensa de los derechos humanos" es creado, en virtud de la reforma constitucional, que le da el rango de autoridad independiente y una misión muy amplia con el fin de "identificar y erradicar todos los grupos que practiquen violaciones sistemáticas a los derechos humanos, especialmente detenciones arbitrarias, secuestros y ejecuciones extrajudiciales....".

El procurador de derechos humanos, nombrado en febrero de 1992, asumió realmente sus funciones y abrió sus oficinas al público en julio de 1992. Se rodeó de un equipo de juristas y en los meses que vienen, va a jugar un papel determinante en la lucha contra las violaciones de derechos humanos y por el respeto del Estado de derecho. Su acción será uno de los elementos importantes del esfuerzo necesario para una verdadera reconciliación nacional.

Los acuerdos de paz han alcanzado a otros numerosos sectores de la vida pública, porque han reformado el sistema electoral, previsto una serie de medidas considerables para tratar el problema agrario: el reparto equitativo de las tierras cultivables, tanto en las zonas conflictivas como en la totalidad del territorio, facilitar el crédito, canalizar la cooperación internacional y disminuir el costo social de los programas de ajuste estructural. Un foro para la concertación económica y social ha sido creado con el objetivo de solucionar los conflictos por otras formas que la violencia, y habitar a todos los sectores económicos al diálogo y a la concertación, para tratar de

sacar progresivamente al país de la lógica de polarización que lo ha animado durante tanto tiempo.

Un plan de reconstrucción nacional ha sido puesto en marcha, con la finalidad de asociar todos los sectores de la sociedad comprendidos el FMLN y las ONG.

La participación política del FMLN y su transformación en partido está organizada; en primer lugar por la liberación de los detenidos políticos, en virtud de la ley de amnistía de enero de 1992, luego por la ley que autoriza la creación de partidos y una serie de medidas destinadas a permitirle realizar sus actividades: protección, derecho de instalar infraestructuras, derecho de reunión.

Se ha creado finalmente un organismo original: la Comisión para la consolidación de la paz (COPAZ). Integrada por representantes del gobierno, de todos los partidos políticos representados en la Asamblea legislativa y del FMLN, en un momento en que éste último no había aún adquirido su existencia legal. Esta comisión está encargada de controlar la aplicación del conjunto de los acuerdos, de presentar proyectos de ley y de proponer candidatos para ocupar cargos de dirección en las nuevas instituciones surgidas de los acuerdos. Se puede decir que es un “super-parlamento” o una instancia por encima de las leyes. Es necesario indicar que ya ha jugado y debe continuar jugando un papel determinante en la puesta en marcha de los mecanismos de transición.

Es imposible abordar aquí, en todos los detalles, el mecanismo mismo de la cesación del conflicto armado, que pasa en principio por el cese el fuego (1º de febrero de 1992), luego por la separación de las fuerzas, el fin de la estructura militar del FMLN y la reincorporación de sus integrantes a la vida civil, política e institucional del país, y la reducción de la fuerza armada. Se han producido demoras importantes en los plazos: la depuración de la fuerza armada no se ha hecho; el FMLN desmovilizó solamente el 40% de sus efectivos y la fecha límite para terminar el proceso, inicialmente fijada el 31 de octubre de 1992, ha sido postergada, por el momento, al mes de diciembre. En una operación tan compleja, dichos atrasos eran inevitables. Es de desear que los mecanismos

puestos en funcionamiento sean lo suficientemente sólidos para permitir una conclusión feliz en las semanas que vienen.

La última institución creada para facilitar la reconciliación es la "Comisión de la verdad". Los negociadores teniendo en cuenta otras experiencias latinoamericanas, y en especial las de Argentina y Chile, han creado una institución bien diferente. El contexto no era evidentemente el mismo, dado que se trataba de pasar de la guerra a la paz y no de una dictadura a una democracia.

Se trataba también de confiar la responsabilidad de la evaluación del período de conflicto no a nacionales, sino a personalidades nombradas por el Secretario General de la O.N.U. y procedentes de horizontes diversos. La Comisión de la verdad tiene una tarea considerable ya que ha sido dotada de facultades importantes, investida de poderes de investigación, de recibir testimonios, de acceso a todos los archivos, gubernamentales o no, y de trasladarse a cualquier punto del país. Ella debe, en efecto, pronunciarse sobre las más graves violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1992, que hayan o no dado lugar a procedimientos judiciales.

La Comisión, instalada oficialmente el 13 de julio de 1992 en Nueva York y el 14 de julio en El Salvador, dispone de seis meses para presentar su informe. No tiene facultades jurisdiccionales, pero la justicia no podrá ignorar las conclusiones de su informe. Incluso, si bien es la Comisión *ad hoc* la encargada de la depuración de la fuerza armada, deberá tener en cuenta las conclusiones de la Comisión de la verdad. Un paso importante viene de darse con el comienzo de las exhumaciones de cadáveres masacrados en 1980 en Mozote (según las estimaciones de la organización no gubernamental "Tutela Legal", más de 800 civiles en su mayoría mujeres y niños habían sido asesinados en el curso de una serie de operaciones militares). Pero es difícil, por el momento, prever hasta donde la encuesta judicial comenzada en octubre de 1990 podrá avanzar, con el apoyo de la presencia sobre el terreno de la Comisión de la verdad.

Además, la ley de amnistía de enero de 1992 ha condicionado el tratamiento de las violaciones más graves de los derechos humanos a los resultados de las investigaciones de la Comisión de la verdad, dado que prevee que la Asamblea legislativa podrá nuevamente pronunciarse sobre una eventual amnistía en los seis meses posteriores al depósito del informe de la Comisión de la verdad.

Al final de una guerra interna prolongada, que ha causado más de 75.000 muertos, uno constata que las partes en conflicto han deseado no solamente poner fin a la guerra, sino también tratar de garantizar bases sólidas a una verdadera reconciliación. Es evidentemente prematuro pronunciarse sobre un proceso que aún está en vías de realización, que ha sufrido numerosos atrasos, que se enfrenta a diario a serias dificultades de ejecución. Si bien la guerra parece terminada y el cese el fuego plenamente respetado, no es evidente que la sociedad esté reconciliada. Nada permite tampoco pensar que la impunidad, que reina luego de tanto tiempo, cesará al final del proceso. Pero los medios empleados para salir del conflicto: diálogo político, reformas profundas con miras a democratizar la sociedad y desmilitarizarla, y prioridad dada en todos los acuerdos al respeto de los derechos humanos, constituyen una vía original y particularmente dinámica. Sólo el tiempo y la voluntad de cambiar la lógica de violencia permitirán verificar si ella es viable.



Consecuencias de la impunidad sobre la sociedad

P. Luis Pérez Aguirre
Sacerdote Jesuita
Uruguay

*“No conseguiremos jamás el progreso de nuestra
felicidad si la maldad se perpetúa al abrigo de la
inocencia. Llegado es el tiempo en que triunfe la virtud
y que los perversos no se confundan con los buenos”*

José Artigas

La frase que abre esta reflexión, proveniente del fundador de la nacionalidad libre de los uruguayos (al Cabildo de Montevideo, el 18 de noviembre de 1815) tiene la virtud de permitirnos centrar en sus justos términos el complejo tema de las consecuencias que la impunidad tiene en la vida de un pueblo.

Yo no soy jurista. Tampoco soy un político y menos un analista social. No tengo la capacidad terapéutica de un psicoanalista ni el poder de un estadista. Entonces, para comenzar, no me queda más remedio que analizar el tema propuesto desde el lugar y con la perspectiva de quien observa la realidad de a pie, es decir, aquel ser humano que vale para los técnicos principalmente a la hora de hacer complejos y sesudos planteos teóricos y prácticos sobre las razones y las sinrazones de Estado para la impunidad de quienes cometieron crímenes aberrantes.

Sucede que siendo un ciudadano de a pie, por dos veces me he encontrado cara a cara con mi propio torturador en las calles de Montevideo. Personaje siniestro que se pasea por la ciudad con total impunidad, simulando -aunque convencido- ser un honesto

compatriota. Sucede también que no tengo otra carta de presentación para hablar aquí del tema de las consecuencias de la impunidad que esa: el haberme encontrado y haber podido perdonar a mi verdugo. Quizás el único crédito que pueda entonces pedir ahora sea el de hablar y razonar desde la óptica de las víctimas y no desde la asepsia de un intelectual neutral.

Y deberíamos empezar por un silencio, por escuchar. Porque en ésto no somos nosotros quienes tenemos la primera palabra; no nos toca a nosotros abrir el diálogo. A las víctimas no se les ofrece un diálogo. Sólo ellas pueden iniciarlo cuando empiezan a hablar y nosotros a escuchar. Y ese es nuestro actual deber. Escuchar de una vez por todas lo que las víctimas tienen para decirnos de sí mismas y sobre sí mismas. ¿Estaré muy lejos de la verdad si digo que los defensores de los derechos humanos, y los otros, hablamos demasiado sobre nuestras ideas, nuestras concepciones políticas y nuestros análisis de la realidad, y dejamos a las víctimas con su palabra atragantada en la boca? No nos encontraremos unos a otros como defensores de la dignidad humana mientras no logremos una nueva relación con quienes padecen injustamente la impunidad de sus verdugos. Y establecida la impunidad ya no podemos andar solos, sino del brazo junto a las víctimas. Sólo así -lo insinúo con prudencia- llegaremos a un nuevo tipo de solidaridad, de confianza mutua entre víctimas sufrientes y ciudadanos dispuestos a no banalizar nunca más el dolor que queda atenazado en la impunidad por razones de estado o de "instituciones salvadas".

Por lo expuesto al comienzo, no analizaré aquí -ni está en mi competencia- la manera como la impunidad viola groseramente la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Ni por qué está en abierta colisión con los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Quizás los juristas podrán mostrarnos cómo en los planos tanto nacionales como internacionales, la impunidad es inadmisibile ante la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Sabrán también decirnos cuáles son los mecanismos legales más idóneos para luchar contra la impunidad.

Tampoco me incumbe analizar las consecuencias psicológicas en las víctimas directas de esa impunidad ni su valoración técnica, propia de un psicoanalista o de un psiquiatra. No es esa mi competencia. Yo me limitaré a expresar algunas preocupaciones que me surgieron a partir del proceso vivido en mi país -Uruguay- y desde la óptica de un ciudadano común.

La memoria prohibida

Llama la atención el hecho de que en todas las sociedades en las que reina la impunidad, se procura por todos los medios el olvido colectivo. Se trata de impedir la memoria. Será importante entonces entender por qué la impunidad y el olvido van de la mano. ¿Por qué se procura impedir la memoria y qué consecuencias tiene ello para la sociedad ?

Más allá de un elemental reclamo de justicia por parte de las víctimas, está la obligación de impedir por todos los medios que vuelva a suceder lo que ocurrió. Para ello lo primero es conocer a fondo, en toda su magnitud, las consecuencias de la catástrofe padecida. Ello es así porque durante el período de violación a los derechos humanos la sociedad está sometida a la desinformación más total, al aislamiento, la incomunicación y el miedo. Dificilmente puede esa sociedad llegar a conocer de manera cabal hasta dónde y con qué profundidad el proceso de impunidad afecta a su cuerpo entero.

Son años que se viven como “encapuchados” corporativamente, enjaulados en silencio y procurando desarrollar mecanismos de sobrevivencia para salvar lo salvable. Eso trae el ocultamiento y el desconocimiento de lo sucedido. La magnitud del atropello a las libertades, a los derechos civiles y políticos, a la dignidad de la persona, a la integridad de la vida, es mal captada por la mayoría de la población. Y ello pone frente al precipicio de una posible reiteración por minusvaloración y desconocimiento de la realidad .

Los verdugos están bien enterados de que la sociedad luchará para evitar la reiteración del pasado y que para ello es fundamental apelar al rol de la memoria. Estaban convencidos de ello por ejemplo los militares uruguayos cuando pretendieron imbuirnos esa verdad

citando a propósito de la subversión la afirmación de Santayana, que “aquellos que no recuerdan su pasado, están condenados a repetirlo”.

El tema de la memoria de los crímenes y de las violaciones a los derechos humanos que debe mantener viva un pueblo, es vital si quiere neutralizar los efectos de la impunidad en su maldad más dañina.

Los defensores de la impunidad buscarán por todos los medios impedir que se puedan explicitar las razones que tiene ese pueblo para *no olvidar* lo que pasó. Ello está vinculado con la imperiosa necesidad que tienen los verdugos de que no se mire atrás, y la sociedad por su parte, de que lo sucedido no vuelva a repetirse. Que el aprendizaje en el dolor inconmensurable se vuelque en beneficio, no sólo de aquellos que todavía pugnan por restañar las heridas, sino también de las nuevas generaciones que se asoman con ojos asombrados al pavor de la experiencia de crueldad, difícil de explicar y entender razonablemente.

Pero recordar el pasado implica conocerlo cabalmente. Y será sólo en base a ese conocimiento, y a ese discernimiento sobre lo sucedido que el pueblo podrá sacar sus lecciones. Una conclusión es esencial: no se investiga y se juzga el pasado sólo para castigar o condenar, sino para aprender. La impunidad, al impedir esta investigación, impide ese aprendizaje histórico que será vital para recomponer la identidad de un pueblo y para poder encarar el futuro.

En 1983, el 5 de febrero a las 22.15 hs. Klaus Barbie era encarcelado en el fuerte de Montluc en Lyon, acusado de crímenes de lesa humanidad. Poco después se iniciaba otro de los juicios históricos, no obstante el paso del tiempo, cuarenta años después de los hechos. Y tal como ocurrió con los juicios de Nuremberg a los criminales nazis, la memoria histórica retiene ante todo las condenas y el repudio y no tanto los camuflajes con que algunos oficiales buscaron su impunidad procurando ocultar sus aberrantes crímenes y ocultarse modificando su identidad. Creo que Nuremberg ingresó a los anales de la historia como la instancia en la que la comunidad internacional y la conciencia colectiva de los pueblos coincidió para

juzgar gravísimos crímenes de guerra y establecer las bases jurídicas, políticas y morales para evitar que se volviese a repetir la demencia nazi y que quedaran impunes los culpables. Aunque sabemos que Nuremberg apenas alcanzó a algunos, su efecto en la conciencia y en la memoria de los pueblos ha sido ejemplar. Quienes pretenden la impunidad saben esto y procuran por todos los medios impedirlo.

Es cierto que si miramos en perspectiva histórica los casos de guerras, terrorismos de Estado y de los otros, genocidios, etc. pocos son los casos en que se pudo juzgar a los culpables, y muchos de ellos hasta concluyeron en condenas cuasi irrisorias en relación con la gravedad y magnitud de los crímenes. Pero el "verdadero juicio" ha sido siempre moral y ha quedado como patrimonio de los pueblos y la historia. Poder llegar a ese juicio implica superar los mecanismos de la impunidad y poder medir el desastre eco-social producido por la violación a los derechos humanos para acceder a la verdad y memorizarla.

Y aquí aparece el rol clave de la memoria colectiva para amparar el presente que no puede gestarse sin recordar la historia inmediata. Es perentorio volver a la memoria para reconocerse, reconocer lo que es patrimonio de todos, y descubrirlo en esa amalgama de dolores y esperanzas. Porque con la memoria prohibida no sabemos quienes somos. Sin memoria divagamos como sonámbulos atontados que no saben dónde ir. Sin memoria no hay identidad.

El cultivo de la memoria colectiva facilitará la ubicación para ver la historia desde una óptica pedagógica y para procurar poner luz y palabras donde es mayor el reino de las tinieblas y del silencio. Esa memoria conducirá al pueblo con un insustituible principio rector: el de que la historia generalmente no registra más que los gestos y las palabras de aquellos que de alguna manera pudieron aferrarse a la vida, darle un sentido y expresarlo. Pero sabiendo que hay multitudes de hombres, mujeres y niños a quienes se les ha impedido la dignidad y la misma existencia mediante el atropello, o el terror o la mentira. Y por eso se han callado. Pero están las víctimas que pudieron quejarse, y cuyas voces fueron escuchadas, por eso tuvieron mejor suerte. Toca a la memoria mostrar el reverso de esa palabra y de esa luz. Quienes tuvieron la suerte de sobrevivir deben

hacerse responsables de ese silencio y de esa sombra que proyecta la impunidad sobre toda la sociedad para no ser cómplices de ella.

Algunos pusilánimes se preguntarán insistentemente si es verdaderamente útil y conveniente remover ese pasado triste, doloroso, poco glorioso, reabrir las llagas nacionales mal cicatrizadas... y si no es más sabio y prudente dejar en la oscuridad y en el pasado todo lo que sucedió. Con aparente “realismo” y buena voluntad buscarán olvidar por amor a la paz... Pero en ese acto de olvidar se perdería también la idiosincracia del pueblo, su espíritu, sus tradiciones más genuinas, esas actitudes sutiles que hacen que el pueblo sea eso y no otra cosa.

No se trata de recordar para prepararse a ejercer vanas represalias sobre un enemigo agazapado, sino para religar a la intención de las nuevas generaciones un pasado que los contemporáneos se negaron a narrar. Porque lo que dijeron los torturados era difícil de creer y porque era exactamente eso lo que habían pretendido los torturadores al imaginar un sistema de destrucción de la persona humana, que sobrepasaba de lejos lo ordinario de la barbarie: que suscitara la incredulidad general. Se recuerda para la posteridad, porque la generación joven casi nada sabe de ese pasado en el que una historia pareció enloquecerse y salió del mundo conocido para habitar por un tiempo en la realidad del infierno.

Lo vivido no debe ir a alojarse en algún rincón recóndito de la memoria. Se debe integrar al pueblo afectado por la impunidad y hacer parte de su ser para siempre. Se debe tener el valor de no acorrallar en el inconciente colectivo eso vivido y recordarlo para no caer nuevamente en la trampa.

El delito continuado

Es en este contexto que debemos ubicar el caso de los torturados y los desaparecidos. Pero la situación de los desaparecidos es, sin duda alguna, un caso límite, paradigmático y ejemplar. Afirmamos esto porque el desaparecido no es un caso del pasado, para la memoria. Es siempre un delito actual, del presente, insoslayable. Es un delito “continuado”. El desaparecido es considerado como un no-ser; el

Estado que garantiza la impunidad no quiere reconocerle su carácter de humano.

La condición de los desaparecidos es un caso extremo de "alteridad": la sociedad les quita toda cualidad humana. Se les niega su condición humana! Se procura suprimirles el último lazo que tenían con la sociedad: se les niega hasta el derecho de estar en un lugar y una fecha determinadas. Sus familiares son forzados a vivir en una penumbra habitada de dudas y fantasías. Se les mantiene en un estado de crueldad y tortura permanente. Es un caso extremo de maldad (que va más allá de lo imaginable en la situación de los niños desaparecidos) puesto que para los familiares es una angustia suspendida en el tiempo, no pueden ni saben si están vivos o muertos, y en este caso no pueden ni enterrar a sus muertos que no están y por lo tanto tampoco pueden elaborar el proceso de duelo. Para tener una idea cabal de esta situación basta pensar de que no es equiparable a la de una tumba del soldado desconocido que ayuda a canalizar el dolor de tantos familiares, desde el momento en que allí yacen restos reales de un soldado que pueden ser los de su familiar. No hay tumba posible del "desaparecido desconocido". No dudamos que esta llaga abierta, esta penumbra en el alma respecto a los desaparecidos, trasciende la situación de los familiares directos y afecta a toda la sociedad.

El burlado acceso a la verdad

Si no se puede demostrar que la impunidad no tiene cabida en la sociedad porque se ha logrado acceder a la verdad de lo que pasó y se hace justicia, esa sociedad se está haciendo el jarakiri político, está transitando por un despeñadero hacia una especie de suicidio social. Esto es así de simple porque dejar en pie la teoría de la impunidad, es decir a los "Mengueles y los Barbies" que andan sueltos por las calles y que nadie podrá descubrirlos ni hacer justicia con ellos. Es confirmarlos en su convicción de que la acción terrorista, en el marco del Estado, es eficaz como ninguna otra porque nunca se podrá saber lo que pasó, quiénes fueron los responsables y que por ende, la justicia no podrá tocarlos, será burlada siempre.

Burlar el acceso a la verdad es impedir la posibilidad de recuperar cosas esenciales que se han perdido en los años sombríos. Es un muro insalvable para recuperar verdades sobre acontecimientos muy graves e importantes de la historia de un pueblo. Y este impedimento, esta traba, es generadora de severísimos trastornos psico-sociales de efectos imprevisibles para el futuro de la sociedad. La angustiosa pregunta de ¿por qué? ante el sufrimiento al que no se le encuentra sentido queda sin respuesta. Y esa no-respuesta hace a una generación, especialmente la más joven, que se ignore a sí misma y que se mueva con una conciencia a-histórica en lo que respecta a elementos esenciales para poder conformar su propia identidad. Porque la identidad implica preguntarse y responder de manera más o menos permanente quiénes somos, de dónde venimos, hacia dónde vamos; es esencial para identificarse. Para responder a esos interrogantes se necesita el mapa de la geografía social y política, se necesita una historia conocida, se necesitan los “porqué”. Para ello es imprescindible saber lo que sucedió, cómo se actuó durante ese período histórico, cómo se resistió y cómo se procuró salir de esa pesadilla, cómo se avasalló, cómo se vulneraron los derechos, por quiénes, cuándo, dónde, por qué. En fin, se trata de rescatar una historia muy triste pero muy importante para aprender una lección, para sacar conclusiones, para mirarse a los ojos unos a otros sin vergüenza y para caminar hacia el futuro.

Tampoco el mero transcurso del tiempo es suficiente para sanar a una sociedad de la infección que padece por la impunidad. El problema queda enquistado en la conciencia nacional mientras no se le de el remedio adecuado. Aún más, esa enfermedad permanecerá y será alimentada por el mismo transcurso del tiempo indefectiblemente.

Cerrar heridas no es olvidar. El olvido es signo de debilidad y es miedo al futuro. Quienes pretenden tender un “manto de olvido” sobre los crímenes aberrantes que se han cometido buscan impedir, en los hechos, toda reconciliación. Los crímenes sucedieron, mientras están impunes afectan la conciencia o la inconciencia colectiva nacional. La historia se hace con lo que el pueblo conserva en su memoria. Tendrá que conservar el hecho inocultable de los crímenes. Pero no le sumemos a esa memoria la impunidad, sino la

capacidad de perdón y reconciliación. La investigación de los crímenes siempre procura colaborar en la creación de las condiciones para una reconciliación.

La reconciliación imposibilitada

Sin tocar por medio de algún tipo de reconciliación esa herida purulenta que viene del proceso anterior, es imposible pretender consolidar el Estado de Derecho. Porque la consolidación institucional y democrática pasa por restablecer la actitud ética en todos sus niveles y en todas sus instituciones.

Muy a menudo se argumenta que urgar en acontecimientos del pasado es abrir nuevamente las heridas. Nosotros nos preguntamos por quién y cuándo se cerraron esas heridas. Ellas están abiertas y la única manera de cerrarlas será logrando una verdadera reconciliación nacional que se asiente sobre la verdad y la justicia respecto de lo sucedido. La reconciliación tiene esas mínimas y básicas condiciones para ser auténtica.

Para una auténtica reconciliación nacional será necesario **el perdón**. Pero un perdón que no es **olvido** (que en el contexto en que hablamos sería un signo de debilidad o de miedo al futuro). Un perdón que tampoco es **indiferencia** (que esencialmente implica una huida de la realidad por falta de convicciones), ni es **ingenuidad**, dispuesta a creerse todo y librada a cualquier fácil manipulación de conciencia.

Somos concientes de que muchos piensan que el perdón y la reconciliación son casi debilidades humanas, síntomas de poquedad y de cobardía. Ciertas personas en actitud colérica impaciente no pueden entender otra salida que la revancha o la violencia para no verse degradadas o acoquilladas. Y esto es no entender la verdad, es estar sumido en la peor confusión. Se confunde el perdón con debilidad, el ser valiente con la venganza o el no saber perdonar. La verdad es que la realidad es muy otra. Se precisa ser muy valiente para no sucumbir a la venganza o al rencor. El perdón, contrariamente a lo que popularmente se entiende, es un acto difícil, arriesgado. Es actitud de personas fuertes y nobles. Sólo se puede

dar cuando alguien lesiona efectivamente a otro en su ser o en sus derechos. No se trata, por tanto, de olvido ni de indiferencia, ni mucho menos de la ingenuidad.

El perdón siempre es, debe serlo, un acto lúcido. Quien es capaz de perdonar juzga que quien le hizo daño es menos persona que quien lo padeció. Su acto tiene el objetivo de romper ese círculo hechicero del mal, ese “acorazamiento” del malhechor dentro de sí mismo. Quien verdaderamente perdona está procurando romper ese círculo siniestro en el que naufraga toda comunicación humana. Implica riesgos porque su única fortaleza está en la esperanza de que la bondad brindada abrirá al malhechor un espacio distinto en el corazón del que le presenta su lógica perversa. Quien perdona no quiere dejarse aprisionar por el mal que emanó de su adversario. No cura la violación con la violación, ni la tortura con la tortura, ni la agresión con la agresión. Procura crear una nueva relación, es una invitación para que el mal no tenga la última palabra.

Esto nos está indicando también que no se puede perdonar en forma abstracta. Uno no puede perdonar sin saber a quién y menos puede uno perdonar en lugar de otro, en nombre de un tercero, porque entonces el perdón al verdugo se convierte en crueldad para con la víctima. Sólo puede perdonar al verdugo concreto aquel que ha sido torturado o vejado por él. Sólo puede mostrar la impotencia y estupidez del odio y la injusticia aquel que ha sido objeto de ese odio y víctima de su intención destructiva. Sólo puede verdaderamente perdonar a quien le odia aquel que espera que su acto será creador de una nueva historia de relaciones fraternales entre ambos.

En una sociedad que ha sido dominada por las injusticias, la reconciliación tiene que provocar necesariamente enormes tensiones que no se resuelven con un perdón abstracto. El perdón deberá asumir ese conflicto y deberá partir de la misma realidad conflictiva. En todo caso el perdón aparecerá siempre como un desafío, una exigencia profunda de la pacificación nacional.

En las situaciones interpersonales, cuando perdonamos a otro, arriesgamos el equivocarnos, poniendo en ese alguien nuestra confianza y esperando que con ese gesto la conciencia y el corazón

del otro se sacudirán, podrán cambiar y habrá una reconciliación, un reencuentro. En este sentido el perdón es una actitud positiva, profundamente optimista ante el ser humano. Quien perdona cree que el ser humano es capaz de cambiar realmente y que el mal no tendrá la última palabra. Es casi un exceso de confianza, aunque nunca ingenua, por la que una persona se pone en manos de la otra apoyándose en la esperanza de que cambiará y esa esperanza es alimentada por toda la comunidad. El perdón será entonces un gesto límite con el que se pretende superar situaciones límite de ruptura entre los individuos.

Pero debemos advertir también que si esto es así en la relación interpersonal, en las situaciones sociales y políticas la cosa cambia. No se pueden emplear idénticas categorías cuando hablamos de perdón o reconciliación al salir del ámbito interpersonal o de una comunidad religiosa y entramos en el nivel de una sociedad en conflicto. En este caso, el perdón y la reconciliación tienen que ser analizados también desde categorías políticas no tan simples e inmediatas. En este nivel tampoco hay recetas o procedimientos automáticos. Está en juego el destino y la vida de muchos. Y hay que medir los riesgos desde diferentes perspectivas. Siempre habrá que superar el círculo vicioso de las revanchas, de los desquites y las venganzas. Pero nunca a costa de incorporar a la comunidad al enemigo no arrepentido con su injusticia, prescindiendo de un análisis serio y profundo de sus propósitos. Sería como volver a meter al lobo en medio del rebaño de corderos.

En esta dinámica ayuda ver la experiencia secular de las iglesias, que nunca concedían el perdón y la reconciliación con la comunidad a nadie que hubiese pecado si antes no cumplía con algunos requisitos elementales, con algunas condiciones que se explicitaban en todos los catecismos, a saber: examen de la propia conciencia, arrepentimiento del mal cometido, firme propósito de no volver a cometerlo, expresar la culpa ante la comunidad y Dios, amén de cumplir con una penitencia reparadora del daño cometido. A este respecto, el Papa Juan Pablo II corroboraba lo arriba explicado diciendo en su carta Encíclica Rico en Misericordia (n.14): "Es obvio que una exigencia tan grande de perdón no anula las objetivas

exigencias de justicia. La justicia rectamente entendida constituye por así decirlo, la finalidad del perdón. En ningún paso del mensaje evangélico el perdón, ni siquiera la misericordia como su fuente, significan indulgencia para con el mal, para con el escándalo, la injusticia, el ultraje cometido. En todo caso, la reparación del mal o del escándalo, el resarcimiento por la injusticia, la satisfacción del ultraje, son condición del perdón”.

La tristeza campea en la humillación

Triste es tener que conservar para siempre en la memoria colectiva el hecho fatal de que por la impunidad impuesta nos hemos convertido en un pueblo pusilánime, doblegado por abyectas amenazas de algunos delincuentes que obligan a olvidar y a dejar impunes sus crímenes. Es insoportable convivir para siempre con la propia vergüenza y con la dignidad perdida. La paz verdadera, que siempre es fruto de la justicia restablecida, se vuelve una ilusión inalcanzable y nostálgica.

Es una ilusión pretender poner un “punto final” al horror vivido amparando y confundiendo en un mismo bando a perversos y malvados junto a los inocentes. Amparando y dejando dentro de “casa” precisamente a aquellos que violaron los derechos humanos desde el aparato del Estado y a quienes se habilita para convivir con sus víctimas en el mismo espacio.

Será necesario de alguna manera conocer la profundidad de las lastimaduras, las llagas abiertas, la infección dejada en el alma del pueblo, para curarle la tristeza. La impunidad lo impide y desgraciadamente sabemos que sólo se sana de la tristeza incrustada en el corazón si para el diagnóstico y la posterior búsqueda de terapias sociales adecuadas se es capaz de acceder a su verdad.

Cabe acotar que paradójicamente, gracias a la presencia de las víctimas inocentes, el futuro que parecía vedado está siempre abierto. Porque el sufrimiento no se justifica ni debe transformarse en resignación. El sufrimiento está ahí: ciego, tiránico, absurdo. Desde las víctimas inocentes de la impunidad afecta a todos. Ese dolor de las víctimas y su reclamo de justicia entristece a todos pero

también los prueba, los desafía, no para que adopten una determinada actitud política, sino para acrisolarlos, para buscar la vida en justicia, para imaginar y luchar por una tierra sin lágrimas.

Se crea una cofradía del deshonor

Lo antedicho no puede hacer bien a nadie, tampoco a las Fuerzas Armadas y de seguridad de ese Estado puesto que ya nadie sabrá distinguir entre quienes no son culpables y quienes sí. Desde el momento en que se instaura la impunidad en una nación, todos los miembros de las Fuerzas Armadas y de las diversas policías que sirvieron durante el período del terror pasan indiferenciados a la categoría de culpables. Todos. Y esto es nefasto para una comunidad humana. Porque cada ciudadano, al aprobarse una ley de impunidad (en sus diversas nomenclaturas) tenderá a sospechar y a considerar culpable a todo aquel que vistió uniforme en esos años. Si no se busca la oportunidad y los mecanismos legales adecuados de separar a los culpables de los no culpables sucederá eso. Todos serán sospechosos de culpabilidad (no digo inocentes, porque generalmente inocentes en estas situaciones casi no existen: todos los cuerpos de seguridad y defensa, durante el período de violación de los derechos humanos, saben del robo, de la violación sexual, la tortura, el secuestro, la vejación, y dejan hacer). Los no culpables, que debieron exigir el esclarecimiento de los hechos en su momento oportuno, ahora pierden ese derecho, única forma de limpiar la mancha corporativa ante la sociedad y ante sus hijos.

El gobierno democrático que abdica frente a la impunidad entrega a sus representados un futuro de corrupción y de profunda inmoralidad. El capitán torturador, ladrón y asesino del pasado será el general del futuro. Esa es la única verdad lógica que queda. Todos estarán signados por la mancha original: pertenecer a unas fuerzas del orden mancilladas por la impunidad. Una cofradía del deshonor. Cada oficial y suboficial queda impedido de deslindar su responsabilidad ética corporativa. No podrá contar con la tranquilidad ante sus conciudadanos de que en su unidad, en su cuartel o comisaría no hubo ni secuestros, ni torturas, ni violaciones a

las prisioneras indefensas, ni asesinatos ni depósitos de botines con objetos robados a las víctimas. Porque callaron, vergonzosamente, cuando debían haber hablado, esperando convencidos de que les ampararía una impunidad coherente con su accionar, o que era parte de la lógica represiva impuesta. Y la única lógica que les queda es la de aparecer ante la población civil como delincuentes impunes o en el mejor de los casos como encubridores de delincuentes. La trágica consecuencia de ésto es que la población civil queda con el derecho de sospechar que cada uno de ellos pudo tener a una mujer secuestrada y herida gravemente en el baúl de su vehículo policial o militar y que la llevó a torturar. ¿Qué joven, qué honesto trabajador, qué intelectual, podrá ahora proclamar con sinceridad que esos sujetos simbolizan la seguridad y la vida? La razón de Estado se convierte en el sudario para tapar las traiciones y los crímenes aberrantes. En este sentido la impunidad asesina por la espalda a la democracia.

Lo que aprendimos

Desde la experiencia que nos tocó vivir, no nos cansaremos de decir que la impunidad no tiene soluciones totales y unívocas para todas las situaciones. Lo decimos porque entre otras razones, cada vez que se propuso una “solución” salió escaldada. Pero ello no debe llevarnos a dejar caer los brazos ni a eludir nuevas búsquedas de solución a la impunidad en todos los campos posibles. Somos concientes de que sin soluciones técnicas, es decir, sin soluciones técnicamente viables (en el plano jurídico, político, social y humanitario) no hay solución posible, sino un nuevo problema que añadir a los ya existentes.

La conclusión es tan obvia como tajante: las enfermedades del cuerpo social producidas por la impunidad, como las del cuerpo humano, no se curan con exorcismos, fantasías utópicas o actitudes voluntaristas. De poco le serviría a un enfermo de Sida o cáncer que “condenásemos” rotundamente la enfermedad o que hiciésemos seminarios sobre sus terribles sufrimientos. Al final, ese enfermo sólo podrá confiar en el avance de la ciencia y en su correcta aplicación. En estas realidades sólo los ignorantes y algunos

desahuciados recurren, quizás en su desesperación, a magos y curanderos. En el campo de las enfermedades sociales, como la de la impunidad, también dictan cátedra como “doctores” no pocos “hechiceros” y alquimistas que, como los antiguos charlatanes de feria, ofrecen remedios maravillosos para esos males. Pero entre tanto, ¿qué sucede? Pues que la impunidad de siempre, enfermedad endémica de muchas de nuestras sociedades, sigue ahí, acaso más arraigada y extendida que nunca. ¿Cómo combatir ese mal que parece incurable? ¿Qué hacer? Quizás empezar por lo que decíamos al principio: empezar por hacer silencio y escuchar a las víctimas. Luego juntarnos y buscar unidos las soluciones posibles. Escuchando también a quienes hablan en serio y son expertos en estos asuntos, cada uno en su disciplina y en su situación histórica. Pero ¿quién escucha a los que hablan en serio? Porque parece como si únicamente prestáramos atención a los demagogos ¡Tal vez por eso sigue campeando la impunidad!



TEMA 2



Individualización y juicio de los violadores de los Derechos Humanos

Métodos de individualización e investigación

Joan Kakwenzire

Miembro de la Comisión Ugandesa
de Derechos Humanos, Uganda

Introducción

En Uganda, en un contexto de aguda polarización política, social, económica, étnica y religiosa, se han cometido violaciones en gran escala de los derechos humanos. Algunas veces esta polarización culminó en conflictos armados que agravaron la situación.

En 1984, Elliot Abrams, Asistente en cuestiones de derechos humanos y asuntos humanitarios del Secretario de Estado de los Estados Unidos de Norte América, describió la situación de Uganda como “horrenda”, y Roger Winter, Director del Comité de EEUU para los Refugiados, sostuvo que las condiciones eran peores que bajo el régimen de Idi Amin.

De ese modo, durante los últimos 30 años de independencia (1962-1992), los sucesivos gobiernos de Uganda han desgarrado a la sociedad ugandesa, dando la imagen de un país caracterizado por una constante violencia y derramamientos de sangre. Por ejemplo, se estima que han desaparecido alrededor de 800.000 personas entre 1962 y 1986.

Estos son en resumen los antecedentes que condujeron al establecimiento en 1986, de una Comisión de Investigación de Violaciones a los Derechos Humanos, para dar un post mortem a los crímenes del pasado.

Al mismo tiempo se estableció otro organismo, la Inspección de Asuntos de Gobierno, con el objeto de investigar los crímenes ocurridos a partir de 1986.

Comisión de Investigación de violaciones a los derechos humanos - CIVHR.

El 26 de enero de 1986, el Movimiento de Resistencia Nacional (NRM), asumió el poder del Estado después de cinco interminables años de guerra de guerrillas, terminando con una turbulenta historia política, que se caracterizó por asesinatos desenfundados, destrucción de bienes, abusos de poder, absoluta falta de respeto por los derechos humanos y un abierto menosprecio por el imperio del derecho.

Hubo por parte del pueblo de Uganda una demanda inmediata y popular para individualizar e investigar a los responsables de esas atrocidades y de ser posible, castigarlos.

El NRM, en concordancia con su promesa hecha al pueblo de Uganda que se ocuparía de los derechos humanos de manera prioritaria, apenas unos tres meses después de asumir el gobierno estableció una Comisión de Derechos Humanos.

La Comisión de Investigación de violaciones a los derechos humanos se constituyó de conformidad al capítulo 56 de la Ley sobre Comisiones de Investigación, de 1986 (ver Anexo 1). Esto se consideró necesario porque, durante casi dos décadas, el pueblo de Uganda sufrió diversas formas de violaciones de derechos humanos en transgresión a las disposiciones de la Constitución ugandesa, y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la que Uganda es parte.

El gobierno del NRM, ansioso de revertir la tendencia a los abusos en materia de derechos humanos, consideró conveniente se investigaran y documentaran las causas, las circunstancias conexas y los medios posibles de impedir la repetición de esas violaciones.

En resumen, la Comisión debía investigar todos los aspectos de las violaciones a los derechos humanos, los quebrantamientos al

imperio del derecho, y los abusos de poder contra las personas, perpetrados por los regímenes en el gobierno y sus agentes. El período de la investigación abarcaría desde el 9 de octubre de 1962 hasta el 25 de enero de 1986, cuando el actual gobierno asumió el poder.

Composición de la CIVHR

La Comisión está encabezada por un juez de la Corte Suprema, asistido por cinco miembros provenientes de diferentes estratos de la sociedad. Un agricultor y escultor, un historiador (la suscripta), un médico que es a la vez parlamentario, y dos abogados, uno de los cuales es profesor de derecho en la Universidad de Makerere y el otro es miembro del parlamento.

- a) La Secretaría está compuesta de 26 miembros y presidida por el Secretario de la Comisión.
- b) El Departamento Jurídico está integrado por cuatro abogados y presidido por un Asesor Jurídico. Tiene a su cargo el asesoramiento en materia de investigaciones, organiza las audiencias y presenta las pruebas ante la Comisión.
- c) El Departamento de Investigaciones, está encabezado por un alto oficial de policía. Originariamente estaba compuesto por 22 miembros. Recibe denuncias, se ocupa de su tramitación, registra declaraciones, identifica testigos y abre las causas para la acusación.

La Comisión actúa bajo la supervisión del Ministerio de Justicia y Asuntos Constitucionales.

Procedimiento para las investigaciones

Publicidad inicial

La ceremonia de designación de la CIVHR y la jura de sus miembros tuvo una amplia publicidad en los medios de difusión, se invitó al público a asistir y se hicieron llamados para que se presentaran denuncias.

El Boletín Oficial No 5, (ver Anexo No 1) se tradujo a todos los idiomas locales y se distribuyó por medio de los Administradores de Distrito y los Consejos Locales de Resistencia, para que llegara al mayor número de personas posible. Se aconsejó al público que formulara las denuncias en nuestra sede central en Kampala o ante los Administradores de Distrito en las respectivas áreas y que esperaran la convocatoria de los investigadores.

Una vez comenzadas las audiencias en diciembre de 1986, que se celebraron públicamente, todos los diarios locales y las emisoras nacionales de radio y televisión, se hicieron ampliamente eco de las audiencias. Hubo un programa semanal en la televisión nacional que dió a la Comisión amplia publicidad, por lo que prácticamente nadie en Uganda podría decir que ignora su existencia.

Investigaciones y audiencias probatorias

Desde el comienzo de su labor, la comisión visitó los 33 distritos de Uganda. Previamente a la visita a un determinado distrito, se envía a un equipo de investigadores para identificar los casos y los testigos, tomar declaraciones y preparar un muestreo de todas las categorías de violaciones de derechos humanos. Presentan varios casos y de ellos el Departamento Jurídico selecciona los más representativos para las audiencias ante la Comisión.

Por ejemplo en el distrito de Kampala, el Departamento de Investigaciones abrió 237 expedientes, cada uno con varios testigos, pero sólo 45 causas fueron oídas por la Comisión. Lo mismo ha sucedido en otros distritos.

La prueba se recibe también por medio de cuestionarios que son completados por los cientos de testigos para los que es imposible abrir expedientes. Esa información es muy útil para elaborar el informe final. Hasta el momento, se ha cubierto la totalidad del país, y se ha completado un muestreo de las distintas categorías de violaciones. Se elaboraron numerosos volúmenes con transcripción de los procedimientos de la Comisión y se continúa haciéndolo. Su conjunto constituirá un informe textual de lo actuado. El trabajo actual es el análisis, la elaboración escrita del informe y la

publicación de las actas y el informe. Se espera concluir la tarea en un plazo de 7 a 10 meses.

Personas implicadas

A través de nuestra investigación que duró 6 años, se determinó que gran cantidad de personas han estado implicadas en violaciones a los derechos humanos. Desde presidentes, ministros, funcionarios públicos, personal de la policía y de las fuerzas armadas, hasta miembros de los partidos políticos, conocidos en Uganda como los "Youth Wingers".

Algunos nombres de los violadores resaltan como gente que asesinó, torturó y aterrizó impunemente. Los crímenes cometidos son increíbles, y sus autores todavía no han sido castigados. Por el contrario, algunos de ellos detentan posiciones de poder en el gobierno actual, a pesar de haber sido mencionados por la Comisión. Los ejemplos incluyen:

1. Moses Ali, Ministro hasta el año pasado, implicado en el asesinato, en 1971, de dos somalíes en Moroto, Karamoja.
2. Mateke, parlamentario, implicado en torturas a opositores del partido en Kisoro, entre 1980 y 1985.
3. Rurangaranga, parlamentario, implicado en la masacre de 68 musulmanes del distrito de Bushenyi, en 1979.
4. Adrisi Mustapha, Vicepresidente de Idi Amin, implicado en el asesinato del Arzobispo Luwum y de tres Ministros del Gabinete, en 1977, junto con Masagazi, ex Ministro de Educación del mismo gobierno y hoy figura prominente de la comunidad musulmana.
5. Dr. Rubaihayo, ex Ministro de Agricultura durante el gobierno de Obote II, actualmente profesor en la Universidad de Makerere, implicado en la despiadada expulsión de Banyarwanda de Uganda, en 1982.
6. Maswere, ex Inspector Adjunto de Policía, implicado en el caso de dos personas a las que se quemó con carbón al rojo

para obligarlos a confesar un supuesto crimen. Actualmente se ha retirado de servicio y goza de los beneficios de la seguridad social.

La lista es larga, y pronto la Comisión dará a cada uno de los inculpados la posibilidad de responder a las acusaciones.

Violaciones a los derechos humanos que se cometen actualmente

No hay duda de que el gobierno del NRM está dispuesto a respetar los derechos humanos y el imperio del derecho. Pero los problemas que acompañan la aplicación de una política coherente de derechos humanos son inmensos. Nos han dicho que la oficina del Inspector General de Gobierno está desbordada por denuncias diarias de corrupción y transgresiones a los derechos humanos y que pocas de ellas son tramitadas. Para facilitar la tarea, algunos casos de la oficina del Inspector General de Gobierno son derivados a otras Comisiones Investigadoras ad-hoc. Igualmente, sus conclusiones no han sido convenientemente atendidas. La mayor parte de esas investigaciones se relacionan con casos en los que se encuentran implicadas las fuerzas armadas, especialmente en áreas de conflicto, o en casos en que altos funcionarios del gobierno abusan de sus cargos en cuestiones financieras dudosas.

De este último tipo de casos se ocupa la Comisión de Contadores Públicos, y de los primeros, personas especialmente designadas al efecto. Hasta ahora, todos los informes, con excepción de uno, permanecen como secretos de gobierno (ver Informe de Amnistía Internacional de 1992).

Conclusión

El Gobierno del NRM tiene un serio dilema en sus manos en cuanto al castigo a los autores de violaciones de derechos humanos cometidas en este país.

Por una parte, existe la necesidad y deseo de reparar las transgresiones a los derechos humanos que han caracterizado la vida política de Uganda desde los años sesenta, desprestigiando al país en el interior y en el exterior. De ahí la constitución de

diferentes instituciones para investigar las violaciones a los derechos humanos.

Por otro lado, el Gobierno del Movimiento de Resistencia Nacional, está ansioso por ampliar su base política, y por consiguiente, se ve inclinado, lamentablemente, a dejar impune a ciertos individuos, algunos de los cuales, como se menciona más arriba, deberían haber sido procesados por estar involucrados en violaciones a los derechos humanos.

En algunos sectores se ha denunciado que el Gobierno del NRM no está tan preocupado en hacer justicia como por su propia supervivencia, si bien considera la situación como preocupante. Se afirma que el NRM trata de lograr la armonía entre la necesidad de castigar a los autores a corto plazo, y el objetivo a largo plazo de lograr la paz y la unidad de todo el país. Después de todo, el sentido común indica que cuanto más sean los perseguidos por violaciones a los derechos humanos, un número mayor se refugiará en la selva para hacer la guerra al Gobierno del Movimiento de Resistencia Nacional. El conflicto en el Norte y el Nordeste es un caso claro. Una solución a este dilema podría encontrarse, en esta reunión de Ginebra sobre la Impunidad de los autores de violaciones a los Derechos Humanos.

Anexo 1

BOLETIN OFICIAL No 5 de 1986

Ley de Comisiones de Investigación (Capítulo 56)

Comisión

CONSIDERANDO, que durante un período de casi dos décadas, el pueblo de Uganda ha sufrido diversas formas de violaciones a los derechos humanos, transgresiones al imperio del derecho y excesivo abuso de poder, en contravención con las disposiciones de la Constitución de Uganda y la Declaración Universal de Derechos Humanos de la que Uganda es parte;

CONSIDERANDO, que en interés de un buen gobierno, de la seguridad pública, el bienestar y la supremacía constitucional, es necesario que se investiguen las causas, las circunstancias y los medios posibles de impedir que se repitan los hechos indicados;

POR LO TANTO, en ejercicio de los poderes conferidos al Ministro por el artículo 2° de la Ley de Comisiones de Investigación, el suscrito, Joseph Nyamihana Mulenga, designa Comisionados a:

- i) Hon. Juez Arthur O.Oder,
- ii) Dr. Edward Khiddu-Makubuya,
- iii) Dr. Jack Luyombya,
- iv) Sr. John Nagenda,
- v) Sra. Joan Kakwenzire,

para que investiguen todos los aspectos de las violaciones a los derechos humanos, transgresiones al imperio del derecho y abusos de poder, cometidos en Uganda por los regímenes en el gobierno, sus funcionarios públicos u organismos cualesquiera fuere su denominación, durante el período que se extiende del 9 de octubre de 1962 hasta el 25 de enero de 1986, y los posibles medios de prevenir la repetición de los actos antes mencionados, y especialmente, pero sin que ésto signifique una limitación:

- a) las causas y circunstancias que rodean los asesinatos masivos y todos los actos u omisiones que tuvieron como consecuencia la arbitraria privación de vidas humanas, cometidos en diferentes lugares de Uganda;
- b) las causas y circunstancias que rodean los numerosos arrestos arbitrarios, las detenciones sin juicio, las prisiones arbitrarias y el abuso de poderes de detención y restricción, bajo la Ley de Orden Público y Seguridad, N° 20 de 1967.
- c) la denegatoria a cualquier persona de un juicio justo y público ante un tribunal imparcial e independiente establecido por ley;
- d) sometimiento de cualquier persona a torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes;
- e) la forma en que los encargados de hacer cumplir la ley y los organismos de

seguridad ejecutan esas funciones; el grado en que las prácticas y procedimientos empleados en el cumplimiento de esas funciones puedan haber violado los derechos humanos de cualquier persona y el grado en que los organismos de seguridad del estado puedan haber interferido en la actividad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley;

- f) las causas y circunstancias que rodean los desplazamientos masivos de personas y la expulsión, incluso de ciudadanos ugandeses, del territorio nacional y la subsiguiente desaparición o presunción de fallecimiento de algunos de ellos;
- g) el sometimiento de cualquier persona a trato discriminatorio en razón de su raza, tribu, lugar de nacimiento, opinión política, credo o sexo, por parte de toda persona que actúe en virtud de legislación escrita o en el ejercicio de un cargo público o de una autoridad pública;
- h) la denegatoria a toda persona de cualquiera de las libertades o derechos fundamentales prescriptos en el Capítulo III de la Constitución de Uganda y la interferencia ilegítima en el goce de los mencionados derechos y libertades a toda persona en Uganda;
- i) la protección por acción u omisión de toda persona que cometiera alguno de los actos antes mencionados sin respetar el debido proceso legal;
- j) todo otro asunto relacionado directa o indirectamente con las cuestiones antes mencionadas que la Comisión desee examinar y hacer recomendaciones;

DISPONGO que el Juez Arthur O. Oder sea el Presidente de la Comisión.

DISPONGO que el señor Ben B. Oluka sea el Secretario de la Comisión.

DISPONGO que en el cumplimiento efectivo de sus deberes, la Comisión pueda convocar testigos, demandar que se produzcan todas las pruebas que se considere necesarias y recibir asistencia de toda persona que considere apropiado.

DISPONGO que la mencionada Comisión, en el curso de la investigación, en la medida de lo posible, pueda aplicar las leyes de la prueba, en especial de acuerdo con las siguientes instrucciones, a saber:

- a) que toda persona que desee presentar pruebas ante la Comisión deberá hacerlo personalmente;
- b) que no se recibirán como prueba los dichos de terceros que afecten de manera adversa el buen nombre de una persona, o tiendan a dar una opinión sobre su personalidad y conducta;
- c) que no se recibirán como prueba opiniones sobre el carácter, conducta o motivos de una persona;
- d) que toda persona, que a criterio de los miembros de la Comisión sea afectada de manera adversa por las pruebas presentadas ante la misma, tendrá la oportunidad de ser oída y de repreguntar a la persona que presenta dicha prueba;

y, excepto en aquello en que la Comisión considere esencial para esclarecer la verdad del asunto que investigue, no deberá apartarse de las mencionadas instrucciones.

Y DISPONGO QUE, dichas investigaciones se lleven a cabo cuándo y donde lo determine la Comisión y que podrán ser públicas o reservadas, en todo o en parte, según criterio de la mencionada Comisión.

Y DISPONGO QUE, la Comisión comenzará su labor a la brevedad posible y efectuará las investigaciones con la debida diligencia y celeridad y me elevará sus informes con las recomendaciones, sin demoras injustificadas y en los plazos más breves posibles.

Y DISPONGO ADEMAS: que todas las personas a quienes pueda corresponder, tomen debida nota de la presente ley, la que deberá ser consecuentemente respetada.

16 de mayo de 1986.

Joseph Nyamihana Mulenga
Ministro de Justicia, Procurador General

[REDACTED]

Los jueces comprometidos con la justicia y el derecho

José Antonio Martín Pallín
Magistrado
del Tribunal Supremo, España

I - Bajo la rúbrica general de la individualización y juicio de los violadores de los derechos humanos, me ha correspondido desarrollar un epígrafe dedicado al examen de un supuesto específico y, en cierto modo diferencial, que hace referencia a la actuación de los jueces en un contexto de violación de los Derechos Humanos.

En el marco de una situación política que ignora los valores de la libertad, la igualdad y el pluralismo, es lógico que se produzcan a diario multitud de violaciones de los derechos fundamentales, generándose una situación de habitualidad que implica un sistemático desconocimiento de los derechos de la persona.

En estos supuestos, la responsabilidad no puede identificarse exclusivamente con un sector del aparato del Estado, es la propia organización política la que se estructura de tal manera que su funcionamiento cotidiano provoca, por sí mismo, una serie de atentados en cadena a la convivencia en libertad y seguridad.

La responsabilidad no corresponde en exclusiva a la rama del Ejecutivo que tiende a concentrar en sí la mayor cuota de poder del Estado, la responsabilidad se extiende también a los legisladores y termina por afectar también al aparato judicial. Al referirme al tríptico tradicional que constituye el esquema de un Estado, eludo expresamente la utilización del vocablo Poder porque en estas situaciones no es adecuado ni procedente emplear una terminología que debe estar reservada para el Estado democrático, en el que si se

producen violaciones de los derechos humanos, el juego del control mutuo de los poderes del Estado permite corregir y sancionar los excesos y, restaurar el orden jurídico conculcado.

En los tiempos actuales se observa una evolución de los sistemas políticos hacia esquemas democráticos-constitucionales, pero no es suficiente la cobertura de un formalismo constitucional para que los mecanismos previstos en el texto político fundamental funcionen dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

II - El Poder Judicial ocupa una especial y delicada situación en los Estados en los que las violaciones de los derechos humanos se han generalizado hasta constituir una práctica sistemática enquistada en las raíces del Estado mismo.

El juez tiene la responsabilidad de constituirse en garante de los derechos fundamentales de la persona, reprimiendo todas aquellas conductas que atentan contra los mismos y, restaurando el orden jurídico quebrantado.

La propia estructura del Poder Judicial exige de los jueces un compromiso permanente con las garantías que debe procurar a los que acuden a su sede en demanda de justicia.

Los jueces ostentan un poder. Este poder debe ser ejercido con responsabilidad. En una sociedad organizada racionalmente se establece una relación directamente proporcional entre poder y responsabilidad. En consecuencia, el problema de la responsabilidad judicial deviene más o menos importante según el mayor o menor poder del juez en cuestión.

Salvo en los Estados totalitarios y predemocráticos, los jueces ostentan competencias suficientes que están expresamente recogidas en el texto constitucional y en las leyes que lo desarrollan. Aunque el modelo de funcionamiento del Estado sea imperfecto, el juez conserva la posibilidad de actuar como garante de las libertades y sancionador de las violaciones diarias de los derechos humanos.

De esta potestad nace una doble responsabilidad: la responsabilidad como poder función, y la responsabilidad como deber de rendir cuentas de su gestión. No puede existir ningún poder que esté exento de

rendir cuentas. Como señala Mauro Capeletti, un poder no sujeto a la rendición de cuentas revela la existencia de una patología en el sistema y, pone de relieve la falta de una organización racional del Estado, que presenta aspectos que la ciencia política no puede calificar sino como autoritarismo, y en su expresión extrema, tiranía.

Resulta válido e innegable que un poder sin responsabilidad es incompatible con un sistema democrático. Por el contrario, parece fuera de duda, que un sistema de gobierno liberal democrático - un sistema que intenta garantizar las libertades fundamentales del individuo en un régimen de democracia social - exige una razonable relación de proporcionalidad entre el poder público y la pública responsabilidad, de tal manera, que el crecimiento del poder mismo corresponda a un aumento del control sobre el ejercicio de tal poder.

III - En el contexto de una situación degenerativa del respeto a los derechos humanos, los jueces tienen la opción de poner en marcha los mecanismos constitucionales para actuar de contrapeso y control de los excesos del poder Ejecutivo, exigiendo responsabilidades a los autores de violaciones contra la vida, la integridad, la libertad y la seguridad de las personas. En muchos países con cobertura constitucional de forma democrática, la existencia de confrontaciones armadas y la presión de los actos terroristas, altera notablemente la normalidad de la convivencia.

Pero también el ejercicio de las potestades jurisdiccionales es posible y tenemos ejemplos de ellos, aún en situaciones de extrema dificultad. Justo es reconocer que el sistema político-constitucional de estos países se ve afectado por estas tensiones que producen una polarización del Poder ejecutivo, que recaba para sí poderes excepcionales y los pone incondicionalmente en manos de los militares que gozan de prerrogativas e inmunidades que dificultan la aplicación de la legalidad constitucional. La dinámica de una confrontación armada, pone en marcha una lógica militar en detrimento de una racionalidad más equilibrada en las respuestas a la situación de enfrentamiento.

El sistema genera estados de emergencia que subvierten la formalidad constitucional, no sólo derogando la vigencia de derechos y libertades fundamentales, sino limitando y coartando las posibilidades de control sobre las acciones y operativos del Ejército o las Fuerzas de Seguridad.

Este fenómeno está inmerso en la ola de militarización del ordenamiento jurídico que se viene produciendo en algunos países con el consiguiente retroceso de la ideología de los derechos humanos. Se transforma la lucha contra el terrorismo en una “guerra” de baja intensidad que justifica excesos y admite resignadamente su repercusión sobre terceros inocentes. Esta situación no puede perpetuarse dentro de un sistema democrático sin producir una degradación irreversible del Estado de Derecho y la democracia representativa.

Todo el funcionamiento de los mecanismos de excepción se subordina a la eficacia de la guerra antisubversiva, y no se observan reacciones o signos de vitalidad en los demás poderes políticos del Estado que traten de frenar la escalada del predominio de la acción militar sobre el poder civil.

Pero aún en esta situación el juez puede actuar de contrapeso refugiándose en los principios informadores del texto constitucional para tratar de preservar su independencia. La tarea no es fácil y no está exenta de riesgos, pero se convierte en una obligación ineludible si no se quiere ser cómplice de la violación sistemática de los derechos humanos.

La reacción positiva del juez se produce casi siempre de forma aislada, desgraciadamente minoritaria, al margen de las estructuras que dirigen el poder judicial y desconectada de otros jueces que adoptan una actitud semejante.

El juez se siente desamparado y no le queda otra opción que convertirse en cómplice de la situación, o comprometerse individual o colectivamente con el Estado de Derecho.

Entiendo que los jueces comprometidos son aquellos que sienten la necesidad de intervenir en la defensa de los derechos humanos, en la que arriesgan su seguridad personal y hasta su vida y, que su conveniencia

o egoísmo personal les llevaría a callar, otorgando un silencio cómplice ante los excesos que salpican la realidad cotidiana.

Junto al juez cómplice y el juez comprometido nos encontramos también ante el activista y colaborador entusiasta y fiel con los excesos del sistema, deslegitimando la potestad de que están investidos con actos de cooperación a las violaciones flagrantes de los derechos humanos.

Estos últimos con su actitud, permiten que las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las torturas y las detenciones arbitrarias queden sin respuesta y que sus autores materiales e intelectuales gocen de total impunidad.

IV - El Poder Judicial, envuelto en este ambiente de tensión, cede con mayor facilidad sus facultades jurisdiccionales en favor de la autoridad encargada directamente del mantenimiento del orden público, que libre de frenos y controles actúa con total autonomía.

Pero no sólo los jueces aisladamente ceden en sus competencias, también las Cortes de Garantías Constitucionales o las Cortes Supremas interpretan las normas constitucionales en un sentido favorable a las pretensiones inmoderadas de los poderes fácticos.

Aún bajo la norma de emergencia conviene resaltar que la naturaleza de los derechos afectados por los estados de excepción, justifica y exige una interpretación extensiva de las potestades garantistas encomendadas por los textos constitucionales a los órganos del Poder Judicial. En consecuencia, cualquier decisión que pretenda la defensa de los derechos y garantías constitucionales, nunca podrá ser considerada como una desviación de la normatividad vigente, ni como una acción susceptible de ser perseguida por vía de exigencia de responsabilidades disciplinarias o de cualquier otro género.

La cuestión alcanza una especial significación en el área de Centroamérica y en algunas zonas del Cono Sur. La progresiva extensión de las zonas de emergencia y la prórroga sucesiva de su vigencia temporal, han incidido negativamente en la independencia del Poder Judicial y ciertamente, en la limitación y desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona.

El Poder Judicial se ve vaciado de su natural contenido y deja de actuar como garante de los derechos individuales. Ante la falta de poder real ha de contemplar cómo otros sectores de la estructura del Estado le despojan de sus funciones en detrimento de sus facultades y de las garantías que puede ofrecer en condiciones de normalidad.

Únicamente una sociedad donde existan unos Tribunales y Jueces independientes, con poder de investigación y decisión sobre el comportamiento de los ciudadanos y de los servidores del Estado y que actúen como garantía de sus derechos, puede llamarse sociedad civil. Lo demás será tribu o tiranía, aunque se disfrace bajo fórmulas semánticas y se practiquen modificaciones superficiales o de cirugía estética. No es suficiente la periódica celebración de elecciones para devolver a los ciudadanos su soberanía. Mientras no exista separación de poderes, ni esté garantizado el ejercicio de los derechos ciudadanos, no puede hablarse de un sistema democrático de gobierno.

Los jueces, envueltos en una legislación excepcional, represiva y cargada de incitaciones a la dureza indiscriminada, no pueden conformarse con ser meros espectadores de las constantes prácticas irregulares propiciadas por la legislación de excepción. Deben alzarse contra el anormal cúmulo de disposiciones que coartan el libre ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y tratar de rescatar los principios subsistentes en las normas constitucionales que no han sido expresamente derogadas.

En la actualidad el sistema jurídico de garantías no se limita al ámbito de aplicación del derecho interno y los países forman parte de un orden jurídico internacional que proclama la vigencia universal de determinados derechos y garantías individuales. Si el derecho interno no es suficiente cabe el recurso y la apelación a los tratados internacionales suscritos por el país donde se ejerce la jurisdicción.

En el área regional Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha avalado la interpretación extensiva de la misión protectora de la función jurisdiccional durante los Estados de emergencia, afirmando rotundamente que la suspensión de garantías no suspende el Estado de Derecho. Afirma y sostiene que garantías como el Habeas Corpus nunca pueden ser suspendidas y que

desempeña una función esencial para garantizar la vida, la integridad, la dignidad y la libertad de las personas detenidas.

La Corte Interamericana es tajante al afirmar que los ordenamientos constitucionales o legales que autoricen explícita o implícitamente la suspensión de los procedimientos de Habeas Corpus o acciones de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a los Estados impone la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresamente reconocida por los ordenamientos constitucionales.

V - El sentido de la independencia del juez debe llevarle a mantener la integridad de sus competencias no sólo frente al Poder Ejecutivo, sino también frente a la normatividad excepcional surgida de los poderes extraordinarios del Gobierno y sancionada por el Poder Legislativo.

No se trata de propiciar una rebeldía frente a las fuentes de la legalidad, sino de rescatar las facultades interpretativas del juez que le permiten integrar el derecho conforme a los principios informadores del sistema. Como señala F. de Chiara - en la "Conciencia de los Jueces" - el Juez no invade el campo legislativo en cuanto se limita a superar con la interpretación aquellas normas que históricamente evaluadas no se corresponden con la realidad social. Tal función debe considerarse necesaria en cuanto viene determinada por el hecho de que por inercia del legislador se ponen en vigor leyes que no debieran publicarse.

A los Jueces y Magistrados maniatados por una legislación represiva, llena de ambigüedades y cargada de incitaciones a la dureza indiscriminada, espectadores de excepción de prácticas al borde de la ley y fuera de ella, les queda algo por hacer: dar un testimonio de su propia situación, exponer al pueblo y proclamar honradamente que cada día que pasa les resulta más difícil garantizar las mínimas parcelas de libertad que nominalmente están confiadas a su cuidado.

Hace falta una cierta dosis de heroicidad para hacer valer los fueros de la justicia. Al ciudadano sometido a la arbitrariedad del poder sólo le resta esperar un manto de protección en la acción decidida de los

jueces. No se puede defraudar estas expectativas y refugiarse en la coartada de los poderes excepcionales de los violadores de los derechos humanos. El Juez no puede detenerse a las puertas de un recinto de detención y aceptar las excusas y obstáculos que oponen los custodios del orden que nace de la emergencia, su delicada misión le obliga a cumplir con los deberes que le exige el ordenamiento constitucional.

Como señala Radbruch, una orden es una orden y tal cosa vale para los soldados. La ley es la ley, dice el jurista. Mientras que para el soldado el deber y el derecho cesan de requerir obediencia, cuando él sabe que la orden persigue un crimen o una falta, para los juristas cabe un manto de cobertura refugiándose en un mero panteísmo legal, declarando que la ley es la ley y tiene el poder de imponerse en la generalidad de los casos.

Esta concepción positivista de la ley ha vuelto tanto a los juristas como a los pueblos indefensos contra las leyes, por más arbitrarias, civiles o criminales que ellas sean. Equipara, en última instancia, el derecho al poder; sólo donde se halla el poder, allí existe el derecho.

Ante esta realidad los jueces deben saltar por encima de un positivismo ciego y tener el valor suficiente para negar carácter jurídico a las normas que violan los derechos humanos. Existen principios jurídicos que son más fuertes que toda disposición jurídica, de tal modo que una ley que los contradiga carece totalmente de validez.

El Juez tiene la obligación de esforzarse para volver de la arbitrariedad al Estado de derecho; si no lo hace, se constituye en cómplice de los que ejercen un poder incontrolado y autor mediató de todas las violaciones de derechos humanos que degradan a una situación política y, exigen de la sociedad civilizada una respuesta decidida a todos los pronunciamientos judiciales contrarios a los derechos humanos.

Ningún Juez puede pronunciar sentencia sobre una ley que no sólo es injusta, sino también criminal. Los derechos humanos se hallan por encima de todas las prescripciones escritas.



Comisiones de investigación de violaciones de derechos humanos El caso del Chad

Mahamat Hassan Abakar*
Magistrado
Chad

La comisión encargada de investigar los crímenes y malversación de fondos públicos cometidos por el ex-presidente Hissein Habré y sus cómplices, hizo público el 20 de mayo de 1992 sus resultados, que pueden resumirse así:

- más de 40.000 víctimas muertas durante la detención o simplemente ejecutadas sumariamente en los alrededores de las aldeas y pueblos. La Comisión pudo identificar por sus nombres cerca de 4.000 personas.

En cuanto a la malversación de fondos públicos, el dictador derrotado en el momento de su fuga llevó consigo más de 4 millares de francos CFA, extraídos de las cajas del estado y del tesoro público.

Cuando se anunciaron los resultados macabros, la opinión pública nacional e internacional quedó consternada. Antes de comenzar la Comisión con sus investigaciones, nadie tenía idea de la amplitud del desastre (excepto por supuesto Habré y su policía secreta), ni siquiera los investigadores, que sólo se dieron cuenta de este genocidio luego de varios meses de investigaciones a fondo. Si no

* El autor fue Presidente de la Comisión encargada de investigar los crímenes cometidos por Hissein Habré - Chad

hubiera existido esta iniciativa de investigación sobre lo pasado durante el régimen de Habré, esta dura realidad habría quedado enterrada, sin que persona alguna pudiera evaluar la amplitud de los crímenes cometidos. Y los regímenes se habrían sucedido los unos a continuación de los otros violando impúnemente los derechos humanos de sus conciudadanos.

Luego de la independencia en 1960, el Chad ha conocido numerosos regímenes represivos; todos ellos en mayor o menor medida han cometido ejecuciones sumarias, torturas, detenciones arbitrarias, pero no se ha hecho luz sobre ninguno de esos crímenes; el tiempo ha transcurrido y el olvido ha borrado todo. Los perdedores en esos casos no son solamente las víctimas y sus familiares sino la sociedad toda, el pueblo que en su conjunto es sometido en forma permanente a las exacciones de sus gobernantes.

Para frenar esta tendencia criminal que ha beneficiado durante tanto tiempo de impunidad total, es necesario encontrar con urgencia instrumentos aptos de disuasión a nivel nacional e internacional que sean capaces de poner fin al avance de los violadores.

Esta nueva era de democracia que sopla sobre todos los continentes, ha incitado a los nuevos gobiernos de transición a reaccionar, cada uno a su manera, frente a las graves violaciones de derechos humanos cometidas por sus predecesores. Algunos países han sido reticentes a abrir causas criminales contra los gobiernos anteriores, otros en cambio han decidido emprender medidas al respecto. Dentro de este marco, estos últimos crearon comisiones de investigación para revelar la verdad sobre las infracciones contra los derechos humanos cometidas por los anteriores regímenes. Algunas de esas comisiones pudieron finalizar sus investigaciones y efectuaron recomendaciones pertinentes para garantizar, en el futuro, el respeto de los derechos humanos.

Trataré de abordar las diferentes formas de estas comisiones y los obstáculos a los que se enfrentaron más frecuentemente.

Las investigaciones de las violaciones de derechos humanos cometidas durante los regímenes vigentes

Se constata que hoy día la búsqueda de los violadores de derechos humanos no sólo es ordenada luego de la caída de un régimen determinado, sino que algunas veces es dispuesta para dilucidar las violaciones cometidas por un régimen aún en el poder. Esta investigación es a menudo fruto de una presión de la opinión pública nacional e internacional. Los regímenes vigentes implicados frecuentemente en forma directa en violaciones graves de derechos humanos, no tomarán por consecuencia ninguna iniciativa, de motu proprio, tendiente a identificar a los autores de las violaciones. De ello tenemos dos ejemplos interesantes en Africa:

La Comisión del Chad creada el 14 de noviembre de 1991 encargada de identificar a los autores de infracciones cometidas durante los hechos del 13 de octubre de 1991;

La Comisión delegada a Togo por la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), encargada de identificar a los autores del atentado contra Olympio, célebre opositor del régimen del Presidente Eyadema.

Chad: La Comisión de investigación creada el 14 de noviembre de 1991, encargada de identificar a los autores de infracciones cometidas durante los hechos del 13 de octubre de 1991

El 13 de octubre de 1991, el nuevo gobierno que sucedió al régimen de Habré, apenas un año después, había acusado a un grupo de nacionales del Chad, en su mayoría pertenecientes a la etnia Hadjaraï, de haber intentado un golpe de Estado contra el poder vigente. A raíz de esta revelación, los militares partidarios de dicho poder se lanzaron a la persecución de los miembros de esta etnia Hadjaraï sin ninguna distinción. Procedieron a arrestos masivos; decenas de personas fueron ejecutadas sumariamente, también hubieron desapariciones, torturas y saqueo de bienes pertenecientes a particulares. Las organizaciones humanitarias internacionales, particularmente Amnistía Internacional solicitaron al gobierno de Idriss Déby la apertura de una investigación sobre esos hechos.

Si bien esos violadores eran partidarios fieles del régimen vigente, el gobierno cedió, en apariencia, a las solicitudes de la opinión internacional y la Comisión fue creada el 14 de noviembre de 1991. Esta iniciativa es un evento excepcional, porque es la primera vez en la historia del Chad que un gobierno en ejercicio implicado en violaciones a los derechos humanos, acepta crear una comisión nacional para investigar sus propios crímenes.

Esta Comisión compuesta de 9 miembros estaba dirigida por un magistrado. Inicialmente se le otorgó dos meses para elaborar su informe, pero transcurrió un año sin que pudiera hacer algo. Solamente tomó algunas declaraciones a las víctimas y en cuanto a los autores y cómplices de las violaciones ninguno de ellos pudo ser entrevistado.

Los presuntos autores y cómplices de esos crímenes son, como ya lo he dicho, partidarios fieles del régimen actual y ocupan, a pesar de los crímenes cometidos, cargos de importancia en el ámbito civil y en las fuerzas armadas. Estas últimas se sienten tan fuertes y poderosas que nadie osa interpellarlas por miedo a represalias.

En cuanto a los miembros de la Comisión, no cuentan con ninguna fuerza que pueda garantizarles la vida, ni tampoco que haga comparecer ante ellos, en caso de ser necesario, a las personas identificadas como autores de violaciones. Por todo ésto dudo que esta Comisión pueda presentar algún día su informe. Según mi opinión han creado una comisión de este tipo para poder enterrar un asunto espinoso.

Para evitar estas decepciones ciertos dirigentes africanos han preferido apelar a comisiones internacionales de investigación. Es el caso reciente de Togo en el asunto Olympio.

La investigación efectuada en Togo por la FIDH en el caso del atentado contra Olympio

El 5 de mayo de 1992, el Sr. Gilchrist Olympio, hijo del primer presidente de la República de Togo asesinado en 1963, opositor notorio del régimen del actual Presidente Eyadema, fue víctima de

una tentativa de asesinato, en el norte del país, donde varias personalidades importantes que lo acompañaban fueron asesinadas.

El Primer Ministro de Togo, Sr. Joseph Kokjou Koffigoh, nombrado en ese cargo por la Conferencia Nacional solicitó a la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) ayuda para esclarecer ese hecho. La Federación respondió favorablemente enviando a Lomé a tres investigadores: un juez francés, un abogado belga y un ex jefe de Scotland Yard (Policía británica).

No es mi intención abordar aquí los diversos problemas jurídicos a que dio lugar esta iniciativa, no obstante, lo que llama particularmente mi atención es el móvil que ha impulsado al Primer Ministro de Togo a recurrir a una institución internacional, para solicitarle un trabajo que aparentemente era de posible realización a nivel interno. Me planteo una multitud de preguntas. ¿Por qué el Primer Ministro recurrió a una ONG internacional? ¿Las instituciones y la gente de Togo no son capaces de asumir esta misión?

Para comprender ese gesto del Primer Ministro, conviene recordar brevemente la situación política actual en Togo. Ese país vive luego de varios meses un período difícil de transición hacia la democracia. La Conferencia nacional soberana reunida durante el año pasado, nombró un Primer Ministro con amplias prerrogativas, mientras el Presidente Eyadema que reina en el país desde 1963 como dueño absoluto, ha sido prácticamente desprovisto de todos sus poderes. Por lo tanto, en la práctica ha conservado su influencia sobre los servicios de seguridad y las fuerzas armadas. Es lo que explica los numerosos incidentes de intimidación que habrían sido provocados por los militares partidarios de este último.

Si uno tiene en cuenta esta dualidad de poder en ese país, por una parte un gobierno surgido de la voluntad popular y por otra un Presidente que se agarra todavía al poder a pesar del desacuerdo popular, la actitud del Primer Ministro podría estar justificada por diferentes razones. Entre ellas el clima de inseguridad y de sospecha que reina en Togo es de tal gravedad que sería difícil a una comisión nacional poder llevar a cabo su misión; el Estado inmerso en ese

caos deliberado sería incapaz de garantizar la vida de los investigadores nacionales; la experiencia ha demostrado que varias comisiones nacionales creadas en esas condiciones no han podido jamás presentar sus conclusiones.

Estas son algunas realidades amargas que los dirigentes no deben perder de vista.

Una Comisión internacional tiene ventajas pero también inconvenientes, entre sus privilegios se pueden citar entre otros, la inmunidad, la neutralidad y los medios de que disponen. En cuanto a los inconvenientes pueden mencionarse por ejemplo: el corto plazo que le es generalmente atribuido, que no le permite hacer un trabajo en profundidad, sino tan sólo una breve visión sobre hechos reunidos a la ligera. A eso se agrega el desconocimiento del terreno que puede conducir a los inadvertidos a graves errores. Pero los verdaderos límites de este tipo de comisiones es que los Estados soberanos no pueden indefinidamente recurrir a ellas cada vez que se comete un crimen político.

Los dos casos precitados del Chad y Togo son ejemplos interesantes para ser estudiados y reflexionados, con el fin de buscar soluciones que mitiguen los fracasos de las comisiones de investigación nacional o para sustituirlas en el caso que no puedan cumplir con normalidad su misión.

Ciertamente las comisiones internacionales de investigación pueden revelarse útiles en los casos de situaciones extremadamente delicadas y bien determinadas. No obstante sería deseable que se recurriera a ellas como último recurso y dar preferencia a las instituciones nacionales cada vez que ello sea posible.

Paralelamente a esos tipos de investigaciones, ordenados para dilucidar los crímenes cometidos bajo regímenes en ejercicio, han existido otras comisiones de investigación nacional que han sido constituidas después de la caída de regímenes opresores, como lo fueron la Comisión de investigación del Chad creada luego que el Presidente Hissein Habré huyera, la Comisión chilena, la argentina y tantas otras.

Las investigaciones ordenadas después de la caída de regímenes dictatoriales

Las investigaciones mejor llevadas a cabo son probablemente las que tienen lugar luego de la caída de los regímenes opresivos, porque en esos casos los encargados de hacerlas tienen más libertad, mayor margen de maniobra y de seguridad para realizar sus investigaciones.

Pero atención, en estos casos también debemos hacer una distinción entre las investigaciones decididas contra un régimen depuesto que no tiene ninguna influencia sobre el nuevo y sus instituciones, como es el caso actual del Chad; y las ordenadas contra una dictadura ya descartada del poder pero cuyos antiguos dirigentes constituyen una fuerza de presión que controla ciertas instituciones importantes del país, como las fuerzas armadas. Se puede evocar a este respecto el ejemplo de Chile donde el General Pinochet si bien no es más jefe de Estado, se mantiene al frente de las fuerzas armadas. La Comisión chilena si bien ha hecho un trabajo loable y remarcable sobre las violaciones del régimen de facto, no ha podido lamentablemente identificar específicamente a los violadores.

Violadores e instrumentos opresivos: el caso del régimen de Habré

Hissein Habré desde su llegada al poder en junio de 1982, se abocó, prioritariamente, a poner en marcha cuatro instrumentos opresivos que constituyeron los pilares de su dictadura. Se trata de la policía secreta, llamada dirección de documentaciones y seguridad, abreviada "DDS", el servicio de investigación de la presidencia (SIP), informaciones generales (RG en francés) y el partido de Estado, titulado Unión Nacional por la Independencia y la Revolución (UNIR).

Todos estos órganos tenían como misión el control estricto de la población, vigilarla hasta en los más simples gestos y actitudes a fin de "detectar los enemigos de la nación", entendiendo por tales los enemigos de su régimen y neutralizarlos definitivamente.

La Dirección de Documentaciones y Seguridad, órgano principal de opresión y terror

De todas las instituciones opresivas del régimen de Habré, la Dirección de documentaciones y seguridad (DDS) se ha distinguido por su crueldad y menosprecio de la vida humana. Cumplió plenamente su misión de aterrorizar a la población para mejor sojuzgarla.

El artículo primero del Decreto que creó la DDS disponía que ésta dependía de la presidencia de la República en razón del carácter confidencial de sus actividades. Por lo que no existía intermediario entre la DDS y Habré; éste le impartía directamente todas las órdenes y directivas y la DDS diariamente le rendía cuenta de sus actividades a través de fichas.

El ex ministro del interior, Djimé Togou interrogado sobre esto declaró ante la Comisión: “Todo lo referente a la DDS estaba reservado al Presidente y ninguna personalidad de la época, cualquiera fuera su rango o función, podía intervenir en los asuntos de la dirección”.

La misión inicial atribuída a la policía secreta era reunir y centralizar todas las informaciones del interior y exterior relativas a las actividades extranjeras o de inspiración foránea, susceptibles de comprometer el interés nacional (artículo 4 del Decreto N° 005/PR de enero de 1983 que creó la DDS).

El observador vigilante que analice las atribuciones iniciales de ese servicio de seguridad, comprendidas en el mencionado decreto, no puede revelar ningún pasaje inquietante o intrigante. No existen trazas de arrestos arbitrarios, ni de detenciones sin inculpación ni juzgamiento y aún menos de ejecuciones sumarias.

No obstante sería un error fiarse de esos textos reglamentarios elocuentemente confeccionados; sería desconocer la duplicidad enfermiza de Habré que ha sido siempre un hombre de doble cara: presenta una cara legalista destinada al gran público y esconde una segunda que encarna el mal y que constituye su verdadera naturaleza.

Este aparato ha sido transformado desde el primer mes de sus

actividades en un instrumento de terror y opresión. En mi opinión dos factores decisivos han estado en la base de esta orientación deliberada: por una parte el carácter tiránico y perverso del mismo Habré y por otra parte el complejo de frustración y de revancha que embargaba a los dirigentes y funcionarios de los servicios de seguridad.

La actitud de Habré con respecto a sus adversarios reales o imaginarios ha sido muy singular. El creía que todos los que no pensaban como él estaban en su contra y por lo tanto no tenían derecho a vivir.

Durante sus ocho años de poder no cambió un ápice su lógica macabra. A título de ejemplo, el 10 de agosto de 1983, 150 prisioneros de guerra capturados en el norte del país, todos de diferentes etnias nacionales del Chad, fueron sacados durante la tarde de la prisión de N'Djamena por militares pertenecientes a la guardia presidencial y masacrados a quemarropa, a 25 kilómetros al Noroeste de la capital, cerca de una aldea llamada Ambing. Sus cadáveres fueron abandonados al aire libre donde quedaron durante dos años. Nadie pudo acercarse para enterrarlos, nadie osó decir una palabra. Acciones como ésta eran las que prefería Habré para disuadir a sus eventuales adversarios.

Tratándose de arrestos, a menudo las órdenes venían de arriba, incluso con la mención específica de la identidad de la persona. Cuando la sublevación de la comunidad zaghawa contra Habré, éste dio la orden a su policía secreta de arrestar a todos los miembros de esa etnia sin distinción. Al respecto, el ex agente de la DDS, Abbas Abougrène declaró: "El 1º de abril de 1989 a las seis de la mañana, Guihimi Koreï, ex director de la DDS reunió a todos los jefes del servicio y les ordenó proceder a la arrestación de todos los naturales zaghawa sin distinción alguna. Y les precisó que esas eran las instrucciones del Presidente de la República".

Con respecto al régimen Habré, se dijo que las graves violaciones a los derechos humanos fueron posibles únicamente, no sólo porque el jefe de Estado prestó su consentimiento a todo lo que ocurría en el país, sino además porque era él mismo que daba las órdenes y directivas en

ese sentido. La prueba es que durante esos ocho años de reinado, Habré tenía cerca de su residencia oficial a una serie de prisioneros políticos y de opinión considerados peligrosos por su régimen.

Como en todos los engranajes estratégicos del Estado donde Habré ubicó a sus allegados, los servicios de seguridad no escaparon a esta regla. Los cuatro directores sucesivos nombrados a la cabeza de esta máquina sanguinaria y gran número de los ejecutores directos de esos bajos instintos fueron reclutados, de preferencia, dentro de la etnia del Presidente.

Estos agentes ejecutores de la DDS provenían de las clases sociales más desfavorecidas y siempre habían vivido al margen de la sociedad. Cuando se encontraron bruscamente, sin transición alguna, delante de la escena nacional y munidos de poder absoluto sin límites, creyeron que todo el Chad les pertenecía y que podían disponer de las personas y de los bienes como quisieran. Un tal poder pervierte inevitablemente al más humilde de los ciudadanos. Fuertes por todo ello y en uso de un arma tan aterradora como los servicios de seguridad, los recién llegados no pudieron ni retener ni controlar su impulso de revancha contra aquellos que los consideraban como marginales.

Rápidamente la máquina opresora se puso en marcha. Procedieron a arrestos por todos lados, de día como de noche, generalmente sin motivo o por motivos banales que no tenían nada que ver con la pretendida seguridad del Estado.

Algunos ejemplos del paroxismo de lo arbitrario:

- Narassoum Ngarkol: funcionario, detenido el 30/9/1987; motivo de la detención: se le reprochaba haber dicho en un despacho de bebidas que el padre de Hissein Habré era un “Sudista”. Falleció el 11 de agosto de 1988;
- Brahim Bourma, detenido el 18 de enero de 1988; motivo de la detención: intentó viajar a la República Centroafricana sin salvoconducto. Falleció el 12 de julio de 1988;

- Akouna Moussa Néné: Periodista, detenido el 8 de febrero de 1988; motivo de la detención: porte ilegal de arma de mano. Falleció el 15 de agosto de 1988;

De esta forma se podría hacer fácilmente una lista de un millar de personas detenidas por motivos fútiles y mantenidas por los servicios de seguridad en detención ilegal sin inculpación ni juzgamiento. Desde que la persona era detenida, sus bienes -obtenidos luego de largos y duros años de trabajo- eran robados, pero el colmo del drama era que los detenidos en manos de la DDS tenían pocas posibilidades de salir con vida. Varios detenidos murieron de agotamiento físico, otros por envenenamiento o ejecutados sumariamente en las cercanías de las aldeas y pueblos.

El objetivo buscado por la DDS fue rápidamente alcanzado. Las poblaciones fueron aterrorizadas, cada ciudadano vivía con la inquietud de no saber que le deparaba el mañana. Esta vida de terror y menosprecio de la vida humana deliberadamente mantenida, fue resumida por un ex Director de la DDS, denominado Saleh Younous que declaró así:

“Hay que reconocer que la misión primera asignada a la DDS fue progresivamente modificada por el mismo Presidente Habré. La Dirección debía ocuparse al principio de la seguridad interior y exterior del país, particularmente para contrarrestar toda acción de los libios contra el Chad. Pero poco a poco el Presidente le dio una nueva orientación a la dirección de la DDS y la convirtió en un instrumento de terror”.

En conclusión, las violaciones a los derechos humanos en nuestros países, no son una fatalidad sino más bien un problema de voluntad política. Si desde la cima existiera una voluntad política real de cambiar las cosas, la situación mejoraría rápidamente.



TEMA 3



Las normas jurídicas

Principios de legalidad y de irretroactividad y el instituto de la prescripción

Prof. Dr. Rodolfo Schurmann Pacheco

*Abogado,
Uruguay*

En afán de no apartarme del lineamiento ideológico propuesto en el excelente “Memorándum explicativo”, elaborado por los organizadores de este trascendental encuentro, enfocaré mis reflexiones a esa suerte de impunidad con que suelen beneficiarse los autores, copartícipes y encubridores de las más graves violaciones a los Derechos Humanos que han acontecido y están aconteciendo en el mundo. Ello implica, necesariamente, analizar y valorar las respuestas tanto del Derecho Penal como del Internacional, al igual que las propuestas por esa novel rama científica fruto de la conjunción de los dos anteriores y que se denomina comúnmente, **Derecho Penal Internacional**.

La profusa problemática que rodea a todos y a cada uno de los temas básicos, así como su tentacular atractivo, siento que me obligan entrar de inmediato a reflexionar acerca de aquellos cuyo desarrollo me asigna el programa: los principios de legalidad y retroactividad por un lado, y por otro, el instituto de la prescripción.

I - Los principios de legalidad y de irretroactividad

1 - Antecedentes

Si tomamos como puntos de referencia de nuestras reflexiones las más graves violaciones a los Derechos Humanos y las respuestas de las distintas ramas del Derecho, necesariamente debemos ubicarnos en el período histórico que siguió a la Segunda Guerra Mundial desde

que, finalizadas las hostilidades se inicia la experiencia fáctica y pretendidamente jurídica de penalizar el Derecho, en base a la efectiva creación de Tribunales Militares con el cometido de juzgar los grandes criminales de guerra imputados de haber cometido los más espantables delitos contra la Humanidad - en sustancia abarcadores de los delitos de guerra y contra la paz - con facultades ilimitadas de imponer todo tipo de penas, incluso la de prisión por vida y la de muerte.

En relación a los fallos condenatorios y a la ejecución de las penas impuestas, se produjo un inevitable choque inicial de ideas entre los juristas cultores del Derecho Internacional y los del Derecho Penal, los primeros en su intento de justificar la concepción de un sistema penal elástico, de naturaleza consuetudinaria y perfiles iusnaturalísticos, ante la inminente alternativa de optar entre la **impunidad** o aceptar la propuesta de los segundos consistente en la elaboración de un modelo paralelo a los sistemas penales internos que evitaran la conculcación de los principios liberales fundamentales en que se basan, principalmente el de la legalidad.

En este enfrentamiento interdisciplinario quienes más vehemencia demostraron fueron los penalistas, forzoso resulta aceptarlo dando razón a Quintano Ripolles en su esfuerzo conciliador, ya que consideraron que la referida experiencia, llamada de Derecho Internacional Penal o de Derecho Penal Internacional - el orden de los términos sólo interesó secundariamente - no fue de Derecho, tampoco Internacional y, menos aún, Penal. Jiménez de Asúa, confirmando esta apreciación, decía a sus discípulos en el destierro, que si la guerra fue contra el autoritarismo y la barbarie, para restaurar el derecho, la libertad y dignidad de los hombres, constituiría un mal comienzo para los vencedores, proceder hollando los principios fundamentales y las garantías más características de un invocado orden jurídico democrático universal.¹

1 Quintano Ripolles, Antonio - "Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal", Madrid, 1955, págs. 11 y 12; Jiménez de Asúa, Luis - "Tratado de Derecho Penal", T. II, No. 898, págs. 1295, Buenos Aires 1950.

Quizá en estas reflexiones ya esté implícita la contestación a la inteligente y profunda interrogante formulada al comienzo del Memorándum Explicativo ¿Cómo la Democracia y los Estados de Derecho deben afrontar el totalitarismo y la barbarie sin riesgo de perder su esencia?

2 - El sumo principio de legalidad

Sintéticamente expresado en el apotegma originario "Nullum crimen sine lege" se le han ido agregando elementos y características, así el de irretroactividad entre los primeros, como las exigencias de estrictez y escrituración, entre los segundos.

Como sucede en todos los enfrentamientos doctrinarios, el de marras fue tremendamente incitativo en la especie, planteándose problemas tales como el de las fuentes del derecho penal, la conexión entre el principio de legalidad y el de irretroactividad y la naturaleza y estructura de la ley penal.

La teoría de las fuentes asumió una especial significación, ya que si en los sistemas penales resultaba apodíctico la exigencia de la ley orgánica como única fuente de configuración de los delitos y de determinación de las penas² los internacionalistas, en cambio, quizá motivados porque en los hechos el quebranto del principio constituyó una de las críticas más serias y generalizadas a la actuación de los Tribunales Militares, coincidieron sin cuestionar en que, "la dogmática de la legalidad penal" permaneció al margen del Derecho Internacional hasta la post-guerra y, además, que pese a su función de "salvaguardia a los derechos individuales", así como a su "principalidad asentada en las propias constituciones de los Estados democráticos", se trataba de un principio intransferible del derecho codificado a un derecho consuetudinario como el Internacional³. No obstante terminaron por aceptar que, reposando la legalidad en un

2 Polaino Navarrete, Miguel - "Derecho Penal", Parte General, Barcelona 1989, págs. 483 y sgts.

3 Glaser, Stefan - "Introduction à l'Etude du Droit International Penal", Bruxelles, 1954, pág. 79.

fundamento de Justicia al igual que la costumbre, era también universalmente válida; “se trata de otro triunfo del tecnicismo penal sobre el internacionalista”, finaliza expresando Quintano Ripolles en su estudio del tema, con cita de Jiménez de Asúa: a las razones del respeto al apotegma, se une hoy día, precisamente su inscripción como uno de los básicos derechos del hombre en el art. 11º de la Declaración Universal, y a la vez, como rotunda condenación póstuma al Juicio de Nuremberg.⁴

Curiosamente, aun pervivieron opiniones que, sin magnificar las actuaciones de los Tribunales Militares, hasta reprobándolas dogmáticamente, estiman como Zaffaroni que “el *nullum crimen sine lege*” no fue violado, al menos en la mayoría de los casos, puesto que los crímenes contra la Humanidad no son más que comisiones de delitos en número masivo y los crímenes de guerra, constituyeron generalmente, violaciones a leyes internacionales como la Convención de la Haya de 1909 y a otras leyes⁵. Lamento discrepar con el destacado catedrático argentino y Director de ILANUD - a quien respeto intelectualmente y cuya amistad me honra - en primer lugar por su concepción de delitos de lesa humanidad limitada a una mera reiteración de ilícitos comunes cuando, precisamente, se caracterizan por elementos esenciales propios y una objetividad jurídica

4 Quintano Ripolles, Antonio - ob. cit. pág. 103; la disposición mencionada establece que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

5 Zaffaroni, Eugenio Raúl - “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, Buenos Aires 1980, T. I, págs. 250 a 253.

específica⁶ y en segundo lugar con su afirmación de que esos fallos sólo habrían violado el “nullum crimen sine poena” cuando, en realidad este principio constituye una unidad morfológicamente insoluble con el de “nullum crimen sine lege”, resultando inadmisibles un quebranto autónomo cuando la propia norma jurídica se integra, ontológicamente, con el precepto y la sanción.

II - Prescripción

1 - Razones que justifican su consideración

La inclusión de este instituto dentro de los temas particulares a tratar nos resulta a más de oportuna, necesaria, reconociendo esta afirmación varias razones.

La primera, relativa a la naturaleza de la prescripción configurativa de una *specie* dentro del *genus* de las renunciaciones a la potestad sancionatoria de los Estados, conforme a los ordenamientos jurídico-penales internos.

La segunda, referente a la propia estructura del Derecho Penal Internacional, es la que no debería prescindir en su proyectada sistematización, de estudiar cuidadosamente la adopción o el rechazo de un instituto de esta jerarquía dentro del Derecho penal interno, como lo hizo la “Convención contra el Genocidio” a pesar de haberse pronunciado por la imprescriptibilidad.

6 Graven, Jean - “Les crimes contre l’Humanité”, Extrait de Recueil de Cours de l’Académie de Droit International, Paris, Sirey, 1950; Jescheck, Hans - “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, Vol. I, pág. 163; Mera Figueroa, Jorge - “Delitos contra los Derechos Humanos”, Doctrina Penal, Año VIII, 1985, Buenos Aires; López Goldaracena, Oscar - “Derecho Internacional y Crímenes contra la Humanidad”, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria 1986, págs. 36 a 39; Schurmann Pacheco, Rodolfo - “Los delitos de Lesa Humanidad”, Forum Internacional de Direito Penal Comparado, Salvador, Bahía, 1989, págs. 178 y sgts.

La tercera, relacionada con la propia entidad de la mayoría de los delitos internacionales cuyo catálogo incluye los más graves y atroces atentados a los Derechos Humanos.

2 - La prescripción en la legislación penal interna.

La prescripción penal constituye desde la antigüedad una renuncia de la pretensión punitiva, en sus orígenes dispuesta por los Jueces y luego por los sistemas penales, como regla en relación a delitos considerados comunes - según el momento histórico y el lugar - pero no frente a aquellos considerados atroces (entre otros, los de lesa majestad, parricidio, concusión, asesinato, falsificación de moneda) que atento a su entidad, eran considerados imprescriptibles a título excepcional.

En último análisis la prescripción reconoce, como fundamento sustancial, el efecto corrosivo del tiempo sobre el recuerdo de los hombres y, como fundamento formal, la exigencia de que sea dispuesta y graduada legalmente.

Para el dogmático, como es natural, lo decisorio es la legalidad del instituto, pero para el político criminalista - liberado del rigor exegético de la "*lege data*" e impulsado por el ánimo creativo que caracteriza una elaboración de "*lege ferenda*", le resulta primordial la fundamentación sustancial, desde que no se trata sólo de formular una disposición, sino de valorar su necesidad práctica y su validez dogmática.⁷

En fin, no se trata de fundamentar en base a consideraciones metajurídicas, que "el simple transcurso del tiempo tenga un poder místico destructivo del derecho" - como observaba Von Liszt -⁸ sino que se trata de establecer, utilizando "el propio poder del derecho, en su finalidad práctica", y en una instancia fáctica los inconvenientes de una represión morosa.⁹

7 Manzini Vincenzo - "Trattato di Diritto Penale, Vol. III, pág. 480 y n°. 3

8 Von Listz Franz - "Tratado de Derecho Penal", T. III, Traducción de Quintiliano Saldaña , pág. 402.

9 Soler, Sebastián - "Derecho Penal Argentino", T. II, pág. 510

3 - Forma de encarar el transcurso del tiempo en los delitos internacionales.

Me atrevo a sostener que lo más indicado para que este encuentro resulte proficuo es situarnos precisamente, en este último ámbito, reconociendo las diferencias existentes entre una labor legislativa interna y otra legislativa internacional pero no magnificándolas. En esta línea de pensamiento considero que el método del Prof. Bassiouni resulta el más útil, desde que tiende abarcar reflexiones que por la generalidad o universalidad de sus fundamentos tiene la virtud de servir tanto para ensayos legislativos internos como internacionales.¹⁰

No se trata de un cambio brusco ni pronunciado de la posición metodológica corriente seguida por los penalistas, sirvan de ejemplo los congresos y asociaciones penales internacionales organizados y creados con la común finalidad de resolver cuestiones que interesan al desarrollo científico global de nuestra disciplina y al perfeccionamiento particular de nuestros sistemas.

En relación a lo expuesto, veamos a título de ejemplo, algunas de las cuestiones que más han interesado en materia de prescripción.

a) Este instituto constituiría para algunos doctrinarios una causal extintiva del delito y de la pena, tal como se establece en el Código Penal Italiano y en casi todos los cuerpos normativos latino-americanos, que lo han seguido, dentro de ellos el uruguayo. Pese a la opinión más generalizada de que el delito concreto, traducido en un hecho realmente acontecido, no puede destruirse o borrarse, ni que tampoco la pena - que es su consecuencia - soporte el concepto de prescripción así entendida, la sistematización legal sigue a la espera de su perfeccionamiento.

10 Bassiouni, Cherif M. - "Derecho Penal Internacional", Traducción del Prof. Joseph de la Cuesta Arzamendi, Madrid, Edit. Tecnos 1984, pág. 86.

Se ha dicho con razón que “la muerte de César siempre será un asesinato” y de la misma forma podrá decirse, con más fundamento, que un atroz delito de lesa humanidad una vez legislado y consumado, jamás podrá extinguirse por prescripción desde que siempre constituirá uno de los maleficios criminales mayores.

En suma, considero que penalistas e internacionalistas debemos concordar que una cosa es la extinción del delito y otra, muy diferente, la renuncia de la pretensión punitiva, como - a su vez - que una cosa es la extinción de la pena y otra muy diferente la previsión normativa de causas que anulen su ejecución.¹¹

b) Otra cuestión, esta vez planteada por los internacionalistas, es la de si es prescindible o no el acogimiento de la prescripción en crímenes tan graves como los de la guerra o contra la humanidad.

Decía al respecto el afamado Maestro Verdros que, “en favor de la vigencia de los principios relativos a la prescripción en el derecho internacional, está la circunstancia de tratarse de una institución admitida por los ordenamientos jurídicos de todos los países civilizados” y el insigne Maestro Pella ya había señalado que “no era preciso insistir en la necesidad de someter también a prescripción la acción penal derivada de un crimen internacional”, ya que las mismas razones que fundamentan esta institución en los sistemas internos, se dan para fundamentarla en el “Código penal de las naciones”.¹²

A su vez, el conocido publicista argentino Pablo Ramella, dentro de esta corriente de pensamiento, reflexionando al respecto en su reciente estudio sobre “Crímenes contra la Humanidad”, manifiesta que en la codificación de los mismos es de “imprescindible necesidad

11 Manzini, Vincenzo “Trattato di Diritto Penale Italiano”, Vol. III, págs. 479 y sgts.; Maggiore, Giuseppe, “Derecho Penal”, T. II pág. 351.

12 Verdross, Alfredo - “Derecho Internacional Público”, Madrid 1957; Pella, Vespaciano V.- “La criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho Penal del porvenir”, Madrid 1931.

insertar normas prescriptivas ...con el propósito de preservar el orden público internacional”, reconociendo sin embargo, que “las dificultades se plantean ... cuando no existe ley, ni pena previas formalmente establecidas, ni tampoco formas que fijen términos prescriptivos”.¹³

En materia de dificultades me atrevo agregar a las enunciadas por el Profesor argentino, la que tuvimos que resolver junto a los destacados juristas Alejandro Artucio y Oscar Adolfo López Goldaracena cuando el Colegio de Abogados del Uruguay nos encomendó la redacción de un anteproyecto sobre **Delitos de Lesa Humanidad** (hoy a estudio del Parlamento en nuestro país) y que nos fue planteada por el “Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad” de 9 de diciembre de 1968 (United Nations Treaty Series, 277).

Dificultad que optamos resolver, con criterio dogmático, o de “*lege data*” si se quiere, a favor de la **imprescriptibilidad** habida cuenta el compromiso internacional contraído por nuestro país en esta materia (Art. 6 y Exposición de motivos del Anteproyecto que se acompaña) y la tenaz posición contraria a la prescriptibilidad de estos delitos asumida “de siempre” por Alejandro Artucio- a quien no me decido a encasillar como penalista, ni como internacionalista pese haber cultivado intensamente ambas ramas del Derecho, pero sí como bienfamado y tenaz defensor de los Derechos Humanos en el mundo entero-, así en su análisis de **La ley de impunidad en Uruguay** sostuvo que los llamados delitos contra la humanidad (torturas brutales, asesinatos políticos, toma de rehenes, desapariciones forzadas) merecen y requieren un tratamiento especial y una acción concertada de las Naciones Unidas, tendentes a declararlos imprescriptibles.¹⁴

13 Ramela, Pablo A. - “Crímenes contra la Humanidad”, Bs. As. Argentina, págs. 126 y sgts.

14 Artucio, Alejandro - Tribunal Permanente de los Pueblos “La Comunidad Internacional frente a la Impunidad uruguaya”, 1990, págs. 5 y 6.

En una posición menos radical, de índole sincrética el Maestro Bassiouni, en su insuperable proyecto de Código Penal Internacional, se pronuncia por la regla de la prescriptibilidad estableciendo en el artículo 10º que ninguna actuación penal por crímenes internacionales será “objeto de paralización o impedida su aplicación, por el transcurso de un plazo de prescripción inferior a la duración de la pena máxima prevista para el crimen en cuestión”, destacando - en la nota explicativa al pie - que, a título de excepción, si la pena máxima aplicable fuera de prisión perpetua o de muerte, no se le concedería plazo alguno de prescripción. Agrega que el sistema expuesto lo ha adoptado “no obstante el Convenio sobre la imprescriptibilidad de 9 de diciembre de 1968 y el Convenio europeo de 1974 con el propósito de evitar un sinnúmero de problemas y dificultades que han impedido de hecho la ratificación de estos convenios por muchos estados”.¹⁵

Se trata en primer lugar de una posición que no viola principio alguno de Derecho Penal, desde que el instituto de la prescripción no tiene esa categoría, ni la calidad de principio absoluto y universal como el anteriormente analizado “nullum crimen nulla poena sine praevia lege”, confirmando el acierto de esta consideración el establecimiento de la imprescriptibilidad, en casos de gravísimos castigos potenciales, por diversos códigos penales o leyes especiales anexas a los mismos, como sucede en Italia en delitos castigados con pena de muerte o de ergástulo - “porque el recuerdo de esos delitos no se desvanece en la memoria de la generación que los vió cometer” -, o en Alemania, con los delitos contra la paz y la humanidad así como en los delitos de guerra.¹⁶

15 Bassiouni Cherif M. - “Derecho Penal Internacional”, ob. cit. págs. 237 y 238.

16 Bettiol, Giuseppe - “Diritto Penale”, Edición III, Palermo, pág. 610; Jescheck, Hans H.- “Tratado de Derecho Penal (Parte General)” Traducción de los profesores S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Edit. Bosch, Barcelona 1981.

Se trata, en segundo lugar, de una posición que contempla la tendencia adoptada comúnmente, en los sistemas penales internos, de graduar los plazos prescriptivos conforme a los máximos de las penas establecidas en abstracto por el legislador.¹⁷

Y finalmente, en tercer lugar se trata de un procedimiento, además de justo, práctico, desde que en la lista más o menos extensa de crímenes internacionales a establecer en un Código Penal Internacional o en una ley penal especial interna, habrá necesariamente que coincidir en un amplio espectro sancionatorio con penas mayores que podrían justificar la imprescriptibilidad - conforme a sus sostenedores - y penas menores, por delitos de escasa cantidad política, en relación a las cuales establecer la imprescriptibilidad constituiría una verdadera exageración. Se trata si se quiere de una solución de "política legislativa" pero inevitable frente a países que, como el Uruguay, se negarían a dar su consentimiento a cualquier fórmula que aún eclécticamente y de manera excepcionalísima contenga una posibilidad de imprescriptibilidad. Nuestro país erradicó de su sistema penal las penas penitenciarias superiores a treinta años, en la década del 30, y la de muerte considerada desde el siglo pasado un verdadero "asesinato legal".¹⁸



17 En el Código Penal uruguayo por ejemplo "si el máximo fijado por la ley es mayor a los 20 años, hasta los 30 años, el plazo prescriptivo es de 20 años y así, sucesivamente, conforme las penas vayan disminuyendo.

18 Schurmann Pacheco, Rodolfo - "La Pena de Muerte en el Uruguay", Naciones Unidas, Número extraordinario sobre Pena Capital, del Boletín sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Viena 1986, págs. 35 y sgts.

Proceso justo o equitativo

El Hadji Guissé

Magistrado,

Miembro de la Subcomisión de N.U. - Senegal

Según una máxima del derecho canadiense de la fiducia, la equidad no tolera que un error quede sin reparación.

La noción de equidad se analiza como la forma de justicia más refinada, es decir la más completa y más justa. Así considerada, constituye un ideal a alcanzar, una aspiración hacia la cual tienden todos los pueblos. Un proceso equitativo sería entonces el mejor equilibrio posible entre los intereses de las partes en un proceso, equilibrio al cual el juez debe abocarse.

Por excelencia norma del derecho interno, ella está hoy día consagrada por la legislación internacional bajo el vocablo de derecho a un proceso equitativo.

El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce el derecho a que la causa de cada persona sea oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley. De acuerdo a los términos del párrafo 1 de este artículo:

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.”

En cuanto a las garantías del derecho a un proceso equitativo, el artículo 14 establece una distinción entre la acción penal por un lado, y la determinación de los derechos y obligaciones en materia civil por otro.

Para determinar el contenido del derecho a un proceso equitativo, es necesario enumerar los distintos procedimientos aptos a asegurar la equidad y objetividad en un proceso.

Esta noción comprende tanto los juicios civiles como penales, si bien cada tipo de procedimiento tiene sus propias características.

Las garantías de un proceso equitativo son enunciadas en términos similares por los principales instrumentos internacionales y por determinadas disposiciones del derecho interno de algunos Estados. Las jurisdicciones internacionales, los procedimientos de arbitraje y una parte de la jurisprudencia de las jurisdicciones nacionales, aplican principios de equidad. Los fundamentos jurídicos del derecho a un proceso equitativo están suficientemente determinados, por lo que es necesario analizarlos desde el ángulo de la impunidad, a la cual definimos como “la ausencia o insuficiencia de sanciones represivas y reparatorias en los casos de violaciones voluntarias o involuntarias de derechos y libertades de la persona humana”.

Así definida, la impunidad tiene graves repercusiones sobre la administración de justicia y constituye una negación del derecho de toda persona a un proceso equitativo, fundamentalmente desde el punto de vista de la reparación.

El derecho a un proceso equitativo debe permitir a la víctima de una violación, el poder obtener reparación por los daños que la violación le ha causado.

Es necesario por lo tanto, proceder a una investigación para determinar los hechos, identificar a los autores e identificar a las víctimas. Posteriormente a la investigación efectuada, se procederá al juzgamiento para deslindar las responsabilidades de unos y otros, y sancionar las faltas cometidas tanto desde el punto de vista represivo como del reparatorio del daño causado a la víctima. Esto es necesario si se quiere que cada una de las partes pueda beneficiar y gozar del derecho a un proceso equitativo. Al respecto, la Convención contra la Tortura y Otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, dispone que: toda persona que alegue haber sido sometida a tortura, tendrá derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronto e imparcialmente examinado.

I - El derecho a un proceso equitativo en la etapa de investigación para determinar los hechos, y la impunidad

El deber de los Estados de llevar a cabo investigaciones exhaustivas sobre violaciones de derechos humanos es reafirmado en una serie de instrumentos internacionales.

Los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1989, exigen que los gobiernos procedan en forma rápida a una investigación rigurosa e imparcial de todos los casos en que se sospeche de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, comprendiendo aquellos casos en que se han presentado denuncias de las familias o que por informaciones dignas de confianza, existan razones para pensar que se trata de decesos que no se deben a causas naturales. Estos principios reafirman que en ningún caso una inmunidad general podrá exceptuar de responsabilidad a una persona que presumiblemente esté implicada en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y recuerdan el derecho de las víctimas a una indemnización equitativa.

Estos principios deberían aplicarse a todos los casos de violaciones de derechos humanos. Ellos permitirían que, tanto los autores de violaciones como las víctimas, pudieran beneficiar del derecho a un proceso equitativo, en todas las fases del procedimiento.

La palabra "investigación" engloba un vasto abanico de procedimientos susceptibles de ser emprendidos en diversas instancias, que pueden ser de carácter permanente como las instituciones de policía, o de carácter temporario como las comisiones parlamentarias.

Estos órganos pueden actuar de oficio o a petición de parte, o como consecuencia de la constitución de la víctima en parte civil en un proceso. El órgano encargado de una investigación raramente tiene un conocimiento directo de las infracciones. Comúnmente es advertido por indicaciones provenientes de terceros, por quejas o denuncias. La forma de denuncia o de queja importa poco, lo esencial es que

informen a la autoridad la existencia de la violación a un derecho humano.

Por otra parte, la ausencia de una queja o de una denuncia no debería impedir la iniciación de una investigación, cuando existan razones para pensar que se han violado derechos humanos.

Todo error, toda omisión que se deslice en el procedimiento de investigación podría comportar el riesgo de influenciar la decisión futura de la instancia jurisdiccional y perjudicar el derecho de ambas partes a un proceso equitativo.

La investigación en muchos casos es difícil de realizar. Las dificultades varían según el medio utilizado. Existen como ya se ha dicho, mecanismos de hecho y mecanismos de derecho que tienden a la impunidad y al no respeto del derecho del individuo a un proceso equitativo.

II - Derecho a un proceso equitativo. El juzgamiento de las violaciones de los derechos humanos, y la impunidad

Cuando al final de la investigación realizada, se haya constatado que se cometieron violaciones, y los autores y víctimas hayan sido identificados, se abre entonces la etapa de juzgamiento ante una jurisdicción que decidirá las sanciones a imponer.

Por jurisdicción corresponde entender el poder reconocido al Estado de hacer justicia, de resolver las controversias que puedan surgir de las relaciones entre particulares o entre el mismo Estado y sus habitantes.

Se trata del poder del Estado de aplicar la ley, otorgando a las soluciones dadas un valor oficial y la posibilidad de una ejecución forzada. En la sociedad moderna, el Estado tiene en principio, el monopolio de la función de juzgar.

El Estado tiene por lo tanto, el deber de hacer justicia. Debe justicia a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. El derecho del justiciable a un proceso equitativo surge de esta facultad del Estado y de los compromisos internacionales por él asumidos.

Para cumplir esta misión, crea instituciones y forma personal judicial habilitado para dictar justicia. Este conjunto al que se llama poder judicial debe reunir ciertas cualidades, particularmente ser competente e independiente. La realidad a veces es otra y el poder judicial es dependiente y está enteramente adherido a la causa del poder político o financiero.

Esta connivencia entre el poder judicial, el político y el financiero, ha estado en el origen del desarrollo de la impunidad y, por consecuencia de la violación sistemática del derecho de todo individuo a un proceso equitativo.

La Organización de Naciones Unidas se ha interesado desde hace bastante tiempo al problema de la administración de justicia y la independencia de la magistratura. Ha elaborado normas internacionales relativas a la independencia del poder judicial que todos los Estados miembros deberían respetar en la práctica.

Un poder judicial independiente y jurisdicciones competentes, constituyen una garantía para todas las partes en el proceso en cuanto a la realización de su derecho a un proceso equitativo. Lo contrario conduciría a la impunidad de las violaciones sometidas a la apreciación de la judicatura.

El tribunal a cargo del caso, debe ser competente para dar al conflicto que le ha sido sometido, una respuesta jurídica adecuada que cubra a la vez la represión de la violación y la reparación del daño causado a la víctima.

Pero, aun cuando los hechos considerados constitutivos de violación de un derecho, hayan sido correctamente sancionados por la decisión de un tribunal competente, la ejecución de dicha decisión puede todavía ser fuente de impunidad.

III - El derecho a un proceso equitativo. La ejecución de las decisiones de la justicia, y la impunidad

Una investigación correctamente diligenciada, seguida de un juzgamiento equitativo, puede finalmente desembocar en

impunidad, ya sea por un defecto en la ejecución o por una incorrecta aplicación de la decisión judicial.

La impunidad queda así asegurada a quien haya sido identificado, inculpado, juzgado y condenado.

Este resultado puede provenir del sistema penitenciario de los Estados. En efecto, algunos de ellos confían su administración penitenciaria a un órgano que no depende del Ministerio de Justicia sino de otro ministerio, a menudo el del Interior que es el órgano jerárquico de las fuerzas de policía.

El espíritu de cuerpo prevalece, con lo cual la impunidad es asegurada en los hechos a los condenados que son o eran miembros de las fuerzas de policía y la reparación a las víctimas simplemente olvidada.

Ciertos Estados organizan de otra manera la administración penitenciaria, confiándola a un órgano judicial capaz de prolongar la acción judicial. Se trata por ejemplo, del juez de aplicación de penas, cuya misión es asegurar la mejor ejecución de las decisiones judiciales pronunciadas por los tribunales.

La generalización de instituciones de este tipo puede ayudar a luchar eficazmente contra las insuficiencias vinculadas a la impunidad.

El derecho a un proceso equitativo en la forma prevista por los instrumentos internacionales vigentes podría, si es respetado en todas las etapas del procedimiento, ser una herramienta eficaz para luchar contra la impunidad.



Amnistía, gracia y toda otra medida similar

Carlos Rodríguez Mejía
Comisión Andina de Juristas (Seccional Colombiana)
Colombia

Este documento no pretende analizar la importancia que puedan tener las amnistías para opositores e insurgentes armados como mecanismos de reconciliación y apertura política, sino los riesgos que ellas pueden generar en materia de impunidad de violaciones de Derechos Humanos.

El asunto tiene una gran importancia y se encuentra en el centro de las preocupaciones de los organismos de Derechos Humanos en América Latina.

Así, por ejemplo, el Gobierno uruguayo al defender la Ley de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado (n° 15.848, de 22 de Diciembre de 1986) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.), ha alegado que “esta Ley formó parte integral de un proceso nacional de reconciliación”, que “fue adoptada por razones de simetría jurídica y por muy justificadas y serias motivaciones de la mayor importancia política” y, en fin, para poner término “al enfrentamiento entre orientales”¹

A efectos de esta presentación, entendemos por amnistía toda medida jurídica que se toma por un Estado en el orden interno mediante la cual se quita carácter delictivo a unos hechos y, por lo

1 C.I.D.H., Informe n° 29/92, aprobado por la Comisión en su sesión n° 1169 celebrada el 2 de Octubre de 1992, párrafos 11 y 22.

Igual se pronuncia el gobierno argentino al defender las Leyes 23.492 y 23.521 y el Decreto 1002/89.

tanto, sus autores y partícipes no pueden ser objeto de procedimientos ni sobre ellos recaer pena alguna; cuando hay procedimientos en curso éstos se terminan y, en el caso de penas ya establecidas o en fase de ejecución, éstas quedan sin efecto o dejan de aplicarse.²

Independientemente del procedimiento que se emplee para su adopción, la amnistía tiene como consecuencia la enervación de las acciones penales y, en algunos casos, la imposibilidad de obtener reparaciones materiales y morales derivadas de los hechos objeto de la medida.

En América Latina ha sido tradicional recurrir a este tipo de medidas como mecanismos para iniciar, afianzar o concluir procesos de paz y reconciliación después de cruentos conflictos civiles o como corolario de procesos de restauración democrática.

De otra parte, los Estados tienen la obligación, conforme al Derecho internacional de investigar y sancionar toda violación de los Derechos Humanos como una derivación del deber general de respeto y garantía.³

En este sentido el deber del Estado se extiende a respetar y garantizar los Derechos Humanos, de tal forma que todo menoscabo de los mismos que pueda ser atribuido, por acción o por omisión, a cualquier agente o autoridad estatal, es un hecho imputable al Estado y que compromete su responsabilidad.⁴

La obligación del Estado de investigar todas las violaciones de los Derechos Humanos implica el derecho de las víctimas a que se les

2 Véase documento E/CN.4/Sub. 2/1985/16, párrafo 5.

3 Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4 Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de Julio de 1988, tomada de Espacios Internacionales para la Justicia Colombiana, C.A.J. - S.C. , Bogotá 1990. Pág. 217 y ss.

restablezca en la plenitud de sus derechos y, si ello no es posible, a obtener, ellos o sus familiares, resarcimiento y compensación. Además, siempre existe el derecho de los familiares a conocer el destino de los desaparecidos y, en su caso, el lugar donde se encuentran sus restos.

De los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos se desprenden las siguientes conclusiones:

- a) El deber, a cargo del Estado, de garantizar y respetar los Derechos Humanos reconocidos en los instrumentos internacionales (art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- b) La responsabilidad consecuente del Estado por la conducta de sus agentes o autoridades, cuando ésta menoscabe los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los sujetos sometidos a su jurisdicción.
- c) El derecho de las víctimas, y en su caso de los familiares, a ser restablecidos en el pleno ejercicio de sus derechos, a obtener una justa y equitativa compensación y a conocer la verdad de los hechos y los responsables de las violaciones.

Dentro de este marco, una ley de amnistía no puede referirse o cobijar hechos que signifiquen violación de Derechos Humanos reconocidos en los instrumentos internacionales y que hayan sido cometidos por agentes estatales. Como dice la Corte Interamericana “Conforme al art. 1.1 (de la Convención Americana) es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de no observancia del deber de respeto consagrado en este artículo”.⁵

5 Ibidem, pág. 216, párrafo 169

Una amnistía como instrumento de paz y reconciliación sólo puede tener por destinatarios a quienes se opusieron o sublevaron contra el orden establecido, entre otras por las siguientes razones:

1. Cualquier amnistía que favorezca a agentes del Estado sería contraria al Derecho internacional.
2. Tratándose de delitos de opinión, la amnistía lo único que en realidad hace es adecuarse a la legalidad internacional que proscribe toda forma de persecución por este motivo.
3. La consolidación de procesos democráticos y la superación de conflictos internos mediante procesos de paz y reconciliación significan el reconocimiento, así sea parcial y con reservas, del contenido político de los objetivos buscados por los rebeldes y de la situación social injusta y políticamente antidemocrática que existía al momento de emprender la sublevación.

Sin embargo no es menos cierto, y la experiencia latino-americana es esclarecedora en este aspecto, que en el desarrollo de los enfrentamientos todos los bandos encontrados cometen actos de barbarie y atentados contra la dignidad del ser humano.

Esto implica que en estos procesos es necesario esclarecer los hechos, identificar a los responsables, restablecer los derechos e indemnizar y compensar a los perjudicados.

Por lo tanto, reiteramos que la amnistía, en el sentido definido al comienzo de esta exposición, no es jurídicamente admisible por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando se trata de agentes estatales que cometen violaciones en un marco de violaciones sistemáticas y generalizadas. Asimismo, el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad y a obtener una justa y equitativa compensación y, cuando ello sea posible, a ser restablecidos en el disfrute de sus derechos, debe quedar a salvo y garantizado por los acuerdos de paz y reconciliación.

Las amnistías y los procesos de paz en Colombia ⁶

La situación colombiana relativa al establecimiento de medidas estatales de amnistía e indulto para ciertos delitos y su relación con los problemas de impunidad por violación de Derechos Humanos, difiere de la de otros países latinoamericanos, en especial de los países del cono sur. De un lado, las amnistías en Colombia no han sido para agentes estatales, sino para insurgentes armados con el fin de posibilitar procesos de paz y de distensión política. De otro lado, la grave impunidad en materia de Derechos Humanos en Colombia no se debe al otorgamiento de medidas de gracia a los agentes estatales violadores, sino a la existencia de diversos factores que no han permitido que las investigaciones judiciales terminen con la sanción de los responsables. Entre ellos cabe destacar tanto el fuero militar⁷, que ha determinado que los miembros de la fuerza pública comprometidos con violaciones de derechos humanos no sean juzgados por jueces civiles ordinarios e imparciales, sino por tribunales castrenses, como las obstrucciones que miembros de los propios organismos de seguridad han realizado a la justicia ordinaria cuando ésta ha investigado la conducta de funcionarios oficiales.⁸

Sin embargo, lo anterior no significa que el tema de las amnistías no tenga en Colombia relación con la impunidad de las violaciones de Derechos Humanos, puesto que en algunos aspectos la relación existe y es importante. De un lado los procesos de apertura política

6 Esta parte del documento ha sido elaborada fundamentalmente por Rodrigo Uprimi de la Seccional Colombiana de la Comisión Andina de Juristas. Sin embargo, la versión definitiva sólo compromete al ponente.

7 El art. 221 de la Constitución de 1991 dice: "De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar". El art. 216 dice que la fuerza pública está integrada por las fuerzas militares y de policía.

8 Para una presentación de estos factores de impunidad, ver Tribunal Permanente de los Pueblos, Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad. Bogotá; 1989, pp. 225 y ss. IEPRI Univ. Nal, CAJ SC, CINEP, CECOIN, 1992, pp. 155 y ss.

asociados a las negociaciones con las fuerzas insurgentes no se han acompañado de medidas de esclarecimiento de los hechos, sanción de los responsables de violación de los Derechos Humanos y reparación adecuada a las víctimas de las mismas. De otro lado, algunas fuerzas guerrilleras desmovilizadas se han mostrado reacias a la investigación de hechos de violencia imputables a agentes estatales, por temor a que ésta ponga en cuestión su reinserción a la vida nacional.

Algunas vicisitudes de los procesos de paz y las amnistías

Desde 1981, con intensidad variable, sectores democráticos de la sociedad colombiana han buscado una salida negociada para el conflicto que, desde mediados de los años 60, enfrenta a varias organizaciones insurgentes y al Estado. Esto permitió el inicio de un proceso de paz durante el gobierno de Betancur (1982 - 1986), el cual, por presiones de sectores poderosos que se oponían al mismo, por inconsistencia de las guerrillas y por vacilaciones del propio gobierno, fracasó a mediados de 1985. Uno de los efectos más drámaticos de esta continuación de la lucha armada fue el violento asalto al Palacio de Justicia por el Movimiento Diecinueve de Abril (M - 19) en noviembre de 1985 que fue respondido por el Estado con una desproporcionada y violenta toma por parte del ejército. Estos hechos condujeron a la muerte de más de 80 personas entre guerrilleros, soldados y civiles incluidos doce Magistrados de la Corte Suprema, y la desaparición de otras quince.⁹

Durante el segundo semestre de 1988, el gobierno del presidente Barco (1986 - 1990) y el M - 19 iniciaron acercamientos que permitieron un nuevo proceso de paz en 1989. En 1990, el M-19 se desmovilizó para convertirse en movimiento político legal. Esto alimentó otros procesos de negociación entre el gobierno del

9 Para una presentación sintética de estos hechos, ver Guido Bonilla, Alejandro Valencia. *Justice for Justice, Violence against Judges and Lawyers in Colombia*. 1979. 1991. Bogotá: CIJ, CAJ-SC, 1992, p 26 y ss.

Presidente Gaviria (1990 - 1994) y otras organizaciones insurgentes: el Ejército Popular de Liberación (E.P.L.), el Quintín Lame, el Partido Revolucionario de los Trabajadores (P.R.T.), las cuales se desmovilizaron en 1991 y pudieron así participar en la asamblea constituyente que entre febrero y julio de ese año redactó la nueva Constitución colombiana.

La incorporación de estos grupos no ha significado el fin de la lucha guerrillera en Colombia, puesto que las dos organizaciones militarmente más poderosas, el Ejército de Liberación Nacional (E.L.N.) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) continuaron la lucha armada. Sin embargo, estos procesos de paz a pesar de sus insuficiencias permitieron una distensión considerable al rebajar uno de los factores de violencia del país y posibilitar una apertura política. Además, sentó un precedente importante al demostrar que la vía de la negociación puede ser adecuada y eficaz para alcanzar las reivindicaciones guerrilleras.

Los acuerdos con la guerrilla supusieron la expedición de leyes de amnistía o indulto para los delitos políticos cometidos por los insurgentes (rebelión, sedición y asonada), así como para los delitos comunes conexos, siempre que éstos no constituyeran actos de "ferocidad, barbarie o terrorismo". Esto no dejó de provocar reacciones adversas de ciertos sectores sociales poderosos que no han visto con buenos ojos ni la amnistía a los guerrilleros, ni que éstos participen en la vida política legal. Estas reticencias tienden a revivirse en ciertas coyunturas. Así, por ejemplo, cuando en septiembre de 1990, la Procuraduría General de la Nación pidió la destitución del General Arias Cabrales por no respetar el derecho humanitario durante el asalto al Palacio de Justicia en 1985, muchos sectores dominantes repudiaron la resolución del ministerio público, no sólo porque asumían la inocencia del comandante, sino también porque consideraban injusto que se juzgaran las actuaciones de los militares, mientras que los delitos de los guerrilleros habían sido perdonados. La reacción de los líderes desmovilizados del M-19 fue entonces proponer el "perdón y olvido" por todos los hechos del Palacio de Justicia, incluidas las graves violaciones de Derechos Humanos cometidas por los militares.

Este llamado a establecer un final a ciertas investigaciones sobre violaciones de Derechos Humanos fue nuevamente lanzado por la dirección del M-19 en mayo de 1992, con motivo de un auto de detención expedido por un juez de orden público contra los dirigentes de esta organización: el juez consideró equivocadamente que el caso del Palacio de Justicia no podía ser indultado por tratarse de un acto de terrorismo. En esta ocasión, algunos miembros del M-19 propusieron entonces una ley de “punto final” sobre el caso del Palacio de Justicia. Si bien esta ley no fue tramitada porque se logró solucionar este incidente con otros medios jurídicos, lo cierto es que de esa manera se hubiera podido abrir la puerta para legitimar medidas de gracia a las violaciones de Derechos Humanos por agentes estatales.

Una propuesta para Colombia:

Los procesos de negociación con grupos insurgentes han sido en Colombia la mejor alternativa democrática para encontrar salidas al conflicto guerrillero. Su desarrollo empero ha provocado reacciones que tienden a favorecer la impunidad de graves violaciones de Derechos Humanos. ¿Qué hacer? Intentamos formular una respuesta y encontrar un mecanismo que a la vez que sirva al propósito de la reconciliación no favorezca la impunidad.

a) El presupuesto: esclarecer los hechos y respetar los derechos de las víctimas

Se ha dicho que las reticencias al esclarecimiento de violaciones de Derechos Humanos provienen tanto de miembros de organismos de seguridad del Estado como de los propios ex - guerrilleros. Los primeros, así como ciertos sectores sociales, consideran inequitativo que se juzgue a funcionarios oficiales mientras los guerrilleros han sido amnistiados. Sin embargo, esta objeción no es válida si se tiene en cuenta que los crímenes atroces de los insurgentes no han sido objeto de perdón y olvido y deben ser entonces investigados. Además, la reacción de los agentes estatales implicados sería admisible si se promovieran en su contra sanciones sin fundamento;

pero tratándose de graves violaciones y de actuaciones cometidas con el apoyo o la tolerancia del poder público, no debe omitirse la deducción de responsabilidades¹⁰. Proceder en forma contraria sería, además de incomprensible desde el punto de vista ético y jurídico, políticamente peligroso en un doble sentido: generaría desconfianza social en las instituciones estatales, justo en el momento en que con la nueva Constitución se les confiere a las negociaciones mayor legitimidad y toleraría la permanencia en el Estado de funcionarios que pueden seguir cometiendo graves abusos.

Los grupos guerrilleros desmovilizados y hoy reinsertados también pueden ser reacios al esclarecimiento de violaciones de derechos humanos de agentes estatales en el pasado, por temor a que el debate que generaría cada caso podría hacer revivir resquemores debido a acciones pasadas del respectivo grupo guerrillero, dificultando así su reinserción como fuerza política legal. Sin embargo, no es posible condonar graves violaciones cometidas por funcionarios oficiales en desviación de su deber, como tampoco crímenes atroces imputables a la guerrilla. El tratamiento simultáneo de uno y otro debe permitir un manejo más adecuado de las eventuales reacciones que se susciten. Pero a ello debe agregarse que los grupos guerrilleros desmovilizados no son depositarios ni titulares de la necesidad y el derecho que las víctimas y sus familiares tienen a que se haga justicia en relación con violaciones de derechos humanos. A éstos les asiste el derecho a saber la verdad de lo que pasó y a obtener una adecuada reparación; ningún proceso de reconciliación se puede construir pasando por alto esa elemental aspiración. Obviar la clarificación de lo sucedido so pretexto de no afectar el buen desarrollo de la reinserción de las fuerzas desmovilizadas en el presente, es incubar graves motivos de disgregación social y desestabilización para el futuro.

10 Sentencia de la Corte Interamericana citada, párrafo 173, pág. 217.

b) La búsqueda de un mecanismo adaptado a la realidad colombiana

En tales circunstancias en Colombia la Comisión para la Superación de la Violencia, surgida precisamente de los acuerdos de paz entre el E.P.L., el Quintín Lame y el gobierno colombiano ¹¹ ha propuesto un mecanismo para hacer frente a la impunidad de las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado.

Ese mecanismo, que busca adaptar a las especificidades colombianas experiencias realizadas en otros países, podría tener la virtud de permitir procesos de negociación y de amnistía a grupos insurgentes, sin que ello se traduzca en el olvido de las violaciones de derechos humanos. La idea central es crear un **“grupo de trabajo para el esclarecimiento y reparación de hechos de violencia”** encargado durante seis meses de allegar y evaluar información sobre tales hechos, alimentar con ella y supervisar los procesos judiciales e identificar y satisfacer las necesidades de reparación económica y social correspondientes. El grupo estaría constituido por seis altos funcionarios estatales y seis representantes de organizaciones sociales, además del Consejero de Política Social para efectos de las medidas de reparación. Estaría apoyado, además, por un equipo de investigación idóneo e imparcial. Sus funciones no serían judiciales, pues no se trataría de crear un tribunal especial; su existencia no buscaría alterar los procesos ordinarios, pues la experiencia colombiana muestra que la recurrencia a procedimientos de excepción - práctica corriente en el país para otros efectos - no ha producido resultados

11 Ver Comisión de superación de la violencia. *Pacificar la Paz*. Bogotá : IEPRI Univ. Nal., CAJ SC, CINEP, CECOIN, 1992, pp 167 y ss. Mecanismos similares ya habían sido propuestos en otras ocasiones: durante las discusiones que acompañaron la negociación con el M-19, los representantes de organizaciones sociales y políticas llegaron al consenso de que era necesario crear una comisión para asesorar la eficacia de la justicia, en particular en la recepción de quejas sobre violación de derechos humanos. Ver Mauricio García, *Procesos de Paz, De la Uribe a Tlaxcala* . Bogotá: Cinep, 1992, p. 296.

positivos y sí ha causado un debilitamiento preocupante de la justicia ordinaria. Pero este grupo sí estaría ligado activamente a los procesos por conducto del Ministerio Público, que haría parte del grupo, y sería de esa forma un potente dinamizador de la labor judicial. Además, los otros seis funcionarios estatales serían los más directamente relacionados con este tipo de actividades dentro de la actual estructura estatal: el Defensor del Pueblo, el Fiscal General, el Procurador General, el Procurador Delegado para Derechos Humanos, el Consejero Presidencial para Derechos Humanos y el Consejero de Seguridad Nacional. Igualmente, los representantes de organizaciones sociales serían también los más cercanos a esta temática: los de los principales grupos afectados (campesinos, indígenas, trabajadores), un delegado de asociaciones de damnificados, otro de organizaciones de Derechos Humanos y uno de las iglesias.

Se trata entonces de un mecanismo que no altera el funcionamiento normal de la justicia, sino que le aporta elementos para impulsarla; que no resulta costoso, pues lejos de significar la creación de cargos nuevos, lo que requiere es conectar y poner en relación funciones existentes. Finalmente, su integración mixta - funcionarios oficiales y representantes de organizaciones sociales - dinamiza su actividad.

Las especificidades del mecanismo colombiano

La propuesta colombiana se basa en la experiencia de mecanismos similares que, en otros países y en otras circunstancias, han tenido propósitos similares, como la Comisión Sábato en Argentina, la Comisión de Verdad y Reconciliación en Chile, o la Comisión de la Verdad en El Salvador. Comparte con esas experiencias la finalidad de esclarecer graves hechos de violación de los derechos humanos, pero tiene rasgos propios que derivan de las especificidades del caso colombiano.

No pretende establecer un tribunal que directamente sancione a los responsables, puesto que tal tarea es atribuida a la justicia penal ordinaria; en ello se asemeja a las experiencias latinoamericanas

fundadas en la creación de organismos no oficiales¹². Pero tendría otras características propias: en primer término, se busca hacer intervenir simultáneamente a autoridades y víctimas, para que éstas puedan evaluar directamente de esa forma las posibilidades y límites de la acción penal. Esto por cuanto, en segundo término, el grupo de trabajo colombiano, además de la búsqueda del esclarecimiento y reparación de las violaciones - rasgo que comparte parcialmente con otras de las experiencias latinoamericanas citadas - busca desembocar y dinamizar los procesos judiciales. En tercer término, el grupo pretende también generar un mecanismo de supervisión y corrección especial de violaciones de derechos humanos no solamente con relación al pasado, sino con las violaciones del presente y del futuro subsiguiente a la amnistía o reconciliación. Finalmente, en principio no se prevé la participación internacional - como en El Salvador - pero ésta tampoco se excluye a priori.

Con estos rasgos, la propuesta busca tener en cuenta las especificidades nacionales: el hecho de que la impunidad colombiana no reside en leyes de punto final; la negativa de las autoridades actuales a reconocer la violación sistemática y persistente por parte de agentes estatales; la necesidad de fortalecer democráticamente la justicia; las reticencias colombianas a la mediación internacional. Pero comparte con las demás experiencias latinoamericanas el propósito esencial, esto es, construir una sociedad democrática basada en el respeto de los Derechos Humanos.



12 La Comisión Interamericana ha expuesto a este respecto, lo siguiente: "Toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro ... Tal acceso a la verdad supone ..., la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país, o el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias". Informe anual, 1985 - 1986, pág. 205.

TEMA 4

**Legislaciones aplicables,
comprendidas las de excepción**

Impunidad y derecho internacional

Alejandro Artucio

Abogado,

Responsable para América Latina y el Caribe,
Comisión Internacional de Juristas - Uruguay

Precisiones previas

El fenómeno de la impunidad y sus efectos sobre el conjunto de una sociedad, comprende y alcanza a las violaciones de diferentes categorías de derechos humanos, o sea a los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

En este trabajo nos referiremos únicamente a la impunidad de los autores de violaciones graves a ciertos derechos humanos. En efecto, sólo a violaciones que, siendo graves, atacan la vida y la integridad del ser humano, como las ejecuciones sumarias o arbitrarias (asesinatos políticos), la desaparición forzada y definitiva, la tortura, los castigos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Al proponerlo de esta manera, no pretendemos establecer prioridades entre los derechos, sino concentrar nuestra reflexión en algunos de ellos. Otra oportunidad vendrá en la que podremos considerar la impunidad de las violaciones a otros derechos, que pueden provocar tremendo impacto en una sociedad determinada. A vía de ejemplo, sería el caso de la corrupción a nivel de altas autoridades del Estado, que ha llevado a que algunos gobernantes inescrupulosos se apropien del dinero público y lo coloquen en el exterior, impidiendo que sumas considerables se vuelquen al desarrollo del país.

Enfocaremos el tema **desde un ángulo jurídico**, el del derecho internacional de los derechos humanos.

Otra precisión será con respecto a los autores y demás partícipes en los delitos. La impunidad a la que nos referiremos es la de los **agentes gubernamentales**, o aun la de particulares que actúan bajo las órdenes, o con la complicidad, el consentimiento, la aquiescencia o la tolerancia de las autoridades. Ciertamente, ha sucedido y sucede que miembros de la oposición armada a un gobierno cometen crímenes de la misma entidad y gravedad . Pero en estos casos nadie duda -por supuesto tampoco nosotros- de que deben ser reprimidos penalmente. Si en ocasiones no sucede así es porque existe una imposibilidad material, porque la justicia no puede alcanzarlos.

Conductas como la tortura, los tratos o castigos crueles o inhumanos, el asesinato político, la desaparición forzada, constituyen delitos penales, crímenes sancionables en casi todas partes del mundo. El derecho penal tiene entre sus finalidades y propósitos: corregir o reeducar al delincuente para reintegrarlo a la vida en sociedad; apartarlo de la sociedad hasta tanto esté en condiciones de reintegrarse a ella; y tiene también una clara finalidad **disuasiva**. La amenaza de una sanción suele ser un medio muy eficaz para combatir la criminalidad (aunque no ciertamente el único). La impunidad asegurada de antemano destruye totalmente este efecto disuasivo.

La historia que suele ser buena consejera, demuestra que la impunidad ha abierto las puertas a las peores conductas y por ellas a los crímenes contra la humanidad. Nos lo muestran las experiencias de la segunda guerra mundial en Europa y el Lejano Oriente; las experiencias de los años 70 en América Latina con todas sus dictaduras militares; la situación actual de países como Colombia o Filipinas, con regímenes democráticos pero en los que las fuerzas armadas no responden totalmente a las autoridades civiles y en el marco de un conflicto armado de carácter interno, se cometen toda suerte de atrocidades, tanto por parte de fuerzas gubernamentales como de oposición.

Y queremos señalar que la guerra o el conflicto armado no cambia estos conceptos. La tortura, el asesinato de prisioneros, los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, la toma de rehenes, están

también prohibidos en estas situaciones. Así lo dejan en claro los 4 Convenios de Ginebra de 1949 sobre el Derecho Humanitario y sus dos Protocolos Adicionales de 1977.

Formas en que se impone la impunidad

Es a veces impuesta por vía legal y otras por la de los hechos. **Por vía legal** cuando se aprueban amnistías, indultos, perdón, gracia, o cualquier otra medida que signifique renunciar a investigar y a juzgar. Por ejemplo en América Latina se aprobaron una serie de leyes y decretos acordando impunidad: en **Argentina** la ley calificada como de “autoamnistía” No. 22.924 del 22/set/83 (mas tarde anulada por el gobierno democrático); ley de “Punto final” No.23.492 de 12/Dic/86; ley de “Obediencia debida” No.23.521 de 5/Junio/87 y los indultos de octubre/89 a una serie de mandos medios y de enero de 1991 a los ex-Comandantes en Jefe de las FF.AA. En **Brasil** la ley 6.683 de 28/Agosto/79 y la Enmienda Constitucional No. 26 de 27/Nov/85. En **Chile**, el Decreto Ley 2.191 de 1978, de “autoamnistía“. En **El Salvador**, Decreto 805 de 1987; en **Guatemala** el Decreto Ley 8/86 de 10/Enero/86; en **Honduras**, “Ley de Amnistía Amplia e Incondicional”, de Nov/87. En **Uruguay**, ley de “Caducidad de la pretensión punitiva del Estado”, No.15.848, de 22/Dic/86.

Por vía de hecho, o impunidad “de facto”, es cuando no se investigan los hechos, o se los niega, se los encubre, o se encubre a sus autores, o la Policía o los Tribunales de Justicia no actúan contra los responsables, ya sea por libre decisión, por razones políticas, o porque se los intimida. Otra forma de impunidad mas sofisticada pero impunidad al fin, es el castigo penal totalmente desproporcionado a la entidad del delito.

Otro factor creador de impunidad “de facto” -como lo han reconocido el Grupo de Trabajo de N.U. sobre Desapariciones forzadas (Doc.E/CN.4/1991/20, de 17/enero/91, par. 408 a 410) y el Comité de Derechos Humanos (PIDCP)- suele ser el Fuero Militar; la existencia de Tribunales Militares, integrados por oficiales de las fuerzas armadas, que juzgan la conducta de sus propios compañeros de armas. La llamada justicia militar no es independiente pues depende de los Ministerios de Defensa Nacional; no es imparcial pues sus

jueces están imbuídos de un espíritu de cuerpo, y a menudo han tomado parte en la lucha “antisubversiva”; no es idónea pues los “jueces” han sido formados para el combate y no para administrar justicia.

Razones éticas y de principio por las cuales nos oponemos a la impunidad.

El Tribunal Permanente de los Pueblos que sesionó en Bogotá en abril de 1991, luego de realizar a lo largo de dos años sesiones de instrucción sumaria en 9 países del Continente, decía y cito:

“1- El no aplicar una sanción al autor de un crimen atenúa y hasta elimina la vigencia misma de la norma jurídica que tipifica la conducta como criminal y, por ello, viene a constituir una habilitación o licencia para reiterar esa conducta...”

3- La impunidad, en cuanto deja sin identificación precisa a los delincuentes, determina que recaiga sobre todos los miembros de las instituciones o los grupos a que ellos pertenecen una imputación colectiva y anónima de culpabilidad...”

(Sesión de San José, julio 90)

La impunidad de que hablamos **agravia a la Justicia y afecta a la igualdad ante la ley**, al liberar de toda responsabilidad a determinadas personas, por el hecho de ser policías y militares. A ellos, simplemente en virtud de su función, se los coloca por encima del Derecho.

Lo opuesto a la impunidad es el funcionamiento de la justicia. Ella hace a cada uno responsable por sus actos; evita los impulsos de hacer justicia por mano propia; aporta tranquilidad a la sociedad; constituye como ya dijimos, un eficaz disuasivo contra futuras conductas criminales.

Pero además, también la Democracia está indisolublemente unida a la Justicia, así como al respeto de la Constitución y la ley; a ellas deben someterse por igual gobernantes y gobernados, primando el derecho sobre la fuerza.

No compartimos la opinión de que **la paz y la reconciliación** nacional luego de un período de duros conflictos y enfrentamientos, puede alcanzarse mejor echando un manto de olvido sobre el pasado, antes de haberlo podido conocer. Tener en cuenta el pasado, recuperar la memoria histórica, constituyen elementos esenciales para lograr dichos objetivos. No es bueno construir el futuro con una historia silenciada.

Limitaciones a la impunidad, impuestas por el Derecho Internacional.

Las violaciones a los derechos humanos suelen implicar violaciones concretas de la ley penal del Estado. Corresponde entonces la actuación de la justicia. Las autoridades pueden en principio, en ejercicio de facultades acordadas por el derecho interno, conceder amnistías, indultos, perdón o gracia. Pero el derecho internacional impone limitaciones a la posibilidad de conceder tales medidas de clemencia cuando impliquen renunciar a INVESTIGAR y JUZGAR. Tales limitaciones surgen algunas veces del derecho internacional consuetudinario (*jus cogens*), y otras de tratados multilaterales sobre derechos humanos, libremente consentidos.

1 - Limitaciones derivadas del Derecho Internacional Consuetudinario (Jus Cogens).

Crímenes contra la Humanidad o de Lesa Humanidad.

Al aceptar los Estados la **Carta de las Naciones Unidas** (de 1945) y los documentos regionales, como la **Carta de la Organización de Estados Americanos** (OEA, 1948), del **Consejo de Europa** (Mayo 1949), de la **Organización de la Unidad Africana** (1963), contrajeron el compromiso solemne, tanto jurídico como ético, de respetar y hacer respetar los derechos fundamentales del ser humano, asegurar la dignidad y valía de la persona.

El tema de la impunidad nos lleva a realizar algunas consideraciones - necesariamente limitadas - sobre los llamados **Crímenes contra la Humanidad o de Lesa Humanidad.**

Después de los horrores vividos durante la segunda guerra mundial, la comunidad internacional concluyó que determinadas conductas, por su especial gravedad y consecuencias sobre importantes sectores de la sociedad, hieren, agreden y afectan la conciencia misma de la humanidad. Violan principios que deben regir la vida de las naciones civilizadas y transgreden los propósitos y principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, poniendo a su vez en peligro la paz y la seguridad internacionales. Es por ello que deben ser calificados como crímenes que violan el derecho internacional, con independencia de que se hallen o no castigados como delitos en algún Estado en particular.

Tales crímenes, que han recibido distintas denominaciones -contra el derecho internacional, contra la humanidad, de lesa humanidad, contra el derecho de gentes- y que nosotros llamaremos Crímenes de Lesa Humanidad, merecen y requieren un procedimiento especial para su prevención, represión y castigo. La comunidad internacional concluyó en que no era suficiente ni deseable dejar librada su persecución solamente a los **tribunales nacionales** del Estado en cuyo territorio se cometieron los delitos, sino que también deben perseguirse a **escala mundial**. Y ello por una serie de razones, entre otras:

- a) porque sus consecuencias van mucho mas allá de las que padecen las víctimas;
- b) porque siendo generalmente estos crímenes de la autoría de autoridades gubernamentales o de particulares que actúan con su complicidad, parece claro que no serán castigados mientras el régimen que los permite se mantenga en el poder;
- c) si ese régimen cae, los autores de tan horribles conductas huirán al exterior.

Con el objetivo entonces de perseguir, juzgar y prevenir para el futuro estos crímenes, se han propuesto diversas soluciones, algunas de las cuales ya fueron consagradas en textos internacionales:

- fomentar la **cooperación internacional** en la identificación, detención, extradición o castigo de los culpables de crímenes de

Lesas Humanidad ¹;

- declarar **imprescriptibles** la acción penal y las penas que pueden corresponder a estos delitos.² Implica que el transcurso del tiempo no impedirá el juzgamiento ni el cumplimiento de la pena impuesta;
- la **obediencia debida**, o sea el cumplimiento de órdenes superiores, no será un eximente de responsabilidad (podrá ser una atenuante). Nadie está obligado a cumplir órdenes que manifestamente sean delictivas, ni menos todavía aquellas que van contra principios de humanidad;
- sus autores no beneficiarán de **asilo o refugio político**;
- **conceder extradición** a los responsables, o sea que cualquier Estado en cuyo territorio sean ubicados, los entregará al Estado en cuyo territorio se cometieron los delitos, si éste los reclama. No serán considerados delitos políticos, con lo que no habrá obstáculos para su extradición;
- si hubiere impedimentos para la extradición (por ej. si la Constitución no autoriza la extradición de un nacional), los sospechosos, nacionales del Estado requerido no serán extraditados, pero sí **juzgados por un tribunal nacional de este Estado**. La misma solución debe emplearse cuando el Estado en cuyo territorio se cometieron los delitos, no los reclama. En ambos casos, los sospechosos deben ser detenidos y juzgados, independientemente del territorio en el que cometieron los crímenes; es lo que se conoce como **jurisdicción universal**;
- que los responsables sean juzgados por un **Tribunal o Corte Penal Internacional** que sería competente en virtud de tratados internacionales, para juzgar estos delitos. Esta idea de un órgano internacional encargado de juzgar, fue incorporada ya en 1948, en

1 "Principios de cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesas Humanidad". Resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973, Asamblea General de Naciones Unidas.

2 "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesas Humanidad", de noviembre de 1968.

el art. VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y mas tarde, en 1973, en el art. V de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid. A pesar del largo tiempo transcurrido, los Estados no han logrado acuerdo sobre qué bases crear tal órgano jurisdiccional y qué facultades otorgarle;

- reafirmar que **la responsabilidad penal es siempre individual** (además de la responsabilidad de los Estados que se mueve en otra órbita), por lo que se tendrá como responsables de los crímenes de Lesa Humanidad a sus autores, cómplices, instigadores, encubridores, ya fueren particulares, funcionarios civiles o militares de cualquier categoría, y autoridades gubernamentales incluyendo Jefes de Estado.

Los textos internacionales que consagran una u otra de estas ideas se refieren a:

- **Crímenes de Guerra**, definidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (agosto/45) que juzgó a los principales criminales de guerra Nazis (otros fueron juzgados por Tribunales Nacionales de los países que habían sido ocupados) y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, que sesionó en Tokio y que juzgó a criminales de guerra japoneses. Ambos Estatutos definieron los Crímenes de Guerra³, limitándolos en el tiempo y en el espacio a los hechos ocurridos durante la segunda guerra mundial. Estos textos fueron confirmados por la Asamblea General de N.U. en resoluciones de febrero y diciembre de 1946.
- **Crímenes de Lesa Humanidad**, también definidos en los Estatutos comentados⁴, pero con la importante variante de que comprende

3 Comprenden asesinatos de militares o de civiles hechos prisioneros, ejecución de rehenes, deportación forzada de civiles y de poblaciones, saqueos, devastaciones no requeridas por las necesidades de la guerra, política de exterminio masivo basada en consideraciones raciales, étnicas u otras, etc.

4 Entre otras conductas, comprenden la expulsión de población civil por ataque armado u ocupación militar a territorio de un Estado soberano, y los desplazamientos forzados de población civil, aún dentro del mismo territorio (si no fueren justificados).

a los cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz. Fueron confirmados por las mismas Resoluciones de la Asamblea General en 1946.

- **Infracciones graves a los Convenios de Ginebra** de 1949 y a los Protocolos Adicionales I y II de 1977, sobre Derecho Humanitario en situaciones de guerra o conflicto armado⁵.
- **Genocidio**, tal como se lo define en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9/Dic/48.
- **Apartheid**, tal como se lo define en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30/Nov/73.

¿La tortura, el asesinato político y la desaparición forzada y definitiva, constituyen Crímenes de Lesa Humanidad ?

El problema es saber si tales delitos pueden ser calificados, en el estado actual del Derecho Internacional, **como Crímenes de Lesa Humanidad, con las consecuencias que esta declaración importa** (imprescriptibilidad, no a la amnistía, no a la obediencia debida, no al asilo o refugio político, extradición o juzgamiento por los tribunales del Estado en que se ubique al sospechoso).

Posición afirmativa

Diversos autores sostienen que **si los hechos mencionados se presentan de manera sistemática, reiterada, persistente (otros agregan, masiva), como una práctica represiva** de autoridades gubernamentales, en tal caso **corresponde calificarlos como Crímenes de Lesa Humanidad**. Se afirma que a esta posición conduce el desarrollo del derecho internacional consuetudinario ("jus cogens"). Los hechos aislados son sí reprimibles penalmente, pero no constituyen crimen de Lesa Humanidad.

5 Las "infracciones graves" comprenden toma de rehenes, torturas, tratos inhumanos, ejecuciones y experimentos biológicos sobre prisioneros.

Citan en apoyo de esta tesis varios antecedentes:

a) **Declaración Universal de Derechos Humanos.** A pesar de ser una “Declaración” y no un “Tratado”, por sus 40 años de existencia y su validez nunca cuestionada, hoy en día nadie duda de que sus normas se han vuelto compulsivas (obligatorias) para los Estados, en función de la costumbre, que es también fuente creadora del derecho internacional. La Declaración expresa, como dijera el Prof. Truyol “la conciencia jurídica de la humanidad”.

b) La **Corte Internacional de Justicia** sostuvo en mayo de 1951, al emitir una opinión consultiva, que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, es aplicable aun a Estados que no la hayan ratificado, pues los principios que en ella se plasman, resultan obligatorios para todos los Estados con independencia de vínculos contractuales.

c) La **Convención contra la Tortura** (1984), establece un sistema de jurisdicción casi universal para la Tortura, con lo que tiene en cuenta una de las consecuencias que conllevan los crímenes de Lesa Humanidad.

d) Con respecto a la **desaparición forzada**, la **Asamblea General de la OEA** declaró el 18/nov/83 que se trata de “una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”. En el preámbulo de la “Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la Desaparición Forzada”, que fuera aprobada por la Comisión de Derechos Humanos de N.U. en febrero de 1992 y por la Asamblea General en diciembre de 1992, se dice al respecto: “Considerando que las desapariciones forzadas afectan los valores mas profundos de toda sociedad... y que su práctica sistemática es equiparable a un crimen de lesa humanidad”.

e) La noción de Crimen de Lesa Humanidad que nace cuando el Estatuto de Nuremberg, ha adquirido autonomía como para aplicarse fuera del contexto de lo que entonces se juzgaba en Nuremberg y como para separarla nítidamente de la noción de Crimen de Guerra. Así lo muestran los trabajos de la **Comisión de Derecho Internacional de N.U.**, que acaba de aprobar en julio de 1991, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la

Seguridad de la Humanidad, que ahora se encuentra ante la Asamblea General de N.U.

f) **En cuanto a su esencia**, este tipo de crímenes, por su especial gravedad y consecuencias sobre la sociedad, afectan la conciencia misma de la humanidad. Las mismas consideraciones que hicimos para los crímenes contra la humanidad ya reconocidos en tratados internacionales, son aplicables a estas conductas.

De acuerdo con esta posición, **el Derecho Internacional Consuetudinario (Jus Cogens) pone límites a la Impunidad**. Los Estados están obligados a hacer actuar a su justicia. Las autoridades de un Estado no pueden conceder amnistías, indultos, perdón, gracia, o cualquier otra medida que implique **renunciar a investigar y juzgar**.

Posición que no lo acepta

Otros tratadistas sostienen por el contrario que, en el desarrollo actual del derecho internacional **no corresponde la calificación de Crimen de Lesa Humanidad**, para las conductas que venimos analizando.

Se basan en que tal calificación sólo puede provenir de Tratados internacionales que claramente lo establezcan, como es el caso en las Convenciones contra el Genocidio y el Apartheid. Que la calificación de Crimen de Lesa Humanidad no puede extraerse de interpretaciones doctrinales, por valiosas que ellas fueren.

B - Limitaciones derivadas de Tratados, Convenciones, Pactos y Convenios sobre derechos humanos.

Por virtud de alguno de estos textos (que llamaremos en general, Tratados), los Estados contrajeron el compromiso jurídico y ético, de respetar los derechos del ser humano y asegurar la intangibilidad de la persona. Y si entre sus agentes aparecen transgresores, sobre ellos debe recaer el peso de la ley.

Por el hecho de su ratificación o adhesión, el Estado aceptó una limitación de su soberanía en pro de un interés común que se estima superior. Ese interés común y superior es la dignidad del hombre.

Los tratados tienen un valor jurídico vinculante. Los Estados que los han aceptado, están obligados a cumplirlos, tanto frente a los demás Estados que son parte en el tratado, como frente a su propio pueblo. Esto es particularmente así en el caso de tratados sobre derechos humanos. Como dijera en setiembre de 1982 la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** en su Opinión Consultiva No. 2 y cito:

“Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

El art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dispone que “una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento de un tratado...”.

A mayor abundamiento, la “Declaración sobre los Derechos y Deberes de los Estados”, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, dice en su art.14:

“Todo Estado tiene el deber en sus relaciones con otros Estados, de conformar su conducta al derecho internacional y al principio de que la soberanía de cada Estado está sujeta a la supremacía del derecho internacional”.

Por lo menos en aquellos Estados en que las normas de un tratado pasan a integrar el derecho interno, dichas normas tienen valor igual o aún superior al de la ley nacional, pues para desligarse de las obligaciones que emanan del convenio no basta con sancionar otra ley, sino que se requiere previamente denunciar el tratado y esperar el plazo que éste fija para que tenga efecto la denuncia. Esto significa que cuando los hechos consistan en genocidio, apartheid, torturas, asesinatos, no podrá por la simple vía de una ley o decreto, concederse amnistías, perdón o cualquier otra medida que signifique renunciar a investigar y juzgar. Para hacerlo, debe denunciarse el tratado.

La limitación es aún mayor en aquellos Estados que han otorgado rango Constitucional -y por tanto superior a la ley- a ciertos tratados

(la Constitución de Perú es una de ellas). En tales casos, se requerirá una modificación Constitucional.

Ahora, cuando hablamos de los límites puestos a la impunidad por Tratados de derechos humanos, ya no se requiere que se trate de una práctica sistemática o reiterada. En estos casos **basta un solo hecho de genocidio, apartheid, tortura, o asesinato**, para que el Estado ratificante del Tratado esté obligado a investigar y juzgar.

Los Tratados a que nos referimos son: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶.

Los Estados que hayan ratificado o adherido a alguno de estos instrumentos, se obligaron a:

- a) llevar a cabo una **investigación pronta e imparcial**, apenas se denuncien torturas, homicidio, apartheid, o genocidio;
- b) proceder al **enjuiciamiento de los culpables** y si correspondiere, aplicar **penas adecuadas** a la gravedad del hecho;
- c) **indemnizar económicamente** a las víctimas, acordándoles al mismo tiempo los medios de rehabilitación mas amplios posibles y, en caso de muerte de la víctima, indemnizar a sus familiares.

Existen ya innumerables decisiones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), así como por el Comité de Derechos Humanos (N.U.), recomendando a varios gobiernos contra los que se habían presentado comunicaciones por

6 Desde un ángulo un poco diferente, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de diciembre de 1965, obliga a los Estados a establecer como delitos penados por la ley, varios de los actos y conductas que la Convención prohíbe, así como acordar reparación a las víctimas (art. 4 y 6).

violaciones de este tipo, a investigar, enjuiciar y castigar a los autores e indemnizar a las víctimas.⁷

De las citadas obligaciones un gobierno no puede desligarse por el mecanismo de hacer aprobar una Ley o un Decreto. En ambos casos se tratará de actos unilaterales del Estado, que no borran las obligaciones asumidas frente a otros Estados, ni frente a su población y que configurarían una violación del derecho internacional.

En las nociones de impunidad y de medidas de clemencia para violadores de derechos humanos, pueden distinguirse tres aspectos:

1. La **investigación de los hechos**, con lo que se alcanzaría la **Verdad**, tan reclamada por las víctimas y por las ONG.
2. El **juzgamiento de los responsables y las condenas** penales que pudieren dictarse, con lo que se alcanzaría la **Justicia**, igualmente reclamada.

7 Véanse los casos resueltos en forma definitiva por el **Comité de Derechos Humanos**:

Comunicación R.7/30, Eduardo Bleier v. Uruguay, Observaciones finales del 29/3/82; Comun.R.6/25, Carmen Améndola y Graciela Baritussio v. Uruguay, Observ. fin. 26/7/82; Comun. 84/81, Guillermo Dermitt Barbato v. Uruguay, Observ. fin. de 21/10/82; Com. 107/81, Elena Quinteros Almeida y María del C. Almeida de Quinteros v. Uruguay, Observ. fin. de 21/7/83; Com. 124/82, Tshitenge Muteba v. Zaire; Com. 146/83 y 148-154/83, John Khemraadi Baboeram y otros v. Suriname; Com. 156/83, Luis A. Solórzano v. Venezuela, Observ. de 26/3/86; Com. 161/83, Joaquín Herrera Rubio v. Colombia; Com. 176/84, Walter Lafuente Peñarrieta y otros v. Bolivia; Comun. 194/85, Jean Miango Muiyo v. Zaire.

Véanse también los casos resueltos en forma definitiva por la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**: N° 9810 Miguel A. Ramos Ayala v. El Salvador, Resolución 24/89 de 28/9/89; N° 10.179, Sebastián Gutiérrez, José Ma. Cruz y Félix Rivera v. El Salvador, Res. 26/89, de 28/9/89; caso 9918, Leady Girón Ruano v. Guatemala, Res. 49/90, de 15/2/91; caso N° 9905, Vladimir David v. Haití, Res. 44/90, de 15/2/91; caso 10.163, Tecero Lava Ramírez y cinco personas más v. Perú, Res. 75/90, de 15/2/91.

Además de los citados, que se refieren a homicidios, desapariciones y torturas, existen muchas decenas (o centenas) de otros casos, en los que el Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se han expedido en igual forma.

3. La ejecución de las penas impuestas. Recién en este momento podrían aparecer figuras como la **amnistía**, perdón, indulto, gracia o cualquier otro sucedáneo.

Podemos concluir que, por lo menos para aquellos Estados ligados por los citados Tratados, **no es posible renunciar a las obligaciones de investigar y juzgar**. Pero que puede admitirse que por fundadas razones, destinadas a poner término a conflictos que han dividido a una sociedad, las autoridades decidan aplicar **medidas de clemencia**, sea en la forma de amnistías o de algún sucedáneo. Pero tales medidas sólo podrán tener por efecto evitar el efectivo cumplimiento de penas ya impuestas.⁸

De los tratados mencionados mas arriba, algunos de ellos han avanzado mas en la dirección de frenar el camino a la impunidad. Así la Convención contra el **Genocidio**. Después de confirmar las Partes contratantes que el Genocidio “es un delito de derecho Internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar” (art.I), dispone que las personas que lo cometan “serán castigadas” (art.IV). Los Estados se obligan “a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables” (art.V). Respecto a la jurisdicción, además de comprometerse a conceder la extradición de los culpables al Estado que con derecho los reclame (art.VII), el texto reafirma el principio general de que los sospechosos serán juzgados por los tribunales del Estado donde los actos se cometieron. Pero incorpora una idea nueva al agregar “o ante la

8 El 2 de octubre de 1992 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), en casos contra Uruguay (informe 29/92, sesión 1169), decidió que la Ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986, de “Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado” en Uruguay (de impunidad), violaba los textos americanos. La CIDH concluyó que la ley 15.848 de 22/12/86 era violatoria del art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los artículos mencionados se refieren al derecho a la justicia, garantías judiciales y protección judicial. La resolución reafirma la obligación del Estado de “prevenir, investigar y sancionar” -y acordar una justa compensación - lo que fue impedido con la sanción de la ley.

corte penal internacional” que sea competente respecto a los Estados que reconozcan su jurisdicción (art.VI). Es la primera vez que en un tratado multilateral aparece la intención de crear un órgano jurisdiccional internacional.

Por su parte la Convención internacional contra el **Apartheid**, califica a éste como “crimen de lesa humanidad” (art.I). Los Estados se obligan a prevenir tales prácticas , así como a perseguir, enjuiciar y castigar a los culpables ante sus tribunales nacionales (art.IV); a conceder la extradición a los Estados donde estos crímenes se hayan cometido (art.XI). Pero también se obligan a juzgarlos por “cualquier tribunal penal internacional”, respecto a los Estados que reconozcan su jurisdicción (art.V).

Finalmente, la Convención contra la **Tortura**, establece una forma de jurisdicción universal (arts. 5, 6 y 7). En su virtud, todo Estado en cuyo territorio se encuentre -aun ocasionalmente- una persona de quien se sospeche que ha cometido un delito de tortura, emprenderá una investigación del caso. Si las circunstancias lo justifican, procederá a su detención o a tomar otras medidas que aseguren su sujeción a la justicia. Luego procederá a su extradición al Estado que con derecho lo reclame. Si no pudiere extraditarlo en base a un impedimento legal, o porque considera que el sospechoso correría riesgo de ser torturado en el país requirente, o todavía, porque ningún otro Estado con derecho a hacerlo, lo reclama, debe proceder a su enjuiciamiento ante sus propias autoridades competentes, en dos casos: a) si el sospechoso es nacional de ese Estado; b) si la víctima es nacional del Estado. Los Estados Partes deben incluir estos delitos en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro; y cuando no exista tratado al respecto, podrán considerar la Convención contra la Tortura como base jurídica para otorgar la extradición.

En conclusión, la impunidad con respecto a los delitos comentados, viola el derecho internacional y no contribuye al afianzamiento democrático.

Jurisdicciones nacionales

y

derechos humanos

Dalmo De Abreu Dallari
Profesor de Derecho
Sao Paulo - Brasil

1 - En las sociedades democráticas modernas sometidas al Imperio del Derecho, la protección de los derechos humanos en el caso de grave amenaza, como también el castigo de los responsables por toda ofensa a esos derechos, es tarea que incumbe al Poder Judicial. La protección por tribunales internacionales es un ideal que aún está lejos de su plena realización. Por eso es necesario, y es algo que se puede hacer paralelamente y con efectos inmediatos, perfeccionar las justicias nacionales.

Tengamos muy claro que, para la real protección judicial de los derechos humanos no es suficiente, y por el contrario es peligroso, sólo cumplir formalidades judiciales, tener una apariencia de protección judicial, que adormece la vigilancia y que no es, todavía, más que una ilusión de justicia.

2 - El primer punto a considerar, cuando se quiere trabajar por la puesta en práctica de la protección judicial, es el desconocimiento por los jueces de las normas internacionales de protección de los derechos humanos y de las condiciones y los efectos de su integración al sistema jurídico nacional.

Como se hace corriente en la moderna teoría del derecho internacional, y fue sintetizado por Daniel Herrendorf y Bidart Campos, hay algo curioso en el perfil del derecho internacional de los derechos humanos: "los Estados se obligan internacionalmente a hacer efectivo internamente (en sus respectivas jurisdicciones) el

cumplimiento de estos tratados (de derechos humanos)” ¿y ésto que quiere decir? Que estos tratados, cuando por ratificación o adhesión de un Estado entran a formar parte de su derecho interno, invisten directamente a cada hombre que forma parte de la población de ese Estado, o que está sometido a su jurisdicción, con la titularidad de los derechos y libertades reconocidos en el tratado.¹

En la realidad eso no es conocido o no es aceptado por la mayor parte, o la casi totalidad de los jueces y tribunales nacionales. De modo general, los profesionales del derecho recibieron nociones superficiales de derecho internacional en sus cursos de formación jurídica, con poca o ninguna perspectiva de aplicación de sus normas y, además, eso viene con el recuerdo de una tediosa discusión sobre las formalidades necesarias para que las normas de un tratado se integren en el sistema jurídico nacional: adhesión, ratificación, depósito del instrumento de ratificación o adhesión, con el agregado, sostenido por muchos teóricos tradicionales, de la necesidad de una ley interna, sancionada por el parlamento y promulgada por el ejecutivo, dando vigencia interna, nacional, a las normas internacionales.

Por todo eso la tendencia de los jueces es de rehusar, como fundamento válido para sostener una pretensión jurídica, la referencia a un tratado u otro instrumento internacional. Así ocurre por ejemplo, con la tortura, que todavía no es tipificada como crimen en la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales. Con eso se tiene asegurada la impunidad de conocidos torturadores.

3 - Otro punto fundamental es el que se refiere a la influencia de las convicciones políticas y jurídicas de los jueces que, simplemente, no reconocen como un deber jurídico el respeto de las normas de derechos humanos, o exigen requisitos formales absurdos en cuanto a la comprobación de las violaciones y de la autoría o, incluso, aplican penas ridículamente suaves, que constituyen un escarnio a la justicia y una invitación a la reincidencia.

1 Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Buenos Aires, EDIAR, 1991, pág. 250.

Hay jueces que, por convicción o interés personal, son cómplices de gobiernos violadores de derechos humanos y, por ende, protectores de los agentes directos de la violación. Esa complicidad, en ciertos casos, es muy clara e indisfrazable, pero en otros casos tienen la apariencia de neutralidad. Estos son tal vez los jueces más peligrosos, porque simulan un deseo de justicia y envuelven sus decisiones con una capa de respetabilidad. Con eso, reducen considerablemente la fuerza de las denuncias hechas en contra de gobiernos injustos y de los sistemas negadores de los derechos humanos, pues ayudan a crear y mantener la ilusión de un control judicial.

Otro peligro, que favorece la impunidad, es el de los jueces que, por un vicio de formación jurídica, son demasiado formalistas. Generalmente fanatizados por la lógica aparente del positivismo jurídico, muchas veces no llegan a percibir que el excesivo apego a exigencias formales impide o dificulta extremadamente la consideración de los derechos involucrados en el proceso. Condicionados por una visión exclusivamente formalista del derecho, esos jueces conciben el respeto de las formalidades procesales como el objetivo más importante de la función judicial. No se sensibilizan por las más graves violaciones de derechos humanos, siempre que sean respetadas las formalidades. Por eso se puede decir que los jueces formalistas son cómplices inconcientes de los violadores de derechos humanos y concurren significativamente a garantizar su impunidad.

Un vecino muy próximo del formalista es el juez acomodado, el que se afirma apolítico y entiende que no es tarea suya hacer indagaciones sobre la justicia, la legitimidad y los efectos sociales de las leyes. Ese es, posiblemente, el caso de la mayoría de los jueces. Fueron ellos los que aceptaron pasivamente los "Actos Institucionales" impuestos como leyes superiores por las dictaduras de Latinoamérica en décadas recientes. Son ellos quienes, en todo el mundo, aplican sin reflexión, como si fuera indiscutidamente normal, la "ley del gobierno", sin importarles de qué gobierno, ni tampoco la justicia o injusticia de la misma, mientras tenga una apariencia legal. Ese es el comportamiento que más frecuentemente

compromete el prestigio del Poder judicial, que es visto como “una forma legal de promover injusticias”, según las palabras de Albert Camus. También esos jueces son cómplices, no tan inconcientes, de la impunidad de los violadores de derechos humanos.

Sin olvidar la realidad, pero también por motivo de justicia, hay que reconocer que la impunidad ocurre, muchas veces, por falta de independencia de los jueces. Hay situaciones en que son tales las restricciones que ni aún el juez más conciente y más valiente puede castigar a un violador de derechos humanos. No son raros los ejemplos de jueces verdaderamente heroicos, que en sus sentencias denuncian las dificultades para conocer la verdad, las investigaciones policiales deliberadamente mal hechas, los obstáculos interpuestos para impedir la identificación o llevar a juicio a los verdaderamente responsables de violaciones graves de derechos.

Es común que esos jueces sean voces aisladas que no reciben apoyo de la institución judicial. Por eso es importante hablar siempre con insistencia, de la necesidad de independencia de los jueces, pero sin olvidar que, con frecuencia, la complicidad y la indiferencia de jueces y cúpulas judiciales son elementos con los que cuentan los gobiernos injustos para asegurar la impunidad de los violadores de derechos humanos. En cuanto a los jueces y la protección judicial, es necesario reconocer que sin jueces bien informados, concientes de su responsabilidad social y verdaderamente comprometidos con la justicia, será casi imposible obtener una protección real de los derechos humanos.

4 - Una consideración especial merecen los tribunales militares, los que sobre todo en las dictaduras ostensibles o en los sistemas que se califican con el eufemismo de “gobiernos fuertes”, hacen parte del aparato mantenido para garantizar la impunidad de militares y de sus asociados. Es necesario tener en cuenta que, aún en situaciones llamadas “normales” del punto de vista jurídico, los tribunales militares son factores de discriminación y privilegio, en tanto garantes de la impunidad de militares violadores de derechos.

No hay ninguna razón válida, del punto de vista moral y jurídico, para sustraer de la jurisdicción ordinaria un militar que comete un crimen definido como tal en la legislación penal común. No importa donde fue practicado el crimen, si en el interior de un establecimiento militar o en la calle, como tampoco importa si las partes involucradas son civiles o militares. Así, por ejemplo, si un militar es víctima de una agresión física en el interior de un cuartel, el hecho debe ser calificado como un crimen común, debiendo ser sometido a la jurisdicción ordinaria y no a la justicia militar, para el juzgamiento del culpable. Nada impide la existencia paralela y concomitante de un proceso administrativo-militar para la depuración y eventual punición de una falta disciplinaria. Pero sin perjuicio de la competencia plena de la jurisdicción ordinaria para el castigo del acto criminal, según las leyes penales comunes.

Con referencia a los tribunales militares es importante y siempre oportuno recordar una de las conclusiones de la Conferencia Mundial sobre la Independencia de la Justicia, realizada en Quebec, en junio de 1983, y que aprobó la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia:

“2.06.e) La competencia de los tribunales militares estará limitada a los delitos militares, cometidos por miembros de las fuerzas armadas. Existirá siempre un derecho de apelación contra las decisiones de esos tribunales ante una corte de apelaciones legalmente calificada”.

Es indispensable que la calificación de un delito como “militar” sea lo más estricta posible y que en ninguna hipótesis se someta un civil a juicio ante un tribunal militar. Es necesario que en tiempos de libertad y de normalidad se afirme, por medio de la ley, la completa sumisión de los militares a la jurisdicción ordinaria, para todos los crímenes definidos en la legislación penal común, aún los cometidos en el interior de un cuartel y aún cuando la víctima sea también un militar. Ese es un criterio importante para asegurar justicia igual para todos, sin conceder a algunos el privilegio de la protección corporativa que es, frecuentemente, una garantía de impunidad.

5 - Como complemento necesario de las consideraciones sobre tribunales militares es necesario y oportuno decir algo sobre una institución peculiar existente en Brasil: el Tribunal Militar Estadual. Para tener una idea precisa acerca de qué es ese tribunal, debe tenerse en cuenta, ante todo, que Brasil es una República Federativa.

Como consecuencia de la adopción del sistema federal, en 1891, las antiguas provincias de Brasil fueron convertidas en Estados federados autónomos y cada uno de esos Estados organizó una Policía Militar, para ejercer actividades típicamente policiales, pero también para proteger al Estado federado de eventuales amenazas de los otros Estados federados o del gobierno central de Brasil. Esa institución híbrida y sin justificación lógica se mantiene todavía hoy. En los Estados con mayor capacidad económica la Policía Militar asumió las características de un pequeño ejército, como en el Estado de Sao Paulo. Por su calificación como “militar” esas corporaciones tienen gran autonomía y frecuentemente actúan con enorme violencia, como si se tratara de un ejército en territorio enemigo; practicando actos que, aún en tiempo de guerra, están vedados por el derecho nacional e internacional.

La Policía Militar del Estado de Sao Paulo es conocida como la más violenta del mundo. Entre sus miembros hay asesinos contumaces de niños de la calle y también de “sospechosos”, la mayoría de los cuales son personas pobres, de piel oscura y que se encuentran en la calle durante la noche o al amanecer. El número de sus víctimas es, en promedio, de 4 muertos por día y el hecho más expresivo en este año fue la masacre de 111 presos, que no tenían armas de fuego y que fueron muertos bárbaramente, so pretexto de restablecer la disciplina, en el presidio de Carandiru, en Sao Paulo. Eso ocurrió el 2 de octubre de 1992.

Tales homicidas privilegiados tienen asegurada impunidad porque serán juzgados por un tribunal de excepción, el Tribunal Militar del Estado de Sao Paulo. Para cesar esa violencia es necesario exigir el reconocimiento de que la policía de las ciudades es función de naturaleza civil y que los policías deben ser sometidos a la justicia ordinaria.

6 - Finalmente, es necesario decir algo sobre los llamados “tribunales de excepción”, que, en verdad, sólo son compatibles con la palabra “excepción”, pues nada tienen que ver con la idea consagrada de tribunal, como instrumento de justicia.

Como regla fundamental es suficiente lo que dice la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia “2.06:a) **No se establecerán tribunales de excepción**”.

Pero, teniendo en la memoria las lecciones recientes de la historia, es prudente advertir sobre una práctica maliciosa, como el establecimiento de “competencias de excepción”. Eso ocurrió y ocurre todavía en países sometidos a tutela militar, con la ampliación de la competencia de los tribunales militares ya existentes, para el juzgamiento de civiles, o de crímenes que, aunque definidos en la legislación común, recibieron o reciben la calificación maliciosa de “delitos conexos con delitos militares”. Por el contrario, en ciertos casos se puede utilizar la extensión de competencias para poner bajo la protección de un tribunal militar a los militares que cometen crímenes definidos en la legislación común.

En conclusión, son muchos los obstáculos para difundir en todo el mundo el Imperio del Derecho y para que no exista más impunidad para los violadores de derechos humanos. Para eso es necesario trabajar permanentemente y sin cansancio ni transigencia. Ese es el camino para que el mundo tenga justicia y viva en paz.



Leyes de amnistía y derecho internacional

Un caso concreto

Robert Kogod Goldman*

Profesor de Derecho,
Estados Unidos de Norteamérica

El retorno a gobiernos electos democráticamente en América Latina durante la última década, tiene la característica inquietante de haber introducido la práctica perversa de otorgar amnistías o medidas legales similares a las fuerzas de seguridad implicadas en graves violaciones de los derechos humanos, cometidas durante los regímenes militares previos.

En los últimos años, por ejemplo, se han otorgado amnistías en Argentina, Brasil, Chile, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Surinam y Uruguay. En algunos casos, los regímenes militares promulgaron una auto amnistía antes de ceder el control a las autoridades civiles. En otros, los militares extrajeron de los dirigentes civiles la promesa de una amnistía como "precio" por la restauración del gobierno civil. En numerosas instancias los nuevos gobiernos, bajo presión militar, han aprobado y sancionado amnistías de modo eufemístico en nombre de la democracia o del logro de la reconciliación o pacificación nacional.

La cuestión de si los Estados Partes en los tratados de derechos humanos están obligados a perseguir en justicia a los violadores de

* El Profesor Goldman es además Co-director del Centro de Derechos Humanos y Derecho Humanitario de la American University Law School, Washington, D.C.

derechos humanos, ha sido ampliamente estudiada y debatida en los últimos años por abogados internacionales y expertos en derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue el primer organismo intergubernamental que trató con toda equidad este controvertido tema. Recientemente llegó a la conclusión que la Ley de Amnistía de 1986 de Uruguay (Ley de Caducidad) violaba disposiciones fundamentales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹

Posición de los peticionarios

- Teoría de las denuncias

La Comisión decidió sobre ocho casos consolidados, con víctimas múltiples, que habían sido presentados conjuntamente por el Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay y Americas Watch poco tiempo después que el Parlamento uruguayo, bajo presión militar, aprobara la Ley de Caducidad el 22 de diciembre de 1986. Esta ley ponía término a la acción del Estado de investigar y sancionar a militares y policías responsables de violaciones a los derechos humanos, cometidas durante el período de facto militar (junio de 1973 a marzo de 1985). La aplicación de esta ley implicó la clausura y archivo de 40 juicios penales tramitados ante los juzgados ordinarios (civiles), que habían sido iniciados por abogados de las víctimas de delitos de derechos humanos o de sus familiares, contra

1 Informe N° 29/92 (Casos 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374 y 10375), Uruguay, OEA/Ser.L/V/II.82, Doc. 25 del 2 de octubre de 1992. En el Informe N° 28/92 (Casos 10147, 10181, 10240, 10262, 10309 y 10311), Argentina, OEA/Ser.L/V/82, también del 2 de octubre de 1992, la Comisión concluyó que las leyes de “Punto Final” y de “Obediencia Debida” de Argentina violaban la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Si bien basada en hechos diferentes a los uruguayos, la Comisión recusó estas medidas de Argentina, aplicando en esencia el mismo razonamiento jurídico que en los casos de Uruguay.

aproximadamente 180 funcionarios militares y policías. La Suprema Corte de Justicia de Uruguay declaró la constitucionalidad de la ley el 2 de mayo de 1988. La ley fue ratificada con escaso margen mayoritario del electorado uruguayo en un referéndum llevado a cabo el 16 de abril de 1989.

Los ocho casos presentados a la Comisión comprenden violaciones cometidas por agentes estatales, de ciertos derechos humanos “preferentes”, *inter alia*, el derecho a la vida, el derecho a un tratamiento humano y el derecho implícito de no sufrir desaparición forzada. Las denuncias no estaban basadas directamente en las violaciones de estos derechos -las cuales ocurrieron antes de la ratificación de la Convención Americana por Uruguay- sino en los efectos de la ley de amnistía, la que fue sancionada luego que Uruguay ratificara dicho instrumento.

Específicamente, la denuncia fundamental de los peticionarios era que la Ley de Caducidad -al poner término a la investigación judicial de los delitos cometidos y la clausura de los procedimientos contra sus responsables- privaba a los peticionarios de su derecho a recurrir ante los tribunales, en violación de los Artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en conexión con el Artículo 1.1 de la misma.

- *Mal uso de la amnistía*

Durante tres extensas exposiciones orales de argumentos ante la Comisión, los peticionarios expresaron que cualquier gobierno en virtud de su legislación interna, tiene la prerrogativa de amnistiar o perdonar ciertos delitos penales o a los responsables penales. Pero, agregaron los reclamantes, cuando los efectos jurídicos de tales medidas impiden a las víctimas de esos delitos la garantía a la protección judicial establecida en un instrumento internacional del cual el Estado es parte, el asunto no puede ser ya más considerado como de naturaleza puramente de jurisdicción interna o fuera del escrutinio de organismos internacionales competentes. Los peticionarios afirmaron también que la Ley de Caducidad constituía una aplicación perversa desde el punto de vista moral y legal del concepto de amnistía.

En conexión con ésto, los peticionarios indicaron que, conceptualmente, la amnistía anula u olvida el delito particular. Normalmente se aplica a crímenes contra la soberanía de la nación, es decir, los delitos políticos. Este concepto, analizado correctamente, no se aplicaría a la Ley de Caducidad y medidas similares que eximen a agentes del Estado que violaron gravemente los derechos humanos de los ciudadanos. El derecho del Estado a anular o perdonar los crímenes de quienes infringieron su soberanía, por rebelión u otros medios, emerge del papel del Estado como víctima. No obstante, el Estado puede considerar que sus intereses, tales como la reconciliación nacional, están mejor servidos por una amnistía. Por lo tanto, los peticionarios sostuvieron que el Estado no tiene la prerrogativa de anular o perdonar sus propios crímenes o los de sus funcionarios cometidos contra sus ciudadanos. Si existe un derecho de anular o perdonar tales crímenes, entonces éste corresponde solamente a las propias víctimas.

- *Superioridad de la Convención Americana*

Los peticionarios también argumentaron que aun cuando la Ley de Caducidad pudiera negarles los recursos judiciales, en tanto materia de jurisdicción puramente interna, no podría privarlos de los recursos consagrados por la Convención Americana, ni tampoco eximir a Uruguay del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la misma. Los peticionarios expresaron que, al negarles el acceso a los procedimientos judiciales nacionales, Uruguay ha rendido ilusoria su obligación básica de respetar, garantizar y castigar las violaciones de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención y, en efecto, ha interpuesto su legislación interna como una barrera para cumplir con dicho instrumento.

Los peticionarios indicaron que a nivel internacional está bien determinado que, las obligaciones internacionales de un Estado son superiores a cualquier obligación que pudiese tener en virtud de su legislación interna. Por lo tanto, un Estado no puede invocar su legislación interna como excusa para el no cumplimiento del derecho internacional. Con respecto a los compromisos internacionales, este

principio está consagrado en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone en su parte pertinente: "Una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento de un tratado...".

Por consiguiente, a pesar de haberse rehusado a dar efectos legales internos a una disposición de la Convención Americana, Uruguay permanecía obligado por el tratado y era responsable por su violación. Este principio ha sido repetidamente invocado y afirmado en decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia, como también por otros tribunales internacionales.²

Los peticionarios también citaron otro principio básico y conexo del derecho internacional de los tratados que directamente es obligatorio para Uruguay: la doctrina del derecho consuetudinario de *pacta sunt servanda*, establecido en el Artículo 26 de la Convención de Viena, que expresa: "Todo acuerdo internacional en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fé". Este principio implícitamente refuerza la doctrina de que las obligaciones impuestas a un Estado por un tratado no se afectarán por cambios legislativos o de referéndum en su legislación interna.

- Cambios de gobiernos y las obligaciones de un tratado

En forma similar, los peticionarios señalaron que un cambio de gobierno por cualesquiera medios (ya que ello no afecta la identidad del Estado), no altera la naturaleza vinculante de las obligaciones

2 Por ejemplo, en la opinión consultiva de 1930 en el caso de las Comunidades Greco-búlgaras, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló: "Es un principio de derecho internacional generalmente aceptado que en las relaciones entre poderes que son partes en un tratado, las disposiciones de la legislación nacional no pueden prevalecer sobre las del tratado". La Corte Permanente ha establecido también que este principio rige aún cuando un estado invoque su Constitución "con miras a evadir obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional o de los tratados vigentes."

jurídicas internacionales de un Estado. Por lo tanto, las administraciones de Sanguinetti y de Lacalle eran internacionalmente responsables por las violaciones no resarcidas de la Convención Americana atribuibles al régimen militar de facto. La Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicó este principio específicamente al Estado responsable de violaciones de derechos humanos, en el caso de Velásquez Rodríguez. En una remarcable decisión adoptada el 29 de julio de 1988 declaró a Honduras responsable por la desaparición forzada de Manfredo Velásquez. La Corte expresó al respecto:

“Según el principio de Derecho Internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron” (para.184)

- Obligaciones del Estado

Durante la exposición de estos argumentos, los peticionarios enfatizaron en particular la autorizada interpretación hecha por la Corte Interamericana del Artículo 1.1 de la Convención en el caso Velásquez, para sostener su reclamo de que Uruguay estaba obligado a investigar y juzgar a los autores de violaciones de derechos humanos.³

3 Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La Corte declaró que el Artículo 1.1 “constituye el fundamento genérico de la protección de los derechos reconocidos por la Convención” (para.163). La Corte señaló que la primera obligación asumida por los Estados de “respetar” los derechos reconocidos en la Convención está fundada en la noción de que “el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado” (para.165). Ella interpretó más ampliamente la segunda obligación del Estado establecida en el Artículo 1.1 “garantizar el libre y pleno ejercicio” de estos derechos. La Corte expresó que “esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (para.166).

La Corte declaró que en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, lesione indebidamente uno de los derechos reconocidos en la Convención, se está ante una responsabilidad internacional del Estado, no sólo por la violación del derecho infringido, sino además por la violación del deber consagrado en el Artículo 1.1 de respetar y asegurar ese derecho. En forma significativa la Corte señaló que como consecuencia de estas dos obligaciones del Artículo 1.1, los Estados “deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (para. 166). La Corte indicó también que la observancia del Artículo 1.1 implica necesariamente la obligación del gobierno de investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos protegidos. La no investigación o una investigación no emprendida “con seriedad” o hecha “como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”, de modo que tal violación quede impune y la víctima no compensada, viola el deber de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos afectados (paras.176 y 177).

Los peticionarios alegaron que la Ley de Caducidad, al clausurar las investigaciones penales, violaba claramente el Artículo 1.1. Afirmaron además, desde una perspectiva política, que el enjuiciamiento de los responsables “asegura” la protección de los derechos humanos al prevenir y disuadir futuras violaciones por parte de los mismos actores o de otros. Además, un enjuiciamiento tal representa simbólicamente un claro rompimiento con la herencia del pasado y ayuda al restablecimiento de la confianza pública en las instituciones democráticas.

Posición del gobierno de Uruguay

- Contexto en que se aprobó la Ley

Los argumentos básicos del gobierno de Uruguay, algunos de los cuales se hicieron en forma oral, fueron resumidos y explicados en su respuesta escrita al informe preliminar de la Comisión.⁴

El gobierno criticó a la Comisión por no haber tomado en consideración el “contexto jurídico-político democrático”, la “legitimidad interna de la ley” y los “fines éticos superiores” de la Ley de Caducidad. Específicamente, afirmó que la cuestión de las amnistías “debe ser considerada en el contexto político de la reconciliación, como parte de un programa legislativo de pacificación nacional, que abarca a todos los actores de pasadas violaciones de derechos humanos” (Informe oficial de la Comisión, para.22). Enfatizó que la ley aprobada por la correspondiente mayoría parlamentaria, fue objeto de una reconsideración plebiscitaria que significó “la expresa voluntad del pueblo uruguayo, de cerrar una página dolorosa de su historia, para poner fin de modo soberano al enfrentamiento entre orientales” (Informe oficial, para.22). Como tal, continuó el gobierno, “no es susceptible

4 Uruguay, que ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, tuvo 90 días luego de la recepción del informe de la Comisión para presentar el caso a la Corte, pero no lo hizo.

de condena internacional". Además, el gobierno puntualizó "que no es posible aceptar la conclusión de la Comisión, de que, si bien la legitimidad interna no es materia de su competencia, sí lo son los efectos jurídicos denunciados por los peticionarios".

- Restricciones a los derechos

El gobierno sostuvo que la Ley de Caducidad no violó la Convención Americana ni cualquier otra norma del derecho internacional, sino que constituye el ejercicio soberano de su facultad para otorgar clemencia y para establecer restricciones legales a los



Julio Strassera, Fiscal en el juicio seguido contra 9 Generales, ex miembros de la Junta Militar en Argentina, por violaciones de derechos humanos; luego Representante Permanente de Argentina ante N.U., en Ginebra, cargo al que renunció en protesta por el indulto Presidencial otorgado a los Generales.

derechos. Señaló que los Artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, deben interpretarse en relación con los Artículos 30 y 32 de la Convención, que admiten que el Estado limite el goce y ejercicio de derechos reconocidos en la Convención "cuando las restricciones surgen de leyes dictadas por razones de interés general o en función de los derechos de los demás, seguridad de todos y las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática" (Informe oficial, para.23). El gobierno sostuvo además, que el Artículo 4.6 de la Convención y los Artículos 6.4 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otorgaban a Uruguay la necesaria competencia para aprobar la ley en disputa.

- Artículos controvertidos

El gobierno expresó que las garantías del debido proceso del Artículo 8.1 de la Convención se refieren “al supuesto del inculpado en un proceso criminal y no de quien presenta la acción penal” (Informe oficial, para. 24). Al afirmar que “los particulares no son dueños ni titulares de la acción penal” y que en el sistema procesal uruguayo no existe el derecho de plantear una demanda criminal, independientemente de la acusación del fiscal público, el gobierno admitió que sólo en “casos excepcionales” se permite “intervenir” al interés privado (Informe oficial, para. 24). Observó además, que este derecho individual “no está amparado por el derecho internacional de los derechos humanos”.

Con respecto al Artículo 25.1 de la Convención, el gobierno sostuvo que no lo había violado y que el mismo persigue el “restablecimiento del derecho lesionado y de no ser posible ello, la reparación de los daños sufridos” (Informe oficial, para. 25). Más adelante expresó que “como es imposible -en los casos denunciados- reclamar el restablecimiento de derechos lesionados durante el régimen de facto, sólo cabe el derecho a la reparación patrimonial, el cual no ha sido enervado por la Ley de Caducidad”

- Intenciones de la Ley

El gobierno alegó que la Ley de Caducidad tampoco violó el Artículo 1.1 conforme a la interpretación hecha por la Corte en el caso Velásquez. Observó que el deber de investigar y la cuestión de la ley de amnistía deben ser analizados en su contexto global y que la intención de la ley se inspiró en el bien común, ya que “investigar hechos del pasado puede revivir el enfrentamiento entre personas y grupos” y, obstaculizar el reencuentro, la pacificación y el fortalecimiento de la institucionalidad democrática. Reconoció que para el conocimiento de la verdad el orden jurídico debe poner a disposición del interesado los mecanismos procesales al efecto, pero que, por las mismas razones, el Estado puede “no poner a disposición del interesado los medios aptos para el conocimiento formal y oficial de la verdad en sede penal” (Informe oficial, para.26).

Opinión y conclusiones de la Comisión

- Competencia para examinar los efectos jurídicos de la ley

La Comisión en primer lugar y antes de considerar el mérito de los casos, rechazó la posición de Uruguay que la consideraba no facultada para decidir si la Ley de Caducidad era compatible con la Convención Americana. La Comisión señaló que si bien no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales, sí es de su competencia “la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la Convención o la Declaración Americana” (Informe oficial, para. 31). Afirmó que dicha competencia surge de la propia Convención la que, *inter alia*, la inviste de jurisdicción para conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención (Artículo 33) y para recibir y actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en dicho instrumento (Artículos 41, 44 y 51). Asimismo, acotó que el Artículo 2 de la Convención prevé el compromiso de los Estados Partes de adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados”. Por lo tanto, concluyó: “a fortiori, un Estado no puede evadir por medio de su legislación interna sus obligaciones internacionales” (Informe oficial, para. 32).

- Violación del derecho a las garantías judiciales

La Comisión señaló que Uruguay, al sancionar y aplicar la Ley de Caducidad, no sólo tuvo el efecto buscado de clausurar todos los juicios criminales contra los autores de las pasadas violaciones de los derechos humanos sino que además no llevó a cabo ninguna investigación oficial para establecer la verdad sobre esos hechos. Por ello, consideró apropiado citar “la posición general de la Comisión en la materia”, expuesta así en su Informe Anual 1985-1986:

“...uno de los pocos asuntos en que la Comisión no desea inhibirse de opinar en esta materia, es el de la necesidad de

esclarecer las violaciones a los derechos humanos perpetradas con anterioridad al establecimiento del régimen democrático. Toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro... Tal acceso a la verdad supone no coartar la libertad de expresión, la que -claro está- deberá ejercerse responsablemente; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país, o el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que fueren necesarias “ (Informe oficial, para. 37).

Más adelante indicó que, la Comisión “debe, asimismo, aquilatar la naturaleza y gravedad” de los hechos a que se refiere la Ley, tales como desapariciones forzadas y secuestros de menores, entre otros; por lo que “la necesidad social de su esclarecimiento e investigación no puede ser equiparada a la de un mero delito común” (Informe oficial, para. 38).

La Comisión indicó que la Ley de Caducidad “surtió varios efectos y afectó a numerosas partes o intereses jurídicos. Concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes” (Informe oficial, para. 39).

Seguidamente, se refirió al mérito de lo esencial de la comunicación de los peticionarios acerca de las consecuencias jurídicas de la Ley en cuanto violó sus derechos a recurrir a los tribunales y a la garantía de protección judicial, consagrados respectivamente en los Artículos 8.1 y 25.1 de la Convención. El Artículo 8.1 dispone en la parte pertinente: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías (por un juez o tribunal competente)...en la sustanciación de cualquier acusación penal

formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

La Comisión rechazó la afirmación de Uruguay de que el Artículo 8.1 sólo se refiere al derecho del inculcado en un proceso criminal. Y concluyó que Uruguay, al promulgar y aplicar la Ley de Caducidad luego de haber ratificado la Convención, había deliberadamente impedido que los peticionarios ejercieran sus derechos “reconocidos” en el Artículo 8.1, por lo tanto infringió esos derechos y violó la Convención. Por las mismas razones, la Comisión concluyó que Uruguay había violado el derecho de los peticionarios a la protección judicial establecida en el Artículo 25.1 de la Convención.⁵

- Violación de la obligación de investigar

La Comisión también concluyó que la Ley de Caducidad, en cuanto impidió la investigación judicial de las pasadas violaciones de los derechos humanos, violó la obligación que en virtud del Artículo 1.1 tenía Uruguay de “garantizar” a los peticionarios el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención. La Comisión se remitió a la interpretación autorizada que hizo la Corte Interamericana del Artículo 1.1 en el caso Velásquez para referirse al problema de la investigación en estos casos. La Comisión citó los siguientes pasajes, entre otros, del caso Velásquez:

“Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha

5 El Artículo 25.1 establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Con respecto a la obligación de investigar señala que ... debe tener sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad” (Informe oficial, para. 50)

- Recomendaciones de la Comisión a Uruguay

La Comisión, basándose en su conclusión de que la Ley de Caducidad era incompatible con el Artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los Artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recomendó al gobierno de Uruguay que otorgue a las víctimas peticionarias, o a sus derecho-habientes, una justa compensación por las violaciones de esos derechos. Recomendó además, que el gobierno adopte “las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el período de facto”. (Informe oficial, para. 54).

Conclusión

Se puede afirmar con acierto que las amnistías concedidas en América Latina a los violadores de derechos humanos durante la vigencia de gobiernos militares, raramente han sido disuasivas y, a veces se han convertido en una licencia para estos funcionarios estatales que han repetido los mismos crímenes bajo el nuevo gobierno. Al conferir impunidad, como solución milagro, estas leyes han dividido profundamente la sociedad civil y comprometido la verdadera noción del imperio del derecho, en lugar de promover una genuina reconciliación nacional y consolidar la democracia. En estas circunstancias, no debe extrañar que los cambios de gobiernos

militares a civiles en el hemisferio, con frecuencia se hayan traducido en tuteladas militares en lugar de un control civil sobre las fuerzas de seguridad.

La mayoría de estas transiciones, particularmente en el caso de Uruguay, han estado acompañadas también por una política de “amnesia” oficial que convierte en ciudadanos de segunda clase a los que, habiendo sufrido violaciones de sus derechos, encuentran que la democracia no les ofrece como actores ningún recurso jurídico diferente a los que tuvieron como víctimas o acusados durante el régimen militar. El nuevo gobierno civil, mediante omisión activa y el rechazo a conocer y reparar los horrores pasados, es partícipe de la continuidad del desacato oficial a los derechos fundamentales de ciertos ciudadanos. El goce y dimensión plena de la ciudadanía es por ende reservada a aquellos que, bajo el régimen militar, infligieron sufrimiento, o los que no padecieron en forma directa y dolorosa la pérdida de sus derechos esenciales. A menudo las víctimas son dejadas solamente a la memoria colectiva del sufrimiento para lo cual no hay reparación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los informes sobre las medidas de amnistía en Argentina y Uruguay ha establecido en forma clara, precisa y autorizada, que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber de investigar, identificar, juzgar y sancionar a los culpables de violaciones a los derechos humanos consentidas por el Estado. Las decisiones de la Comisión significan un repudio claro e importante a la impunidad.



Circunstancias atenuantes según el principio de obediencia debida

Roland Bersier

Doctor en Derecho

Juez del Tribunal Cantonal (Lausana, Suiza)

1 - En el difícil camino que conduce al castigo de las violaciones graves de los derechos humanos, la eventual toma en consideración de circunstancias atenuantes está bien cerca del fin y puede parecer a primera vista pertenecer al debate académico.

Porque esta cuestión no se plantea si no han sido previamente franqueadas una serie de etapas esenciales luego de cometida una violación grave a los derechos fundamentales:

- que la violación haya sido denunciada como tal;
- que se haya abierto un procedimiento; ésto supone un órgano del Estado (policía o justicia) -no soñemos con un organismo supranacional- que haya podido proceder a investigaciones eficaces;
- que uno o varios autores presuntos hayan sido identificados y formalmente acusados en el procedimiento;
- que el acto o sus autores no hayan sido amnistiados ni hayan beneficiado de inmunidad;
- que la acción punitiva del acto no haya sido alcanzada por la prescripción o sea imprescriptible;
- que él o los autores presuntos hayan sido llevados ante un tribunal o un juez considerado suficientemente imparcial e independiente, especialmente con respecto a los poderes que hayan podido

favorecer o preconizar la violación de los derechos humanos en causa;

- que el o los autores presuntos respondan personal y directamente de la violación inculpada.

El tribunal o el juez debe entonces pronunciarse sobre la pena y solamente en ocasión de esta operación puede decidir aplicar eventuales circunstancias atenuantes.

2 - No se tratarán aquí los criterios de fijación de la pena, pero es sobre ésta que influirán las circunstancias atenuantes.

En el proyecto de “Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad” presentado en 1991, la Comisión de derecho internacional de Naciones Unidas no ha logrado llegar a un acuerdo sobre las penas aplicables a los diferentes crímenes que ha definido, con la intención de remitirse al derecho interno.¹

Nos referiremos no obstante de manera totalmente general a una pena privativa de libertad a cuantificar de conformidad a una norma, entre un mínimo y un máximo. Y se presumirá que dentro de ese marco normativo, la pena es apreciada de acuerdo a la culpabilidad del autor, teniendo en cuenta los elementos que se refieren, por una parte, al acto en sí mismo y, por otra parte, a la persona del autor.²

Es delicado hablar de circunstancias atenuantes fuera de la referencia a una legislación determinada dado que las expresiones utilizadas no tienen el mismo sentido en todos lados. No se tratará aquí, por ejemplo, lo que el derecho francés califica como excusas, ya sean absolutorias o atenuantes.³ En el presente texto, será

1 Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones, Nueva York, 1991 (A/46/10), Cap.IV,p.213 ss. especialmente p.281.

2 Ver, para el derecho suizo, art.63 Código Penal del 21 de diciembre de 1937 y en particular, Fallos del Tribunal Federal suizo, Recopilación oficial, 116 IV 288. Para el derecho francés, ver, por ejemplo, Stefani, Levasseur y Bouloc, Droit pénal général, 11ª edición, París, 1980, p.476, Nº 535.

3 G.Cornu, Vocabulario jurídico, París, 1987, vº Excusa.

considerado como circunstancia atenuante el hecho que permite a un tribunal o juez, dentro de las condiciones y límites fijados por la ley, pronunciar una pena menos severa que aquella que legalmente corresponde a los hechos de los cuales el interesado ha sido reconocido culpable.⁴

Según el sistema legal, esas circunstancias atenuantes son dejadas a veces a la apreciación del juez; tal es el caso del derecho francés.⁵ Pero en otras legislaciones, la ley misma enumera y define varias circunstancias cuya realización conduce, obligatoria o facultativamente para el juez, a una reducción de la pena ordinaria, dentro de una medida determinada (disminución del mínimo o del máximo), o es dejada a la apreciación del juez.

No es decisivo, para nuestro tema, que uno se coloque en uno u otro de esos sistemas. La circunstancia atenuante de que hablamos puede en efecto operar de manera semejante ya resulte de una norma precisa o surja de la apreciación de un tribunal.

3 - En derecho penal clásico, responde de una infracción aquel que es el autor, o sea el que ha cometido personalmente los actos materiales constitutivos de una infracción. Nos dispensamos de abordar aquí los diversos modos de participación en una infracción (autor intelectual, coautor, instigador, cómplice) y la problemática de los delitos de omisión.

Pero escapa a la sanción de la ley aquel que comete esos actos bajo el efecto de un apremio irresistible.⁶ ¿Qué ocurre si el que comete el hecho actuó bajo la orden de una persona a la cual le debe obediencia en virtud de su estatuto particular? ¿Queda lugar para la culpabilidad del agente?

4 G. Cornu, obra cit., vº Circunstancias.

5 Código Penal de 1810, art.463; Ver:Stefani, Levasseur y Bouloc, obra cit. p.489, nº554.

6 Ver: art.64 del Código Penal francés, por ejemplo.

La cuestión se plantea esencialmente con respecto a las personas incorporadas a una institución del Estado organizada de manera estrictamente jerárquica como las fuerzas armadas o la policía, es decir ciertos cuerpos de funcionarios. Dentro de tales estructuras, donde la disciplina y la obediencia al superior son elementos fundamentales, diversos actos son tipificados como infracciones contra la disciplina, como son la insubordinación o la negativa a obedecer,⁷ de suerte que el margen de libertad del ejecutante es institucionalmente reducido e incluso nulo.

En tales situaciones, ciertas disposiciones del derecho nacional exepctúan al autor de toda pena.

Así, el Código Penal francés castiga al agente público que “hubiere ordenado o hecho cualquier acto arbitrario o atentatorio a la libertad individual, a los derechos civiles de uno o varios ciudadanos, o a la Constitución”. Pero si ese agente “justifica que ha actuado por orden de sus superiores para fines comprendidos en su competencia, respecto de los cuales debía obediencia jerárquica, será exento de pena, la cual será en ese caso, aplicada solamente a los superiores que hubieren dado la orden”.⁸

Se trata allí de una aplicación típica de la noción de autor mediato o indirecto: el autor mediato hace actuar a otro ser humano que se encuentra fuera de toda posibilidad de resolver por sí mismo y cuya intervención carece de intencionalidad.⁹

7 Así, Código de Justicia Militar francés, de 1982, libro IV, Cap.III: Las infracciones contra la disciplina (art.442 ss); Código Penal Militar suizo, de 13 de junio de 1927, segunda parte, Cap.1º: Insubordinación (art.61 ss).

8 Código Penal francés, art.114; ver también art.190 (Abusos de autoridad contra la cosa pública).

9 G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Berna, 1982, p.312 ss; P. Logoz, Comentario del Código Penal suizo, Parte general, 2da, ed. 1976, p.123.

El derecho penal militar hace corrientemente referencia a estas nociones. Por ejemplo en el Código Militar suizo: "Si la ejecución de una orden de servicio constituye un crimen o delito, el jefe o el superior que ha dado la orden es punible como autor de la infracción."¹⁰

De todas formas la ejecución de una orden consistente en cometer un delito no puede ser cumplida ciega e impunemente por el subordinado, incluso dentro de una organización construida sobre la disciplina y la obediencia. También el derecho penal militar clásico no exceptúa al agente de ejecución de toda responsabilidad penal: En Suiza, "el subordinado o el inferior es también punible si se ha dado cuenta que al cumplir la orden recibida participaba en la comisión de un crimen o delito".¹¹ El Código de Justicia Militar de Chile -anterior a la dictadura de estos últimos decenios- tiene a este respecto una disposición digna de interés: el superior que da una orden cuya ejecución constituye un delito es el "único responsable"; pero el subordinado será punible si ha cometido excesos en la ejecución de la orden y, cuando la orden tienda notoriamente a la comisión de un delito, si no ha satisfecho una exigencia particular: suspender el cumplimiento de la orden y, en casos urgentes, modificarla, dando cuenta inmediatamente al superior; pero, si aquel persiste en su orden, el subordinado deberá ejecutarla siempre que se trate de una orden relativa al servicio.¹¹ La doctrina ha criticado esta disposición que implica formalmente una obediencia ciega cuando la orden es confirmada.¹²

10 Código Penal Militar suizo, art.18 inc.1; disposiciones de alcance idéntico existían ya en la legislación militar federal de comienzos del siglo XIX (ver D.J.Daubitz, *Pflicht zur Nichtbefolgung von Kriegsbefehlen*, Zurich, 1979, p.23 ss). Código de Justicia Militar chileno, de 23 de diciembre de 1925, art.214 inc.1.

11 Chile, Código de Justicia Militar, art.214,inc.2 y art.335.

11 Idem.

12 R. Astrosa Herrera, Código de Justicia Militar comentado, 3º ed. Santiago de Chile, 1985, p.347 y los autores citados en la nota 2.

Se constata no obstante que, incluso en el marco rígido de una organización jerárquica, el subordinado que ejecuta ciegamente cualquier orden no escapa necesariamente a una responsabilidad penal y sobre todo, que la jerarquía que ha dado la orden tampoco está al abrigo.

El problema no es ciertamente aún el de las circunstancias atenuantes. Pero era un preámbulo necesario.

4- No se puede desconocer que, entre los juristas preocupados por el respeto de los derechos humanos en el plano internacional, la expresión de “obediencia debida” tiene mala reputación.

Uno recuerda en efecto la ley argentina de 1987 que reglamenta la obediencia debida, adoptada por un régimen democrático frágil que se sintió presionado a no perseguir por atrocidades innumerables a los militares vinculados a la dictadura anterior, porque amenazaban a las instituciones. Se planteó la presunción absoluta que los militares o policías no eran punibles por ciertos delitos porque habían actuado “en virtud de la obediencia debida”, “en estado de coerción y bajo subordinación a la autoridad superior o en cumplimiento de órdenes, sin posibilidad de control, de oposición o de resistencia en cuanto a su oportunidad y a su legitimidad”.¹³

Pero la noción de actuar en virtud de la obediencia debida es anterior a esta ley y, en francés, sería mejor comprendida por la locución de actuar por orden de un superior.

De todas maneras, en varios Estados, una situación tal es tomada en cuenta expresamente en el derecho penal cuando las circunstancias atenuantes están definidas en la ley misma. Se encuentra de cierta manera en la extensión de la norma del derecho penal ordinario según la cual, por ejemplo en Suiza, el juez puede atenuar la pena cuando el culpable haya actuado “bajo influencia de una persona a la

13 Argentina, Ley de obediencia debida, 5 de junio de 1987, art. 1º

cual debe obediencia o de la que depende”.¹⁴ El Código Penal Militar suizo contiene literalmente la misma disposición; pero comporta también una regla que hace punible al subordinado que ejecute una orden a sabiendas que ella implicaba la perpetración de un crimen o delito y, agrega: “El juez podrá atenuar libremente la pena (...) o eximir al inculpaado de toda pena.”¹⁵

En el Derecho Penal chileno que hemos citado, el subordinado que ejecuta una orden notoriamente consistente en la perpetración de un delito, sin advertir de ello previamente a su superior, es pasible de una pena de grado inferior a la que la ley prevé para ese delito.¹⁶

Nos hemos referido hasta aquí a ejemplos tomados de derechos internos elegidos arbitrariamente. Pero es suficiente para que se distingan dos polos a pesar de las diferencias, algunas de las cuales son significativas. Por una parte, se llega hasta eximir incluso de toda culpabilidad al agente que opera en virtud de la orden de un superior. Y por otra parte, según el grado de evidencia del carácter delictivo del acto ordenado, se consagra la punibilidad del agente acordándole sin embargo una circunstancia atenuante, cuyo alcance es facultativo en el derecho suizo.

5 - En resumen, se trata de un ámbito donde uno no puede limitarse al examen de un derecho nacional, cualquiera sea éste. Las reglas de derecho interno invocadas precedentemente se aplican a infracciones de toda naturaleza, comprendidos los despropósitos relativamente benignos respecto de los cuales se diluye el aspecto chocante de ciertas eximentes de culpabilidad. Pero nuestro tema nos hace volver a las violaciones graves de los derechos humanos.

14 Código Penal Militar suizo, art. 64 inc. 4.

15 Código Penal Militar suizo, art. 45 inc. 2 y art. 18 inc. 2.

16 Código de Justicia Militar, art. 214 inc. 2; R. Astrosa Herrera, obra cit., p. 348.

El derecho internacional se ha interesado desde muy temprano a tales crímenes, en un principio tal vez bajo la figura de crímenes de guerra. Así puede verse una referencia en un decreto del Reichsgericht alemán que consideraba en 1921 que “la orden no excusa al acusado de culpabilidad...si dicha orden es universalmente conocida como contraria a derecho”,¹⁷ pero, planteado este principio esencial, queda la cuestión del grado de culpabilidad del autor y, por tanto, la de atenuación de la pena que puede implicar.

Incluso, si como hemos visto, la noción es bien anterior, es sin duda en el Estatuto del Tribunal militar internacional de Nuremberg, anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, que se ha marcado este problema: “El hecho que una persona haya actuado de conformidad a las órdenes de su Gobierno o de un superior no la exonera de la responsabilidad de un crimen, pero puede considerarse como una circunstancia atenuante.”¹⁸

Un autor de esta época ha bien resumido la cuestión mencionando sus diferentes aspectos:

“La persona que obedeciere una orden manifestamente ilícita y cuyo rechazo a cumplirla no la pusiere en peligro inmediato alguno, no podrá protegerse con la excusa de órdenes superiores . Por otra parte, la persona que, en un caso aislado, obedeciere una orden ilegal que no fuere ilícita *prima facie* y cuya inobservancia la expusiere a toda la severidad de la disciplina militar sumaria, podrá basarse en la excepción de órdenes superiores. Entre esos dos extremos existirá una gran variedad de situaciones intermedias.”¹⁹

17 E. Müller-Rappard, L'ordre supérieur et la responsabilité pénale du subordonné (tesis de la Universidad de Ginebra), Paris, 1965, p. 190-191.

18 Art. 11, Cap.4, lit b de la Ley del Consejo de control, de 20 de diciembre de 1945, que instituye dicho tribunal.

19 H. Lauterpacht, The Law of Nations and the Punishment of War Crimes, 1955, citado por Müller-Rappard, obra cit. p. 196.

6 - Estos principios encuentran hoy su expresión en los convenios internacionales que vinculan a una serie de Estados.

Así la Convención de 1984 contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes precisa: "No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura".²⁰ Este principio ya se encontraba en el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado en 1979.²¹

Esta regla responde en resumen al principio consagrado en varios instrumentos internacionales según el cual, incluso en caso de guerra o de peligro público que amenace la vida de la nación, la suspensión de los derechos humanos no puede jamás afectar ciertos derechos esenciales, especialmente el derecho a la vida y el derecho a la integridad de la persona.²² Pues existe un núcleo intangible de derechos humanos al cual ninguna medida podrá jamás afectarlo legítimamente.²³ La noción se mantiene, no obstante, relativa si uno piensa en el soldado que, en una guerra clásica, mata un enemigo cumpliendo una orden de sus superiores...

En el "Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad" ya mencionado, en la forma propuesta por la Comisión de derecho internacional de Naciones Unidas en 1991, dos disposiciones no permiten eximir de responsabilidad penal por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, tanto al

20 Convención concluida en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, art. 2 n° 3.

21 Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979, art. 5.

22 Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, art. 15; más estricta aún la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, art. 27.

23 Ver en particular: P. Meyer-Bisch y otros. *Le noyau intangible des droits de l'homme*, VII coloquio interdisciplinario sobre derechos humanos, Friburgo, 1991.

superior que ordena la ejecución a un subordinado como al autor investido de una función oficial.²⁴ Pero, previamente, una regla enuncia: “la persona acusada de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que hubiere actuado en ejecución de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no será eximida de responsabilidad criminal si, según las circunstancias del caso, hubiere tenido posibilidad de no obedecer.”²⁵

7- Al final de esta visión general, se pueden extraer las conclusiones siguientes:

La comisión de un crimen o delito, incluso en cumplimiento de la orden de un superior, que conlleve la violación grave de un derecho humano no exonera en principio al subordinado de su responsabilidad penal.

Este primer punto es fundamental: tratándose de actos que significan una violación de derechos fundamentales reconocidos en el campo internacional, el agente de cualquier poder, sea civil o militar, no puede prevalerse de una orden que le reduciría al papel de instrumento ciego e irresponsable. Incluso si actúa bajo orden, el agente responde de tales actos.

La culpabilidad del subordinado está en función de que éste: (a) por una parte, esté en condiciones de reconocer el carácter criminal del acto ordenado y, (b) por otra parte, tenga posibilidad de sustraerse a su ejecución sin implicarle sanciones severas.

El principio planteado anteriormente supone que el autor pueda darse cuenta que el acto que ejecuta constituye una violación grave a un derecho humano. La formulación del Código Penal Militar suizo,

24 Proyecto publicado en el informe indicado precedentemente en la Nota 1, art. 12 y 13, p. 262.

25 Idem proyecto, art. 11 p. 262, con comentario, p. 276 ss.

según la cual el autor "si se ha dado cuenta"²⁶ no es satisfactoria; el agente debe responder igualmente por los actos que pudiere razonablemente darse cuenta que constituyen una violación a los derechos humanos. Pues no se trata de favorecer a quien opera ciegamente cualquiera sea el acto, sin plantearse jamás ninguna interrogante. Este punto deberá ser apreciado según el contexto de tiempo y lugar, habida cuenta de la personalidad y de las aptitudes del implicado.

Será necesario además que el autor que se hubiere dado cuenta del carácter de violación grave de derechos humanos implicado en el acto que le ha sido ordenado, esté en condiciones de no obedecer sin correr, para él o sus allegados, riesgos importantes. No podrían concebirse reglas según las cuales sólo los héroes pudieran escapar a la aplicación del derecho penal; el agente no necesariamente debe encontrarse ante el dilema de torturar o ser fusilado. Pero puede arriesgarse la idea de un balance a hacer entre la violación cometida y el riesgo a que se expone aquel que, militar o policía, se negara a cumplir.

En esas condiciones, el subordinado autor del crimen o delito puede beneficiar de una atenuación de la pena.

En la medida en que el autor de una violación grave a un derecho humano no hubiera estado sometido a un apremio irresistible, deberá en principio, ser castigado. Pero su culpabilidad será más atenuada en la medida en que las órdenes que le fueron dadas hubieren sido más imperativas y que él tuviera temor de sustraerse sin perjuicios. Se podrá tomar en cuenta la circunstancia que otros agentes se encontraban en la misma situación y no habían reaccionado, o por el contrario, que otros se habían negado a actuar. En ese momento podría haber intervenido una incitación general unida a un fanatismo ambiental, donde el peso es muy difícil de evaluar juiciosamente. El jurista preocupado por el respeto de los

26 Código Penal Militar suizo, art. 18 inc. 2, citado.

derechos humanos dudará en reconocer una cierta indulgencia a aquel que viole los derechos fundamentales en el marco de un movimiento colectivo, "como todo el mundo", sin plantearse interrogante. Pero el jurista atento a una individualización de la pena, que brinda también respeto a los derechos humanos, estará inclinado a considerar el momento en el cual se encontró el autor, transportado por una corriente general que dejaba muy poco lugar al ejercicio de un espíritu crítico, al cual el agente de los hechos no está forzosamente preparado.

Antes de concluir, es necesario mencionar para la memoria, dado que está fuera de nuestro tema, que otras circunstancias atenuantes pueden estar en juego: por ejemplo las que ciertas legislaciones acuerdan al agente de poder que, por un acto de arrepentimiento, ha denunciado los actos cometidos no hace mucho por él o por otros.²⁷

También se constata que la toma en consideración de circunstancias atenuantes comprende una apreciación delicada de la situación en la cual se encontraba el autor con respecto a su propia personalidad, definida por su origen, instrucción, formación y las influencias ejercidas sobre él. Esta apreciación será la tarea complicada del juez y en su poder residen a la vez las ventajas y los inconvenientes de una tal concepción.²⁸ Porque además será necesario que el juez o el tribunal sean independientes de influencias ejercidas por los órganos que han dado las órdenes cuya ejecución ha perpetrado graves violaciones a los derechos humanos...²⁹ Y ese

27 Por ejemplo en Chile: "Ley de arrepentimiento eficaz o delación compensada" votada en junio de 1992 en favor de los ex-miembros de organizaciones terroristas, comprendidos allí los de los organismos de seguridad (revista Hoy, Santiago de Chile, 15-20 de junio de 1992, p. 14-15).

28 Ver por ejemplo: U.A.Kohli, *Handeln auf Befehl im schweizerischen Militärstrafrecht*, Berna, 1975, p. 101 ss.

29 Por ejemplo A. Artucio, "El Salvador: Una brecha a la impunidad aunque no un triunfo de la justicia", Comisión Internacional de Juristas, Noviembre 1991, en particular p. 62.

juez o ese tribunal deberán velar para que el autor de violaciones graves de derechos humanos que les ha sido atribuido juzgar, sea condenado de manera justa en relación con otros agentes: que no sea en cierta forma la víctima propiciatoria, para servir de ejemplo o de coartada a un poder que por último asegura ampliamente la impunidad de los mayores culpables. Porque si bien la impunidad de los violadores de los derechos humanos es un ultraje a las víctimas como a esos mismos derechos, la vía de una justicia verdadera, que no excluye necesariamente misericordia, también bordea los abismos.



TEMA 5



**Medidas administrativas
diferentes de las de orden penal**

La Depuración

Etienne Bloch

Consejero honorario
en el Tribunal de Apelación
de Versailles - Francia

Antes de tratar el tema propiamente dicho de esta intervención, creo conveniente indicar hasta qué punto la palabra "épuration", en francés, es un término extremadamente bien elegido; creo que éste es igualmente el caso en lo que se refiere a las grandes lenguas latinas: *depurazione* en italiano, *depuración* en español, *depuração* en portugués; en inglés no estoy muy seguro de que los términos purificación, o purga, cubran por sí solos los diferentes conceptos de la depuración. En sentido estricto, depuración quiere decir saneamiento, purificación. Inmediatamente se piensa en la transformación del agua contaminada de un río en agua potable. La comparación entre el trabajo de decantación del agua contaminada y lo que debería suceder para sanear a una sociedad, ilustra los procedimientos que son de desear para una depuración digna de este nombre. En términos generales, la purificación del agua se opera a raíz de dos operaciones de naturaleza diferente. La primera consiste, en una sucesión de depósitos de decantación, en quitar del agua todos sus desperdicios; se trata de un procedimiento mecánico. El segundo, más refinado, tiene por base los procedimientos químicos que permiten la destrucción de los elementos nocivos.

Lo mismo sucede en materia de depuración política o social. En primer lugar, se va a apartar a todos los individuos cuya culpabilidad es evidente y cuyo papel ha sido determinante. Para esta primera operación se recurre a la justicia ordinaria; se trata de la represión penal propiamente dicha. La segunda operación, que consiste en descubrir a aquellos que han tenido una conducta reprensible y en separarlos momentánea o definitivamente de la vida política, es mucho más delicada y requiere procedimientos mucho más refinados.

Pasemos pues al objeto de esta intervención, que debe servir de introducción al debate acerca de las medidas que deben ser tomadas para imaginar y organizar sanamente una depuración, y las cuales se inscriben en un contexto particular. Trataremos de establecer un inventario de los problemas planteados por la depuración y buscar soluciones. Este inventario, sin duda alguna incompleto, podrá ser completado gracias a la contribución de cada uno de ustedes. Cada vez que trataré un problema, procuraré ilustrarlo por medio del examen crítico de un ejemplo tomado de la única depuración que conozco algo, la que tuvo lugar en Francia principalmente entre 1944-45. He renunciado a tomar ejemplos de los otros países ocupados por Alemania; las informaciones que poseo en relación con estos países son demasiado fragmentarias como para poder tenerlas en cuenta. Deseo hacer hincapié también sobre el hecho de que mis referencias a Francia no sirven más que para ilustrar mis palabras. Podría incluso hacerse abstracción de ellas.

Es esencial también tener siempre presente en la mente, cuando se evoca la clase de depuración que siguió a la guerra de 1939-45 y las formas que revistió, que éstas fueron en función de la colaboración con el enemigo y de sus exacciones. La depuración que se produce en un período de transición, antes de que sea instaurada una verdadera democracia, es algo diferente ya que, en esta última, no hay un enemigo propiamente dicho, pero excepción hecha de este elemento que falta, los problemas planteados son a pesar de todo parecidos.

I - La depuración. Necesidad - obstáculos - organización

1 - La necesidad de la depuración

La institución de una verdadera democracia no puede darse por satisfecha con mantener a quienes han servido a un régimen dictatorial o de opresión. La organización de una nueva sociedad exige no sólo ideas nuevas, sino también, y ante todo, hombres nuevos que podrán ser los opositores de ayer, pero no se trata de una exigencia. Estos hombres nuevos no deberán haber estado comprometidos con el régimen anterior. Lo que me parece cierto, y que

yo tendría tendencia a calificar de evidencia, es que es imposible construir algo nuevo con los antiguos servidores que han hecho vivir a un sistema antiguo. Me extraña, además, que esta convicción no esté generalizada universalmente. Los hombres no pueden cambiar de la noche a la mañana. Los antiguos dirigentes comunistas o los antiguos adjuntos de los dictadores de cualquier tipo no pueden cambiarse de un día para otro en demócratas perfectos. La aceptación de situaciones en las que se utiliza hoy en día a los dirigentes de ayer, no ha cesado de seguir causando daños y sólo puede retrasar la instauración de la democracia.

En la introducción ya señalé la diferencia entre la depuración penal, que yo prefiero llamar criminal - porque el calificativo criminal tiene la ventaja de ser comprendido tanto por los habituados al derecho continental como los que están acostumbrados al Common Law, y porque, en un sentido amplio, en los dos grandes sistemas jurídicos que abarcan una gran parte del planeta, comprenden estos mismos conceptos - la depuración propiamente dicha - prefiero este nombre al de medidas administrativas.

No me extenderé al hablar de la depuración criminal; observo sencillamente que recurre a principios conocidos y a la organización banal de la represión y reviste obligatoriamente, pues de no ser así traicionaría todos estos principios, la forma de una depuración judicial. Los problemas que plantea son esencialmente los de saber si, para su puesta en práctica, podemos darnos por satisfechos con echar mano al arsenal represivo que existía previamente o si hay que crear nuevas incriminaciones y recurrir a jurisdicciones de excepción. Además, lo que domina todo el tema es el hecho de pronunciarse sobre el principio de la no retroactividad de las leyes. ¿Hay que respetarlo, evitarlo pretendiendo respetarlo, o tener el valor y la honradez de reconocer que es inaplicable? Pienso que las soluciones claras y francas son siempre las mejores y mi preferencia se orienta, pues, hacia estas últimas.

Por el contrario, la depuración propiamente dicha necesita ser vuelta a inventar en cada ocasión: debido precisamente a su originalidad, debe crear cada vez los mecanismos que permitan su

puesta en práctica, pero en su camino se alzan los obstáculos que primero hay que salvar y que a continuación habrá que derribar.

2 - Los obstáculos a cualquier clase de depuración

Estos obstáculos no son numerosos. Son, ya sea anteriores a la depuración y afectan a su organización misma o bien posteriores a ella, y tienen como consecuencia la destrucción de los efectos de la depuración.

Se trata esencialmente del temor de verse privado de gente competente, de la voluntad de reconciliación nacional y del olvido.

El primero traduce una concepción algo maniquea de la sociedad. Hay personas competentes y otras que no lo son en absoluto. Ahora bien, esto es por lo menos inexacto; la competencia no es un don. Se adquiere por el trabajo y la experiencia, y, como tan justamente lo dice la voz popular, nadie es indispensable. Más vale un funcionario serio, trabajador y honrado en un nuevo régimen, que un funcionario corrompido, que haya servido sin escrúpulos a un régimen hoy día deshonorado, incluso si es excepcionalmente competente. Esto parece algo evidente, pero los gobiernos no siempre están convencidos de ello. Esta veneración de la competencia conduce a los peores excesos. El ejemplo más ilustre, tomado de la última guerra, es el de Barbie, a quien los servicios de información del ejército norteamericano de ocupación no dudaron, ni un solo instante, en emplear como espía, encargado de la lucha anticomunista, con pleno conocimiento de causa del pasado de este nazi. Este ejemplo es relativamente conocido gracias al informe sumamente documentado, si bien incompleto, del Director de la Oficina de Investigaciones Especiales del Ministerio de Justicia de los EE.UU. de agosto de 1983, que, a mi juicio, no ha sido utilizado suficientemente en el proceso de Barbie. El caso de Barbie dista mucho de ser único. Todos los ejércitos de ocupación en Alemania emplearon antiguos nazis en sus servicios de información, bajo pretexto de utilizar sus competencias particulares.

El olvido. Se sitúa en dos momentos: mucho antes de cualquier depuración y, en ese preciso momento, es el elemento determinante que obstaculiza cualquier deseo de saneamiento de la sociedad; el

régimen ha cambiado pero hace profesión de olvidar todos los horrores anteriores. Se pretende construir algo nuevo utilizando el mismo personal que se empleaba anteriormente. La impunidad reviste entonces un carácter absoluto. Este es el caso de la mayor parte de los países de América Latina, que han entrado en un período de pretendida transición. Los nuevos regímenes, al adoptar esta actitud, muestran en realidad su fragilidad o, más a menudo de lo que se piensa, incrementan el peligro y el riesgo de un golpe de Estado. Por su actitud indecisa, debilitan al régimen que creen reforzar.

El olvido puede producirse también después de cierta depuración. En este caso reviste la forma de gracia, amnistía o liberación anticipada. La amnistía, que es la medida más frecuente y se considera equivocadamente como más democrática que la gracia porque interviene después del voto del Parlamento, tiene, cuando se produce poco tiempo después de la sanción, el carácter de una verdadera negación. Este es el caso de la ley de amnistía del 16 de agosto de 1947 en Francia, promulgada tres años después de la liberación de París y cuyo efecto fue la puesta en libertad de 13.000 prisioneros por hechos de colaboración y, entre otros, la supresión del carácter infamante de la indignidad nacional. La sucesión de amnistías en Francia (1947, 1951 y 1953) no hizo más que provocar el desánimo de quienes habían luchado por la depuración. No hizo más que suscitar el deseo de revancha de quienes, primero castigados y luego lavados de toda culpa, no hicieron más que aspirar a reconquistar sus funciones o los empleos de que habían estado privados durante algunos años.

Quisiera que se me comprendiese bien; no me opongo a la amnistía por principio, pero creo que se necesita tiempo para el olvido y el perdón; me opongo a que el perdón sea concedido al día siguiente de los hechos perseguidos. En materia de privación de derechos, la restitución de los mismos no debería producirse sino bastante tiempo después de la sanción, pues de lo contrario se hace que esta sanción sea inútil. Más vale no sancionar, que sancionar y borrar la sanción antes de que haya tenido efectos.

Los buenos sentimientos no tienen nada que ver con la política.

Después de un período agitado, bajo un régimen de tipo dictatorial en el que ha habido numerosas víctimas, es un engaño imaginar que después del cambio, la instalación de un régimen de transición o la institucionalización de un sistema verdaderamente democrático, hará que las víctimas supervivientes besen y abracen a sus verdugos o que estos últimos tiendan la mano a sus víctimas de ayer. La voluntad de reconciliación nacional es un sentimiento noble que, muy a menudo, oculta aspectos menos nobles y constituye un obstáculo a todo tipo de reforma. El general de Gaulle, bajo pretexto de reconciliación nacional, contribuyó a la creación de una Francia dividida en dos, en la que cada una de las dos mitades se erigió contra la otra y que hoy día conduce a un desmenuzamiento de los partidos, haciendo que el país sea casi ingobernable e impidiendo toda reforma de fondo.

3 - Organización de la depuración

La organización de cualquier clase de depuración debe ser precedida por la determinación de los hechos y la conducta reprensible que justifique la depuración. Este problema debe ser confrontado sin vacilaciones. Se trata de una decisión política cuya importancia es considerable para la eficacia de la depuración y que sólo puede ser tomada por los hombres políticos. Sólo después que los criterios hayan sido escogidos claramente, podrá pedirse a los juristas que los traduzcan al lenguaje jurídico y, de ser necesario, que los acondicionen o incluso que los enmienden. No hay que invertir los papeles. Estos criterios, en la medida de lo posible, deben ser precisos. Contrariamente a la opinión común, una incriminación amplia y relativamente indeterminada no encierra en las redes de la represión a un mayor número de individuos. Molesta a los jueces, profesionales o no, quienes tienen a menudo tendencia en estos casos a buscar criterios más limitativos, lo que no forma parte de su cometido.

¿Es posible buscar un criterio único para todos los que son justiciables de la depuración o es preferible aplicar a cada categoría de personas un criterio diferente? Yo me inclino hacia el criterio único. No es lo que ha ocurrido en el caso de Francia. Sin duda es un error hablar de elección; si los primeros criterios decididos en Argelia y

aplicados con algunas modificaciones para la depuración administrativa, fueron modificados ulteriormente para aplicarlos sin selección previa, ello se debió a que el legislador estimó que el criterio único era insuficiente para permitir que fuese perseguido un ciudadano no funcionario.

He aquí lo que, después del Armisticio, justificaba para los funcionarios, los elegidos y los agentes públicos, considerados en un sentido extremadamente amplio puesto que se englobaba en ellos, entre otros, a los funcionarios ministeriales y a los miembros de los consejos de los colegios de médicos y de abogados, las sanciones en los territorios liberados antes de la Liberación de la metrópolis.

Ordenanza del 6 de diciembre de 1943, artículo 3:

"haber por sus actos, sus escritos o su actitud personal,

- *favorecido las acciones del enemigo,*
- *perjudicado la acción de los Aliados y de los franceses resistentes"* (la reunión bajo una misma incriminación de un comportamiento perjudicial para la acción de los Aliados y de la resistencia - cabe preguntarse verdaderamente qué sentido debe ser dado a esta expresión -muestra, creo yo, el desconocimiento de las autoridades de Argel sobre lo que era la resistencia en Francia. La formulación ulterior de la Ordenanza del 27 de junio de 1944 sobre la depuración administrativa es más afortunada: "contrariado el esfuerzo de guerra de Francia y de sus aliados" (pero sigue siendo muy poco precisa),
- *haber atentado contra las instituciones constitucionales o las libertades públicas fundamentales,*
- *haber obtenido a sabiendas o intentado obtener un beneficio material directo de la aplicación de los reglamentos de la autoridad de hecho contrarios a las leyes en vigor el 16 de junio de 1940,*
- *haber llevado a cabo actos de denuncia que hayan dado lugar a persecuciones contra los franceses resistentes.*

Así pues son tenidas en cuenta primeramente cinco categorías de comportamiento; en la ordenanza sobre la depuración administrativa son reducidas a cuatro; las denuncias se convierten sólo en uno de los procedimientos utilizados para contrariar el esfuerzo de guerra. A mi juicio, se reduce excesivamente el campo de acción de las denuncias.

El deseo de no dejar a nadie fuera del campo de la depuración se tradujo, al día siguiente de la Liberación de París el 26 de agosto, por una de las últimas ordenanzas importantes fechadas en Argel, por la que se instituye la indignidad nacional. Los dos primeros párrafos de la exposición de motivos de este texto permiten, mejor que cualquier clase de comentario, darse exactamente cuenta de las intenciones del legislador del Gobierno provisional. He aquí el texto: La ordenanza del 26 de junio de 1944, relativa a la represión de los hechos de colaboración y la ordenanza del 27 de junio de 1944 relativa a la depuración administrativa en el territorio de Francia metropolitana no permiten resolver todos los problemas planteados por la necesidad de una purificación (la palabra es casi religiosa) de la patria, al día siguiente de su liberación. Los actos criminales de los colaboradores del enemigo no han tenido siempre el aspecto de hechos individuales caracterizados, susceptibles de recibir una calificación penal precisa, según los términos de una regla jurídica sometida a una interpretación de derecho estricto; con frecuencia, han constituido una actividad antinacional, reprensible por sí misma. Por otro lado, las sanciones disciplinarias que alejan a los funcionarios indignos de la administración dejan fuera de su campo de aplicación a las otras categorías sociales. Ahora bien, es tan necesario prohibir a algunos individuos diversas funciones electivas, económicas o profesionales, que dan a sus titulares una influencia política, como eliminar a otros de los cuadros administrativos.

El concepto de indignidad nacional nació de esta doble preocupación y responde a la idea siguiente: cualquier francés que, incluso sin haber infringido una regla penal existente, se ha hecho culpable de una actividad antinacional caracterizada, se ha descalificado; es un ciudadano indigno cuyos derechos deben ser reducidos en la proporción en que ha ignorado sus deberes. Tal discriminación jurídica entre ciudadanos puede parecer grave, ya que la democracia repele cualquier clase de medida discriminatoria. Pero el principio de igualdad ante la ley no se opone a que la nación haga la repartición de los buenos y los malos ciudadanos a fin de alejar de los puestos de mando y de influencia, a aquellos franceses que han ignorado el ideal y el interés de Francia, en el transcurso de la más dolorosa prueba de su historia.

Más adelante volveremos a referirnos a la indignidad nacional, pero desde ahora indicaremos que lo que la exposición de motivos califica de actividad antinacional caracterizada, se convierte en la incriminación general del artículo 1 de la ordenanza en: "haber, con posterioridad al 16 de junio de 1940, ya sea prestado voluntariamente, en Francia o en el extranjero, una ayuda directa o indirecta a Alemania o a sus aliados, ya sea atentado voluntariamente a la unidad de la nación, o a la libertad y a la igualdad de los franceses".

Esta referencia constante a junio de 1940 sólo puede ser comprendida si se tiene siempre en mente que el gaullismo deseó considerar a Vichy como un paréntesis y se basó constantemente en la ficción de la inexistencia jurídica de Vichy. Los diferentes criterios propuestos ignoran también un hecho de evidencia, en el que, a mi juicio, no se ha hecho hincapié de manera suficiente, a saber que, sea el que fuere el régimen bajo el cual vive un país, ya sea o no contrario a los derechos humanos, ya sea o no opresivo, todas las mujeres y todos los hombres que se encuentran en el país deben seguir viviendo. Tanto los partidarios como los apáticos, o incluso los oponentes, deben obedecer a las leyes en vigor si quieren sobrevivir. Al extremo, un funcionario debe seguir administrando, un educador enseñando, un magistrado juzgando, para no citar más que algunos ejemplos. La otra solución es la dimisión y la resistencia. Pero no puede exigirse que cada uno tenga un comportamiento heroico.

El ejemplo francés muestra que el establecimiento de criterios de depuración debe ser la obra de los que han vivido en el país y han conocido los problemas en su propia carne, y no de quienes eligieron la solución de expatriarse.

II - Los diferentes aspectos de la depuración

1 - El internamiento administrativo

¿Es necesario el internamiento administrativo de los individuos considerados peligrosos, a los que no se les puede reprochar una infracción al derecho común que justifique la detención preventiva? Mi

impresión es que nada es tan opuesto a la idea de justicia como el internamiento administrativo; pero no ignoro que esta práctica estaba bastante generalizada. Por ello no es sorprendente que el Gobierno provisional de la República francesa, por ordenanza del 4 de octubre de 1944, previese esta medida y la reglamentase. Ciertamente, el texto preveía una comisión de verificación que, naturalmente, intervenía después de haber sido ejecutada la medida. Esta tenía un carácter muy general: disponía que los “individuos peligrosos para la defensa nacional o la seguridad pública” podían, por decisión del prefecto de policía del Departamento del Sena o de los prefectos en los demás Departamentos, ser alejados de los lugares en que residen o asignados a residencia, o ser objeto de un internamiento administrativo, y ello hasta la fecha del cese de las hostilidades.

2 - La depuración de la fuerza armada, la policía y la magistratura

Al reunir a estos tres cuerpos en un mismo desarrollo, no intento pretender que debería ser aplicado el mismo tratamiento a cada uno de ellos; quiero sencillamente subrayar que, por ser el brazo más temible de que dispone el Estado para realizar la depuración, es indispensable que la depuración empiece por estos tres cuerpos.

En Francia, la fuerza armada fue objeto de depuración administrativa. Se constituyó una comisión de depuración, al igual que para los funcionarios civiles, pero antes de que empezase a funcionar, el gobierno anuló todos los nombramientos y ascensos concedidos por el gobierno de Vichy. La Comisión de depuración precedió a las sanciones y a la reintegración. Según algunas estimaciones, hubo aproximadamente 5.000 oficiales destituidos.

Para los policías se articula una cifra aproximadamente igual.

En cuanto a la magistratura, casi el 20% del cuerpo judicial pasó ante la comisión central de depuración de la magistratura, creada dos semanas después de la liberación de París. En enero de 1945, habían sido suspendidos de sus funciones 266 jueces. La mayor parte de ellos fueron reintegrados en los años que siguieron. En mayo de 1945 fue restablecida la inamovilidad, suspendida durante cierto tiempo.

3 - Causas de ineptitud para ser elegido

En tanto la democracia esté basada en la elección - no tengo la certeza de que este principio sea eterno, ya que la evolución de las condiciones de las elecciones y la necesidad, cuando se es candidato, de disponer cada vez de más dinero, para tener una posibilidad de éxito, preocupa cada vez más a los que creen en la necesidad de garantizar la igualdad de posibilidades y ellos mismos se interrogan acerca de la verdadera libertad de elección dejada al elector - esto no es más que un paréntesis, que merecería un desarrollo más amplio. Así pues, en tanto la elección siga siendo la base de la democracia, y en tanto aquellos a quienes se llama los representantes del pueblo, lo que evita interrogarse acerca del valor de esta pretendida representatividad, sean elegidos, la organización de la depuración supondrá un aspecto de la no aptitud para ser elegido. Se comprendería mal, efectivamente que, en el nuevo régimen los que han ejercido funciones importantes en el antiguo régimen, o han formado parte de las asambleas consultivas o que se vinieron abajo en el citado régimen, puedan ser los representantes del pueblo en el nuevo régimen. No es una prueba de inocencia por mi parte el afirmar que se comprende mal una situación de esta clase. El hecho de que muchos ejemplos contemporáneos sean opuestos a esta afirmación no quiere decir que haya que aprobarlos.

En la Ordenanza del 21 de abril de 1944 sobre la organización de los poderes públicos en Francia después de la Liberación, el legislador se preocupaba de eliminar de la vida pública y de hacer inaptos para ser elegidos en las asambleas locales a un cierto número de personas que habían servido bajo el régimen de Vichy. Se preveían cuatro categorías: en primer lugar figuraban los miembros de los gobiernos de Vichy, a continuación los colaboradores definidos de acuerdo con los mismos criterios que han sido indicados anteriormente, en la ordenanza del 6 de diciembre de 1943, y a continuación los que habían ocupado una función de autoridad bajo el régimen de Vichy; el haber desempeñado un cargo de consejero nacional, consejero departamental nombrado o de consejero municipal de París. Finalmente todos los miembros del parlamento, diputados o senadores, que, el 10 de julio de 1940, habían votado la delegación del poder constituyente al Mariscal Petain. Siempre según la misma

ficción de la inexistencia jurídica de Vichy, estos parlamentarios, al votar esta delegación de poderes, se suponía que habían abdicado de su mandato y, en el caso extremo, habían renunciado al mismo. Por el contrario, los 80 que habían rechazado esta delegación eran considerados casi como héroes, sobre todo a juicio de ellos; hubieran querido lograr ventajas extraordinarias de esta actitud, que, en sí misma, no tenía nada de especialmente valiente y no los exponía a ningún riesgo particular. Afortunadamente, el gobierno no les siguió por este camino de esperanza. Desde esta primera ordenanza, se previó que los parlamentarios que habían abdicado de su mandato, así como las otras categorías a que se refería la ordenanza, podían ser eximidos de esta ineptitud para ser elegidos, por el Prefecto luego de una encuesta si se hubieren rehabilitado por su participación directa y activa en la resistencia, comprobada por el comité departamental de liberación. La ordenanza del 6 de abril de 1945 modificó algunas disposiciones de la ordenanza del 21 de abril de 1944; en particular, dio una nueva enumeración de los que serían declarados ineptos para ser elegidos, estableciendo seis categorías de personas; pero, sobre todo, substituyó al Prefecto por un jurado de honor, compuesto por el vicepresidente del Consejo de Estado, el canciller de la orden de la liberación y el presidente del consejo nacional de la resistencia. Este jurado de honor fue particularmente indulgente, puesto que aproximadamente la tercera parte de las causas que se le sometieron fueron objeto de decisiones favorables. La ley de amnistía de 1953 suprimió todas las ineptitudes y se asistió con frecuencia al retorno a la vida pública de algunos notables de Vichy.

4 - La depuración administrativa

En las diversas administraciones, tal vez más que en cualquier otro campo de acción, hay que evitar a toda costa que la Depuración castigue a los empleados subalternos y a los pequeños funcionarios. Para ello, es necesario tener en cuenta los principios y no razonar en términos de unidad de sanción para el conjunto de los funcionarios.

En primer lugar pueden ser previstas sanciones automáticas. El sistema consistirá entonces en determinar, sin duda por la ley, que el ejercicio de una función de autoridad de cierto grado debe llevar

consigo automáticamente la privación de estas funciones y la puesta a disposición del alto funcionario, sin posibilidad de ser relevado de esta privación de una función determinada. En lo que se refiere a la destitución, con las clásicas distinciones en cuanto a tener derecho o no a la jubilación, habría que recurrir a un procedimiento distinto, parecido al procedimiento judicial que comprenda el respeto del contradictorio y la exigencia de una defensa.

En sí, no veo lo que haya de chocante, al tiempo de producirse un cambio de régimen, en el hecho de alejar a un funcionario de un lugar de poder. Por qué cubrirse el rostro, cuando todos saben que el ascenso de un funcionario, cuando no depende exclusivamente de la antigüedad, no está basado únicamente en las cualidades propias de dicho funcionario y en sus merecimientos, sino también en su flexibilidad y en su diligencia al servicio del poder instalado. Es algo totalmente natural que las más altas funciones sean atribuidas a quienes están en los mejores términos con el poder instalado. Es lógico también que, cuando el poder cambia, estos altos funcionarios sean alejados de sus cargos. Permítaseme tener la debilidad de ilustrar mi argumentación con mi pequeña aventura personal. Bajo la derecha, yo era un oponente; bajo la izquierda seguí siendo más o menos un contestatario. A mi juicio, ésta es la explicación de mi carrera bastante modesta. Ciertamente, que a veces he sentido que no eran reconocidos mis méritos, pero casi no me ha sorprendido y no he experimentado rencor especial. He hecho mi elección, expresarme libremente, criticar sin prudencia, obrar relativamente con total independencia. Nunca esperé que esto agradase.

Otro sistema hacia el que va mi preferencia, porque me parece más conforme a mi preocupación de equidad y de justicia, es el consistente en limitar la depuración a aquellos que, al ser mantenidos en sus cargos, podrían obstaculizar la puesta en práctica de las reformas y la instauración de un verdadero régimen democrático. La condición previa será la de determinar estos lugares de poder. Un ejemplo tomado de la vida sindical del Sindicato de la Magistratura, ilustrará lo que considero como lugar de poder. Convencidos de la proximidad de la llegada de la izquierda al poder, en realidad teníamos tres años de adelanto, nos dedicamos un día a una

especie de juego de roles. Decidimos llevar a cabo la depuración de la magistratura, ya sea desempeñando el papel del nuevo gobierno o situándonos al nivel del Ministro de Justicia. Nuestra primera medida fue la eliminación de todos los procuradores generales de los tribunales de apelación. No consideramos útil cambiar al procurador general del Tribunal de Casación, ya que, según nuestro análisis, aun cuando está jerárquicamente a un nivel más elevado que los otros procuradores generales y ocupa una de las más altas funciones de la magistratura a la que, sin duda, aspira la mayor parte de los procuradores de los tribunales de apelación, no tiene ningún poder real en el funcionamiento de la justicia. Tampoco estimamos necesario cambiar a los primeros presidentes de los tribunales de apelación, ya que, una vez más según nuestro análisis, excepción hecha de sus funciones administrativas y disciplinarias y de su calidad, en teoría, de jefes de todas las jurisdicciones que de ellos dependen, no tienen ningún poder real. Por el contrario, cada procurador general es, en su sector, la correa de transmisión del gobierno y orienta la política penal, controla a los procuradores de la república, supervisa a la policía. Es el verdadero detentor del poder judicial; es preferible tenerlo como asociado a la política del gobierno que como adversario, si se quiere lograr éxito en las reformas propuestas por el gobierno. No necesita ser autónomo como en el sistema italiano, como lo creen algunos, para ser poderoso. Lo que es cierto para el sistema judicial, que conozco un poco, volvemos a hallarlo, estoy convencido de ello, en otras administraciones; tras las apariencias hay que buscar las realidades.

Así pues, creo que, antes de cualquier depuración de la administración, hay que localizar los verdaderos lugares de poder; por tanto, me parece que en las instancias que tengan la intención de preparar una depuración, sería sensato recurrir a la ayuda de sociólogos. Para mí, la depuración no es la represión. Ante todo tiene por objeto suprimir los obstáculos que se oponen a la puesta en práctica de una nueva política. Nos hallamos muy lejos de la organización de la depuración administrativa en Francia, a raíz de la Liberación.

El texto básico sobre la depuración en la administración francesa

es la ordenanza del 27 de junio de 1944, que, para comportamientos a los que ya hemos hecho alusión, prevé cierto número de sanciones que van desde la revocación hasta la prohibición de llevar condecoraciones, pero no prevé los mecanismos de la depuración, dejando esta tarea a los diferentes ministros. Ahora bien, confiere a los comisarios de la república, quienes reemplazan a los prefectos, el poder excepcional de suspender a cualquier funcionario que, según ellos, ha observado una conducta que entra dentro de las incriminaciones previstas por la ordenanza. El estudio de la depuración administrativa en Francia exigiría un examen completo de todos los decretos y órdenes por los que han sido instaladas las diferentes comisiones de depuración compuestas por representantes de la resistencia, por altos funcionarios y presididas a menudo por un magistrado. El poder de decisión correspondía al ministro interesado, pero parece que, a pesar de las denegaciones de algunos ministros, con mucha frecuencia los ministros siguieron las recomendaciones de las comisiones de depuración que, teóricamente, sólo desempeñaban un papel de instrucción. Parece ser cierto que algunos ministros, movidos por un espíritu de caridad cristiana más bien que por un verdadero sentimiento de justicia, hayan tenido tendencia a reducir las sanciones propuestas o a no pronunciarlas. Con frecuencia, creo, han dado pruebas de una generosidad de mala calidad. Han circulado las cifras más caprichosas acerca del trabajo de las comisiones de depuración de la administración. Las cifras oficiales han sido facilitadas por el gobierno, en respuesta a dos preguntas formuladas por escrito. Son muy difíciles de interpretar ya que adoptan una clasificación distinta de la empleada en la ordenanza. El número total de sanciones, para el conjunto de los servicios públicos del Estado, de los establecimientos públicos nacionales y empresas nacionalizadas, parece haber sido de 16.113, de las que algo más de 4.000 fueron revocaciones sin pensión.

III - Privación de derechos cívicos y políticos e incluso de algunos derechos civiles

Esta privación de derechos, que puede afectar a cualquier ciudadano, ha tomado en Francia el nombre de indignidad nacional,

de la que ya hemos recordado la justificación citando la exposición de motivos de la Ordenanza del 26 de agosto de 1944. Medidas análogas o parecidas a las de indignidad nacional fueron adoptadas en los otros cuatro países de Europa occidental ocupados por los alemanes. La idea básica del concepto de indignidad siempre es la misma: se trata sencillamente de un hombre que ha cometido cierto número de actos reprensibles, que no constituyen obligatoriamente infracciones de derecho común, o que, debido a la actividad del interesado, no están comprendidos en los textos especiales sobre la depuración, se ha desacreditado y se ha convertido en un ciudadano indigno. En consecuencia, debe ser privado de un cierto número de derechos, o por lo menos del ejercicio de éstos.

Es una idea parecida a la que priva a algunos condenados, de derechos cívicos y políticos, o de derechos civiles, o incluso que hacen de ellos incapacitados legales. Personalmente, considero que el hecho de mantener en nuestros códigos estas sanciones (para las infracciones de derecho común, se entiende) constituye un verdadero arcaísmo y están en contradicción con la voluntad declarada de recuperar al condenado. Hacer de los condenados a su liberación - no hablo de los obstáculos creados por la interdicción de los condenados por crimen, durante su detención - una especie de subciudadanos, equivale a impedirles realizar una verdadera reinserción social.

Si yo siguiese al pie de la letra el programa que me ha sido asignado, ni tan siquiera mencionaría la indignidad nacional, que considero como una verdadera monstruosidad en Francia, donde la indignidad nacional se ha convertido en un crimen castigable con la pena criminal de la degradación nacional. Hallamos en ello una excelente ilustración de la incapacidad de algunos juristas, incluso al tiempo de la creación de un nuevo concepto, para escapar a las antiguas categorías con las que están familiarizados. Hasta en la apelación “degradación nacional”, hallamos la evocación de una pena ya existente en el derecho penal francés al tiempo de la Liberación, “la degradación cívica”. Esta pena política, creada en 1832, es una pena infamante que puede ser pronunciada en calidad de pena principal o accesoria. Los efectos de la degradación cívica son

considerables, puesto que, además de la privación de los derechos de voto, de elección y de elegibilidad, de la incapacidad de ser jurado, de la privación del derecho de llevar armas, de la incapacidad de ser tutor, protutor o curador, lleva consigo la destitución y la exclusión de todas las funciones públicas y del derecho a servir en los ejércitos franceses (ver la enumeración en el artículo 34 del Código penal), pareció ser insuficiente para el legislador de 1944 y fueron agregadas a ellas nuevas inhibiciones en la degradación nacional (ver lista del artículo de la ordenanza del 26 de diciembre de 1944). La degradación nacional no es, en resumidas cuentas, más que una degradación cívica agravada.

Como la indignidad nacional era un crimen castigado como cualquier otro crimen con una pena a la que se había dado el nombre de degradación nacional, se hubiera podido como solución extrema, otorgar competencia al Tribunal Penal, pero la pesadez del procedimiento criminal convenía difícilmente para este tipo de infracción. Así pues, fue creada una jurisdicción especial competente únicamente para juzgar a los acusados de indignidad nacional, las Cámaras Cívicas, compuestas por un presidente, magistrado designado por el Primer presidente del tribunal de apelación, y cuatro jurados.

No creo que el ejemplo francés de la indignidad nacional, de la degradación nacional y de la cámara cívica sea un ejemplo que deba ser seguido. La depuración no puede crear penas nuevas que en realidad, no son más que medidas administrativas aún cuando lleven el nombre de penas.

Conclusión

Incluso en lo que se refiere a Francia, he dejado de mencionar cierto número de sectores en los que fue ejercida la depuración, por ejemplo la prensa y los escritores. No se debe a que yo no conceda ninguna importancia a los medios de información; al contrario soy de los que piensan que la potencia incontrolada de los medios de información de masas y su autocelebración es uno de los más graves peligros que amenazan a nuestras sociedades. En este campo, la reflexión es totalmente insuficiente. En lo que se refiere a Francia al

tiempo de la Liberación, la reorganización de la prensa, deseada por la Resistencia e iniciada en los primeros años, estaba estrechamente entrelazada con la depuración. El estudio de las circunstancias de la depuración en la prensa exigiría un conocimiento a fondo de la prensa de antes de la guerra, de la que hizo estragos en la zona ocupada, de la que sobrevivió hasta su desaparición en la zona libre. En el marco de un tema tan general como el tratado aquí, sólo es posible hacer una alusión a ella. En cuanto a la depuración en la literatura, este tema ha dado ya tanto que hablar y han sido tan numerosas las tentativas de rehabilitación, hasta la celebración reciente, en nombre sin duda del valor del conocimiento, del diario de Drieu la Rochelle, uno de los colaboradores más patentados, que no deseo agregar nada hoy. Recordemos sencillamente para la historia, que uno de los publicistas, pretendido historiador, más conocido hoy día del público en general, mucho más que los grandes historiadores de nuestro tiempo, André Castelot, fue sancionado con prohibición de ser publicado durante más de un año por sus pares de la Comisión de depuración de los escritores.

Al llegar al final de esta exposición, quisiera señalar un obstáculo con el que puede tropezar el éxito de una depuración y con respecto al cual el ejemplo francés muestra que hay que tener cuidado. La ambición de los planificadores de la depuración no debe ser demasiado grande. No cabe esperar desembarazarse de todos aquellos cuya conducta, durante el período anterior, no fue irreprochable. Hay que aceptar que una sociedad no sea igual al agua clara y límpida. Sencillamente hay que golpear rápidamente y fuerte y como espera todo enamorado de la justicia, desear que se alcance a los verdaderos responsables y a éstos, excluirlos de la vida pública.



Exilio y asilo político

Ernest Ametistov

LLD. Juez

del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa

I - Exilio **(La experiencia rusa)**

Antes de analizar el exilio como un medio contra los perpetradores de violaciones de los derechos humanos, es necesario tener en cuenta el hecho de que el exilio fue utilizado muy ampliamente por estos mismos perpetradores de violaciones, como una medida represiva contra las poblaciones de Rusia durante todos los años de dominación comunista.

El exilio, como una *pena administrativa* fue utilizado por el Partido Comunista y por la Policía secreta ("Che Ka", "OGPU", "MGB", "KGB"), para deportar a los glaciares de Siberia y a los arenales de Asia Central a millones de personas pertenecientes a la llamada "clase enemiga", en los años veinte; a los campesinos acaudalados ("kulaks") en los treinta; al conjunto de poblaciones tales como los alemanes de las orillas del Volga, los tártaros de Crimea, Chechenos, Calmucos, Griegos y otras muchas poblaciones del Cáucaso y de otras regiones de la antigua Unión Soviética. Para muchos de ellos, este "exilio" significó la exterminación y la degradación y puede ser calificado como un crimen de genocidio.

De vez en cuando, el régimen comunista aplicó el exilio administrativo para *deportar al extranjero* a los opositores intelectuales y políticos. Por ejemplo, en 1922 por una orden de

Lenín, aproximadamente doscientas personas que formaban parte de la élite intelectual rusa (eruditos, escritores, filósofos) fueron deportados desde Rusia a Occidente. A fines de los años veinte, León Trotsky -principal rival de Stalin- fue obligado a marcharse de la Unión Soviética, para ser asesinado en México doce años más tarde, por un agente comunista. En los años setenta y principios de los ochenta esta medida fue aplicada a algunos disidentes tales como Solzhenitsyn, Litvinov, Orlov y otros. Esto fue realizado en virtud de decisiones especiales del Politburó, que han sido descubiertas ahora durante el proceso sobre la constitucionalidad del Partido Comunista, en el Tribunal Constitucional de Rusia, en 1992.

A finales de los años cincuenta, el exilio administrativo fue abolido oficialmente como medida especial de castigo por el Derecho Penal Fundamental y empezó a aplicarse como *castigo penal principal o complementario*, en algunos artículos del Código Penal soviético, inclusive en el famoso artículo 70 (“propaganda y agitación antisoviética”), que se aplicó ampliamente a muchos disidentes de los años 60-80. Aún antes de estos cambios, el exilio administrativo fue aplicado al académico Andrei Sakharov, quien fue deportado a la ciudad de Gorki sin proceso alguno, tan sólo en virtud de una orden del Politburó. Ulteriormente, esta decisión del Partido fue aprobada por Decreto secreto del Presidium del Soviet Supremo de la URSS. Esto fue un grave incumplimiento de la ley ya que, de acuerdo con la Constitución, el Presidium no tiene derecho a cambiar la ley.

El Código Administrativo de la Federación Rusa, actualmente en vigor, no hace mención alguna del exilio. De acuerdo con el Código Penal vigente, el exilio se aplica como pena principal para dos delitos y como pena complementaria para algunas decenas de otros delitos. Entre éstos no figuran actualmente los cometidos usualmente por los perpetradores de violaciones de los derechos humanos (asesinatos, torturas, secuestros, crímenes contra la justicia, etc.). Este Código está viviendo sus últimos días. En el futuro próximo, será adoptado un nuevo Código Penal en Rusia (el proyecto está siendo discutido actualmente en el Parlamento), el cual rechaza totalmente el exilio como pena de cualquier clase de delito.

El exilio como medio de deportación al extranjero también está ausente ahora de la legislación y de la práctica rusas. De acuerdo con el artículo 36 de la Constitución rusa: “los ciudadanos de la Federación Rusa no podrán ser desposeídos de su nacionalidad, ni deportados fuera de sus límites territoriales”.

Así pues, los legisladores rusos y la opinión pública consideran el exilio como una reliquia de un totalitarismo pasado y tienden a borrarlo por completo.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente mencionado, se puede llegar a la conclusión de que *la legislación rusa contemporánea y la práctica no permiten por razones morales y legales, aplicar el exilio como pena para un delito, ni aún tratándose de la perpetración de violaciones de los derechos humanos.*

II - Asilo político

En el contexto de este tema, la cuestión objeto de discusión debería plantearse de la forma siguiente: ¿Es posible conceder el asilo político a los que han perpetrado graves violaciones de los derechos humanos?

La respuesta a esta pregunta podemos hallarla en primer lugar en el Derecho Internacional:

Las normas internacionales básicas en este campo son:

1. El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, que dispone “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.
2. La Declaración sobre Asilo Territorial adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967. En el preámbulo se expresa “Reconociendo que el otorgamiento por

un Estado de asilo a personas que tengan derecho a invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos es un acto pacífico humanitario”

En el artículo 1, inciso 2 se dispone: “no podrá invocar el derecho de buscar asilo, o de disfrutar de éste, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos”.

Todo ésto significa concretamente que el derecho de asilo político no puede ser concedido:

a) a las personas que cometan genocidio, se asocien para cometerlo, instiguen directa y públicamente a cometer genocidio, realicen tentativa de genocidio, o sean cómplices de genocidio (artículo III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948). Y ello porque el artículo VII de la citada Convención dispone que a los efectos de la extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serán considerados como delitos políticos y que las Partes contratantes se comprometen, en tal caso, a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes.

b) a las personas que cometan crimen de *apartheid*. Esto es la realización de actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente por medio de los actos enumerados en el artículo II de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, del 30 de noviembre de 1973. De acuerdo con el artículo XI de la misma Convención, tales actos no se reputarán delitos políticos para los efectos de la extradición y los Estados Partes en la Convención se comprometen en tal caso a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes.

c) a las personas que cometan crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, en la forma que son definidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Nuremberg) y en otras resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas. De acuerdo con el artículo III de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad del 26 de noviembre de 1968, los Estados Partes en la Convención se obligan a adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II.

Asimismo, según los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad, del 3 de diciembre de 1973, los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas (inciso 5).

Naturalmente, hoy día es necesario agregar a las personas antes mencionadas, algunas otras categorías de perpetradores de violaciones, como por ejemplo, las personas culpables de actos de terrorismo, secuestros, desviación de aviones o naves, etc. En ningún caso el derecho de asilo podrá servir para proteger a los que cometan violaciones de derechos humanos.

Unas palabras acerca de este problema en Rusia. El derecho de asilo político no está citado directamente en la Constitución de la Federación Rusa vigente. Sin embargo, la Constitución contiene algunas referencias indirectas a este derecho. Así por ejemplo, el artículo 37 estipula que: "una persona no puede ser privada de ... la concesión de asilo político dentro del territorio de la Federación Rusa sin el consentimiento del Soviet Supremo de la Federación Rusa".

El artículo 121 (5) (inciso 13) da al Presidente de la Federación Rusa el derecho de conceder asilo político "de conformidad con la ley". Pero esta ley no existe hasta esta fecha. El proyecto de nueva Constitución de Rusia declara en su artículo 19 (2) que: "la Federación Rusa concede el derecho de asilo a los ciudadanos extranjeros y a las personas sin nacionalidad de acuerdo con los

principios del Derecho Internacional universalmente reconocidos y la ley federal adoptada sobre esta misma base”.

Si, y en caso de que este proyecto llegara a ser adoptado (ahora es uno de los puntos principales de las actuales batallas políticas en Rusia), el enfoque legislativo de la concesión del asilo político corresponderá a la lógica siguiente:

1. aplicar los principios universalmente reconocidos del Derecho Internacional, el principio del respeto y cumplimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales; el principio *pacta sunt servanda*;
2. según estos principios, el Estado se obliga a promover los derechos humanos y a tomar medidas contra las personas que cometan violaciones de los mismos; el Estado debe observar también las obligaciones y decisiones internacionales que a ellos se refieran;
3. esto significa la necesidad de incorporar a la legislación rusa todas estas obligaciones internacionales relativas al asilo, que son mencionadas al comienzo de este documento. Especialmente, teniendo en cuenta que ambas Constituciones -la actual y la futura- reconocen la supremacía del Derecho Internacional sobre la legislación interna.

De momento disponemos sólo de un proyecto de la futura ley “sobre concesión del asilo político”, que establece que: “la Federación Rusa puede conceder asilo político en el territorio a las personas extranjeras y a los apátridas para protegerlos de la persecución en otros Estados por sus actividades políticas, religiosas, científicas y otras de tipo creativo”. El proyecto prevé que el asilo político no puede ser concedido si las personas son perseguidas por haber cometido crímenes de “naturaleza no política” o por acciones “que contradigan los principios comunes al género humano”.

Sin duda alguna, estas palabras distan mucho de la perfección y necesitan ponerse de acuerdo con los criterios exactos del Derecho Internacional.

En la práctica, el antiguo régimen Comunista concedía asilo político- tanto de *jure* como de *facto*— a muchos de sus adeptos de otros países. Entre ellos figuran algunos destacados perpetradores de violaciones de los derechos humanos, como el dirigente comunista húngaro Rakoszi, el antiguo jefe de la policía secreta de la República Democrática Alemana, Wolf, el último “*Führer*” de ese mismo país, Honneker, y otros muchos. Las dos últimas personas citadas -Wolf y Honneker- fueron deportadas de Rusia después de la caída del Gobierno Comunista, pero algunas otras menos célebres, siguen seguramente estando a cubierto.

En conclusión, es necesario indicar que el problema de la impunidad de quienes cometen violaciones de los derechos humanos, es muy difícil y complicado en la Rusia contemporánea. Después de setenta años de crueldades y crímenes terribles del régimen Comunista, casi ninguno de los autores fue castigado. Sólo unos 200 de los más horribles “carniceros” de la policía secreta, incluido el jefe de la misma, Beria, fueron sentenciados a mediados de los años cincuenta, después de la muerte de Stalin. En los hechos muchos de ellos no fueron expulsados de los cuadros de la policía, ni de las oficinas del procurador del Estado, ni de los tribunales de justicia. El sentimiento de impunidad se fue transmitiendo de una a otra generación y fue una de las principales razones de las graves violaciones de los derechos humanos en los años setenta y ochenta. El Capítulo “Delitos contra la justicia” del Código Penal soviético fue el más impopular en los Tribunales de justicia soviéticos y prácticamente casi nunca fue aplicado.

Ahora la sociedad rusa se enfrenta a la siguiente interrogante: ¿qué hacer con nuestro pasado? Las principales opiniones son dos. Una de ellas pide que se lleve a los responsables del Partido Comunista ante los tribunales (no ante el Constitucional sino ante los penales), para castigarlos por todos sus crímenes. Otra opinión rechaza este enfoque debido a que ello podría conducir a la sociedad a una nueva purga masiva y a represiones. Lo más interesante es que entre las personas que sostienen la segunda opinión, se encuentran muchos antiguos disidentes que conocieron personalmente las prisiones y los campos de internación.

Sin embargo, ambas opiniones no tienen en cuenta el objetivo principal: la justicia. La verdadera justicia en un verdadero Estado regido por la ley, no exige que se lleve ante los tribunales a todos los miembros del antiguo partido en el poder, ni a todos los funcionarios de la ex policía secreta. La justicia sólo se ocupa de personas concretas, si ellas cometieron delitos concretos. Y si tales personas son culpables deben ser castigadas. Esto no es represión, sino justicia.



Preservación o destrucción de archivos y ficheros

Hiroko Yamane
Profesora,
Japón

En los ex países comunistas se ha convertido en una práctica casi común, utilizar los antecedentes personales de los rivales políticos en las contiendas electorales.

En la mayor parte de esos países no existe todavía una norma clara en lo que respecta al uso de los ficheros personales y archivos creados y registrados por las autoridades anteriores, y si esa norma existe, su aplicación entraña algunas veces consecuencias desafortunadas.

Por otra parte, algunos ficheros y archivos son necesarios al nuevo régimen por razones administrativas. En ausencia de otro sistema de información, la administración de servicios públicos tiene necesidad de contar con datos de carácter personal, para la recaudación de impuestos, salud pública y policía.

Además, el acceso a esos datos es algunas veces necesario en las investigaciones públicas que se efectúan para reparar errores del pasado.

El proceso de privatización, que a menudo implica la restitución de bienes, ha hecho necesario que las personas traten de obtener información sobre las antiguas propiedades de la familia. Por ejemplo, en Estonia, ha habido 20.000 pedidos de datos existentes en los archivos, especialmente desde la promulgación, en febrero de 1989, de un decreto de restitución de la propiedad y compensación a las víctimas de la represión. De un total de 6 millones de rubros existentes en los archivos del estado (la mayoría se conservan en el

Archivo Central del Estado, en Moscú, de la Revolución de Octubre y la Construcción Socialista), el 6% eran de carácter secreto y fueron devueltos a Estonia. Como resultado de la presión social, los archivos fueron abiertos al público antes de la adopción de la nueva ley de archivos.

Para adaptarse a esa situación transitoria, los países de Europa central y oriental han adoptado diferentes métodos que ofrecen en mayor o menor medida protección a la privacidad o a la libertad de información. Para ilustrar cómo estos países se han ocupado del problema, deben examinarse las siguientes cuestiones:

- tipos de archivos y ficheros
- ficheros llevados por la policía secreta
- ejemplos de utilización de ficheros y archivos
- diferentes medios de asegurar la libertad de información y la protección de la privacidad

Tipos de archivos y ficheros existentes

Se debe distinguir entre:

- Los archivos, que incluyen registros estatales, comunales y municipales, documentos de empresas del estado, archivos del partido comunista, archivos que llevan las fuerzas armadas, etc.
- Datos de carácter administrativo obtenidos legalmente por las autoridades del estado, tales como los necesarios para los documentos de identidad, pasaportes, registro de antecedentes penales.
- Datos obtenidos confidencialmente por los servicios de inteligencia, tales como la STASI, (ex RDA), KGB (ex URSS), STB (Checoslovaquia), III/III (Hungría).

Ficheros llevados por la policía secreta

Los fundamentos legales para la constitución de esos ficheros son inciertos. Las informaciones se obtenían por lo general en cumplimiento de decretos secretos emanados del Ministerio del

Interior. De conformidad con las normas internacionales tales como el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, o el proyecto de directivas de la Comunidad Europea, esos ficheros no revisten un carácter ilegítimo. Como se indica en el Art. 5 del Convenio del Consejo de Europa antes mencionado:

“Los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado:

- a. Se obtendrán y tratarán leal y legítimamente;
- b. se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de manera incompatible con dichas finalidades;
- c. serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado;
- d. serán exactos y si fuera necesario, puestos al día;
- e. se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda el necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado”.

El volumen de datos que posee la policía secreta es a menudo abrumador. Los documentos de la STASI, por ejemplo, son impresionantes: 6 millones de ficheros individuales obtenidos por 110.000 empleados trabajando a tiempo completo¹ y 140.000 informadores. Los datos recogidos se refieren a varias categorías de individuos tales como:

1. ficheros de las personas a quienes se espía.
2. ficheros de todo tipo de gente que trabaja para los servicios de seguridad;
3. ficheros de personas apoyadas o alentadas por el servicio secreto;
4. ficheros de otras personas.

1 Protección de datos, derechos humanos y valores democráticos. XIII Conference of the Data Protection Commissioners (Estrasburgo, 2-4 de octubre de 1991)

Ejemplos de utilización de ficheros y archivos

Archivos

En Estonia, por ejemplo, se dictó en agosto de 1990, un decreto para la preservación de documentos conservados por las empresas del Estado, instituciones y organizaciones, junto con un estatuto del Departamento de Archivos de Estonia, en septiembre de ese mismo año. Se trabaja en la reorganización de los archivos y se facilita el acceso al público, aunque sin embargo, no existe una ley que proteja la privacidad.

En Hungría, los archivos del Partido Comunista fueron transferidos al Estado. Su sucesor, el Partido Socialista, sólo recibió los documentos relacionados con el funcionamiento del Partido. La lista de sus miembros fue destruída, con excepción de los nombres de los integrantes del nuevo Partido Socialista.

Ficheros de la policía secreta

En países como Polonia, se han destruído muchos ficheros, pero no se conoce el alcance de esta destrucción. En muchos casos, fueron los mismos servicios secretos los que la efectuaron. En algunos países, esos ficheros se encuentran bajo la supervisión de comisiones parlamentarias y hay casos en los que esas comisiones manejan datos de carácter personal de manera muy poco profesional.

Existe una tendencia a la selección arbitraria respecto a qué clase de información debe ser revelada al público y cual no. En Rusia, por ejemplo, los servicios de inteligencia exterior han revelado datos invocando la Glasnost, mientras que los servicios de seguridad internos no lo hacen.

En otros países, se ha creado una oficina gubernamental independiente para ocuparse de los ficheros de la policía secreta. Este ha sido el caso de Hungría desde 1990, y el de la República Federal de Alemania desde la adopción de la nueva legislación sobre documentos de los servicios de seguridad de la ex República Democrática Alemana (Ley de Documentos de la STASI) del 20 de diciembre de 1991.

Para tener acceso a los ficheros de carácter personal, la ley establece un procedimiento bien definido. Queda poco claro en lo que se refiere a:

- qué clase de información debe ser o no recopilada;
- en qué circunstancias las autoridades están obligadas a proporcionar la información que se le requiere;
- cómo proteger los derechos de terceros.

Datos de carácter administrativo

Existen tres sistemas mutuamente relacionados para clarificar la situación con respecto a los datos de carácter administrativo del pasado y su utilización por el nuevo régimen: la reforma constitucional, la legislación sobre protección legal de datos y la revisión judicial a cargo del Tribunal Constitucional.

El caso de Hungría puede indicar la forma de operar de esas instancias. Hasta 1989 en que se introdujo la enmienda constitucional al capítulo sobre Derechos Fundamentales, Libertades y Deberes (Artículo 59), sólo el Código Civil incluía defensas contra el uso arbitrario de datos de carácter personal. El nuevo artículo 59 incluye el derecho al buen nombre, la inviolabilidad del domicilio, la protección de secretos privados y de datos de carácter personal. También prevé la adopción de una ley sobre protección de datos personales, requiriéndose para ello una mayoría de dos tercios en el Parlamento. El proyecto de ley se encuentra actualmente en discusión. La decisión del Tribunal Constitucional del 9 de abril de 1991 sobre números de identificación personal (PINS), aclara ciertos principios sobre manejo de datos personales. Sostiene que:

“El Tribunal Constitucional establece que reunir y procesar datos de carácter personal sin un propósito definido y para un uso de carácter arbitrario es inconstitucional. La conservación de PINS en forma general y unificada para un uso no determinado es inconstitucional”.

Libertad de información y protección de la privacidad

Varias formas y medios pueden buscarse con el objeto de compatibilizar la libertad de información y la protección de la privacidad en la confusa, política y moralmente delicada situación vinculada a los datos de carácter personal en los ex países comunistas:

- elaboración de una legislación conforme con los principios del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, lo que está siendo hecho por Polonia, Hungría, Bulgaria, aunque todavía las leyes no hayan sido promulgadas;
- asistencia técnica en el campo de la protección de datos y organización de archivos;
- mecanismos internacionales de investigación *ad hoc*.

El establecimiento de normas legales y procesales para regular la constitución y el uso de archivos y ficheros, es un paso necesario para reducir las posibilidades de que se cometan abusos. Estos ocurren inevitablemente no sólo por razones políticas sino por causas económicas. Por ejemplo, el caso de compañías de investigación de mercado, que tratan de obtener información en la esfera privada, sobre ganancias, gustos y tendencias sociales. Se hace necesaria la existencia de un marco jurídico para la protección de la privacidad con respecto a los datos recopilados por un régimen anterior.

Sin embargo, las normas jurídicas sustanciales y procesales son sólo un aspecto del complejo problema jurídico y ético de cómo tratar las actividades pasadas de los individuos y datos no confiables que puedan existir sobre ellos. Al elaborar la legislación sobre protección de datos de carácter personal, se deben tomar en consideración las consecuencias políticas y morales de su aplicación.



TEMA 6



Las Víctimas

Medidas con respecto a ex opositores perseguidos judicialmente por el antiguo régimen

Petr Uhl

Periodista

República Federativa Checa y Eslovaca

La revolución checoslovaca de noviembre de 1989 -llamada de los terciopelos- se identificó a través de esloganes bastantes simples, uno de los cuales fue "*Nosotros no somos como ellos*".

Luego de la invasión de las fuerzas armadas del Pacto de Varsovia, en agosto de 1968 y la ocupación militar de Checoslovaquia, los representantes checoslovacos del nuevo poder desataron, desde otoño de 1969 (sí sólo en otoño de 1969 y no en 1968!), una ola represiva contra protagonistas y partidarios del proceso de democratización de la denominada Primavera de Praga, contra funcionarios y miembros del Partido Comunista y también contra una parte de la población que se negaba a declararse leal. Las medidas consistieron en prisión durante varios años, pasando por la prohibición de viajar al exterior y en proporción más extendida por la discriminación profesional. Durante varios años existió una pretendida normalización que, con algunas modificaciones persistió hasta 1989. La represión mencionada se basó en la arbitrariedad, sin respeto alguno por el derecho, ni siquiera por las normas internacionales que habían sido solemnemente ratificadas por Checoslovaquia. Si bien esta represión fue menos dura que la de los años 50 y sobre todo, que en ninguno de los procesos que se llevaron a cabo se dictó condenas de pena capital, fue una de las principales causas de descontento popular. Ese descontento popular, cuyo origen fue la tímida oposición política de los años 70, se transformó en

uno de los motores del movimiento de independencia de decenas de miles de hombres y mujeres que conduciría a una verdadera revolución política.

Checoslovaquia comparada con sus países vecinos, o con los balcánicos y los que constituían la ex Unión Soviética fue, con la sola excepción de la RDA, el único país del ex imperio soviético que buscó motivos de ruptura con el régimen, no en el ámbito social y económico, sino casi exclusivamente en el ámbito de los derechos humanos.

Quién podría entonces asombrarse de que los checoslovacos hayan considerado como elementos primordiales de su revolución el Derecho y la Justicia, los dos con mayúscula, Estado de Derecho, Derechos Humanos, porque *“nosotros no queremos ser como ellos”*.

¿Las leyes y normas jurídicas dictadas en la época de la “no libertad” debían seguir en vigor y por consecuencia ser respetadas? En 1945 esta misma cuestión jurídica fundamental recibió una respuesta negativa, en razón del rechazo casi absoluto a la legislación impuesta por el ocupante alemán y nazi. A ello se agregó un problema de orden técnico, el país había sido dividido en varias partes durante 1939-1945: Protectorado de Bohemia-Moravia, Estado de Eslovaquia, regiones inmensas anexadas a Alemania, a Hungría y a Polonia. El mismo problema se había planteado a la Checoslovaquia creada nuevamente a partir de 1918. En ese entonces se había decidido conservar todas las leyes del Imperio austro-húngaro en vigor, salvo aquellas que el poder legislativo -primeramente provisorio (revolucionario), luego constituido en buena y debida forma- había derogado. Los países checos por un lado y Eslovaquia y Rusia subcarpatos del otro, fueron parte hasta 1918 de dos conglomerados diferentes del Imperio, la parte austríaca de la Bohemia y Moravia, y la parte húngara de la Eslovaquia y la Rutena. Estas dos regiones de Checoslovaquia cuyas legislaciones eran diferentes, sólo se fueron unificando sucesivamente.

Luego de noviembre de 1989, la cuestión de si seguía vigente o no la legislación anterior no se planteó hasta uno o dos años más tarde, con la polarización progresiva de la sociedad, una parte de la cual

sobre todo en los países checos, se había dejado seducir por los recursos a las soluciones simples -a saber en ese instante histórico- por lo que se puede calificar de anticomunismo primario. El momento más fuerte de ese movimiento anticomunista se sitúa entre fines de 1991 y comienzos de 1992. Durante ese período, en la prensa, en ocasión de manifestaciones y también en el Parlamento, con frecuencia se reclamaba venganza, sembraba el odio, se llamaba abiertamente a no respetar las leyes en vigor y a adoptar normas jurídicas contrarias incluso a los principios del Estado de derecho. Sus actos eran fruto de una minoría que se situaba políticamente según la opinión pública mayoritaria y ella misma, a la derecha de la derecha. Si bien era sostenida por la derecha parlamentaria, esta minoría se fue marginalizando en los meses que siguieron, lo que no impidió que se hiciera escuchar a través del eslogan: *"No, no hay que respetar las leyes bolcheviques"*.

Dentro de la óptica de nuestro análisis global de la impunidad de los crímenes cometidos contra los derechos humanos, no carece de interés estudiar los puntos de vista de ese grupo de derecha, que reclamaba el castigo de los autores de violaciones a los derechos humanos, independientemente de que esos actos fueran o no considerados acciones delictivas en el momento que se produjeron, o de la prescripción eventual que pudiera haberles alcanzado. En Checoslovaquia, esa agrupación por la depuración estaba conformada por la Alianza anticomunista del club de los sin partido, la redacción del "Diario sin censura Rudé Kravó" (la vaca roja) y una parte de la confederación de prisioneros políticos y del ala derecha del Partido cívico democrático, partido de Vaclav Klaus.

La idea principal de ese movimiento era que por encima del derecho, la ley y la justicia, existía algo que debía ser respetado; el principio superior de la moral, la justicia basada en la moralidad, que la norma jurídica no puede contener. Esta concepción, fundada en el derecho natural, no es, por fuerza de las cosas, una apología. Al contrario, al negar todas las disposiciones legales heredadas del antiguo régimen (como si la mayoría de ellas no provinieran de una herencia aún más remota) y las elaboradas por el nuevo Parlamento "casi comunista", esta concepción niega el principio del derecho

objetivo y por consiguiente, el derecho objetivo todo. El carácter revolucionario de sus intenciones es evidente. Si bien, en un plano histórico, la agrupación en favor de la depuración se clasifica en la extrema izquierda y no en la derecha, como lo pretenden sus seguidores.

En dos ocasiones la Asamblea Federal, órgano del poder legislativo de la federación checoslovaca, casi puso en duda la legislación en vigor al adoptar las leyes siguientes: la ley de rehabilitaciones judiciales (abril de 1990), y la ley sobre la época de la no libertad (noviembre de 1991). En todos los demás casos, los partidarios de la condena de la ideología “comunista” y de la anulación de las leyes dictadas durante ese período fracasaron. Por el contrario, tuvieron éxito en lo referente a las medidas administrativas (no penales) aplicables a las personas acusadas de haber violado derechos humanos. Se trata de la famosa ley de las “lustraciones”, ley que determina la incompatibilidad de ejercer hoy día ciertas funciones en razón de haber ocupado determinadas posiciones en la policía secreta, el partido comunista o las milicias populares. Esta ley está siendo estudiada por la Corte Constitucional, que deberá resolver sobre la demanda presentada por 99 diputados de la Asamblea Federal, representados por el autor de este documento. Los diputados solicitan que la ley sea declarada inconstitucional.

Los dos casos en que se puso en duda la continuidad de la legislación son muy diferentes.

La rehabilitación de las víctimas de los regímenes dictatoriales representa, en mi opinión, uno de los principales imperativos del nuevo régimen político, cualquiera sea el “color” de la dictadura, se sitúe en Checoslovaquia o en otro país. Los problemas planteados corresponden más al ámbito de lo extrajudicial que al judicial, ya que la satisfacción moral y material de las víctimas de un régimen pasado, depende de la voluntad y riqueza de la sociedad. En efecto, la primera ley sobre las rehabilitaciones, dictada por la Checoslovaquia post-revolución de noviembre, se refería a las rehabilitaciones judiciales. Ella definía y justificaba los casos en los que una condena del

tribunal podía ser declarada nula y sin efecto alguno, en el caso de que el tribunal penal hubiera violado el derecho objetivo o el procesal, y aún cuando, **no hubiera habido violación del derecho**. Estas últimas palabras, subrayadas, simbolizan la puesta en duda de las disposiciones legales anteriores, y por consecuencia del principio de continuidad del derecho y finalmente, de la legislación actual.

El preámbulo de la Ley 119 de 23 de abril de 1990 sobre rehabilitación judicial se expresa así:

“Los actos tendientes a la aplicación de derechos y libertades garantidos por la Constitución y formulados por la Declaración Universal de Derechos Humanos, como también por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que promovían la puesta en práctica de esos derechos por la vía no violenta, fueron declarados delictivos por las leyes penales checoslovacas, en contradicción con el derecho internacional. La persecución en justicia así como las penas aplicadas a los autores de esos actos, también contradijeron el derecho internacional.”

Los artículos de la ley determinan la revisión judicial automática sin que el interesado deba presentarse ante el tribunal. Es la rehabilitación directa codificada por la ley. Por otra parte la ley define las situaciones en las que las personas deben presentarse ante el tribunal (por ejemplo por actos de violencia) y en esos casos un nuevo veredicto puede significar una reducción de la pena. Se establecen además los montos de indemnización, plazos, etc.

El período durante el cual las decisiones de los tribunales podían ser total o parcialmente anuladas abarcó del 25 de febrero de 1948 al 1° de enero de 1990.

En mi opinión, esta “brecha” en el principio de continuidad de la legislación fue necesaria porque sin ella no se habría podido rehabilitar jamás -tanto en el plano moral como financiero- a las víctimas de un régimen que reprimió a las personas, no solamente violando sus propias leyes, sino además mediante la aplicación de leyes inconstitucionales o en contradicción con las normas

internacionales en vigor. Pero es claro que esta solución no era ideal: la responsabilidad del Estado es diferente si se trata de un proceso “fabricado” o de un simple no respeto de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tal fue el caso del proceso que reprimió al clero católico en los años 50, en relación con la detención de un responsable de la cultura “paralela”, que fue acusado de malversaciones financieras, las que en realidad cometía para poder sostener sus acciones contra el régimen. Pero la ley sobre la rehabilitación no comporta ninguna base legal que permita una acción judicial por parte de aquellos cuyo juzgamiento penal haya sido declarado caducado. Será necesario elaborar una nueva legislación, actualmente inexistente, que permita diferenciar a las víctimas.

Por todas estas razones, la Asamblea federal adoptó la ley sobre las rehabilitaciones judiciales por amplia mayoría de votos, comprendidos los de los diputados comunistas (15% en la época, así como hoy día). Esa ley correspondía a la “reconciliación nacional”. Se adoptaron otras leyes sobre rehabilitación que provocaron graves problemas políticos. Las mismas se referían particularmente a los ex prisioneros políticos y a otras víctimas de la persecución. La aplicación de esas leyes tuvieron desde el inicio un carácter reparatorio. Comenzaron por la indemnización a los ex prisioneros políticos, siguieron por la reintegración de derechos a otras víctimas, comprendiendo la restitución de sus bienes, y terminaron por la devolución de una parte de los bosques, lagunas y propiedades a los nobles. Una parte de la derecha política, paradójicamente más débil hoy, luego de las últimas elecciones legislativas que habían relativamente ganado en junio de 1992, no esconde sus intenciones: *“Todo lo que ha sido robado debe ser devuelto”*! Hasta el presente, la fecha de restitución a partir del 25 de febrero de 1948 ha sido respetada, por lo tanto la restitución no alcanza la nacionalización de 1945, ni la de 1918, ni la de Joseph II que tanto golpeó a la Iglesia Católica.

La otra ley de la Asamblea federal anteriormente citada, que puede ser considerada como habiendo puesto en duda el principio de continuidad de la legislación, es la ley 480 de 13 de noviembre de 1991 sobre el período de no libertad, cuyo texto dice:

“La Asamblea federal de la República Federativa Checa y Eslovaca adopta el siguiente texto de ley:

Artículo 1:

En los años 1948 a 1989, el régimen comunista violó los derechos humanos y sus propias leyes.

Artículo 2:

Los actos jurídicos adoptados durante la época mencionada en el artículo 1 sólo pueden ser anulados por leyes específicas.

Artículo 3:

Esta ley entrará en vigor desde el día de su publicación.

Firmado: Havel, Dubcek, Calfa”

En numerosas ocasiones se registraron violentos enfrentamientos en el Parlamento, cuando éste se pronunció contra un proyecto de ley que había presentado una parte de la derecha y por el cual se quería condenar la ideología comunista y considerarla como criminal como al Partido comunista. Las consecuencias jurídicas de esta ley, si hubiera sido adoptada, habrían sido graves en lo que respecta a la represión, sobre todo porque la derecha quería al mismo tiempo establecer el principio de retroactividad de las leyes y lograr la imprescriptibilidad de los crímenes “comunistas” utilizando elaboraciones jurídicas rebuscadas. La derecha intentó hacer adoptar otra ley sobre la “tercera resistencia”, sin éxito (La primera resistencia fue la de la guerra de 1914 a 1918, la segunda la de 1938 a 1945).

La derecha impotente de alcanzar un mejor resultado en el Parlamento, votó por ese fragmento que quedó de su proyecto, satisfecha de la condena al régimen comunista por violación de derechos humanos durante “su” período, es decir, a partir de febrero de 1948 (y no después de 1968 solamente, período idolatrado de la izquierda). Siendo diputado, no voté a favor de la ley, no porque no aprobara el texto, al contrario, a excepción de la palabra “comunista”, que consideré con demasiado tinte ideológico. Habría firmado de buena gana una tal declaración fuera del Parlamento, dado que considero que no le corresponde a éste hacer juzgamientos

históricos y además, porque considero el artículo 2 superfluo, por evidente.

En lo que respecta a la ley sobre las rehabilitaciones, se ha visto que la violencia utilizada en la lucha política representa un obstáculo para la rehabilitación completa, incluso parcial, a menos que el tribunal encuentre circunstancias atenuantes en un nuevo proceso. Conviene dar aquí una ilustración histórica:

La dictadura vigente de 1948 a 1989 en Checoslovaquia no llegó al poder por un golpe de Estado, contra la voluntad del pueblo checoslovaco, como algunos lo pretenden hoy día. El prelude de la dictadura estalinista, que se produjo entre 1945 y 1948, difícilmente puede ser considerado como un período democrático. La mayoría del proletariado apoyaba al Partido Comunista . Además, éste estaba ampliamente sostenido por amplias capas de la población, en primer lugar por la intelectualidad y las orientaciones de “izquierda” de los otros partidos políticos. La Unión Soviética, a causa de la guerra era muy querida en general y su sistema político era respetado pues (gracias a la hipocresía de los intelectuales de izquierda) no se sabía realmente lo que era. La resistencia armada contra el poder “comunista” se limitó a algunos cientos de hombres, una parte de la cual estaba constituida de simples mercenarios pagados para alimentar la guerra fría. Descubrir los motivos, la proporción y todos los detalles es tarea de los historiadores. Decenas de miles de hombres y mujeres que sufrieron en la prisión, las minas, o los que fueron reprimidos, despojados de sus bienes, echados de sus casas y pueblos, sobre todo durante el período 1948-1956, han sido todos víctimas de ese sistema inhumano. La mayoría de ellos (según mis estimaciones más del 90%) no militaban contra el régimen, y muy pocos de entre ellos participaron a la lucha armada.

Paradójicamente, los que han pasado numerosos años en prisión, como todas las víctimas del estalinismo, hoy día muy ancianos, mantuvieron silencio luego de su liberación a comienzos de la década del 60. Hoy día quieren ser reconocidos como “participantes de la tercera resistencia”, mientras aquellos que han combatido, no con las armas sino con escritos, discursos y actividades públicas en los

años 70 y 80, y que a menudo fueron detenidos durante años en la prisión de Husak (en condiciones más favorables que en los años 50), no reclaman nada, sabiendo muy bien que su combate, que desembocó finalmente en una revolución política, no podía ser considerado como resistencia. Estos son los opositores de los años 70 y 80, prisioneros políticos incluso, que consideran la realidad actual como una síntesis de todo el pasado y de la historia reciente.



-
- * El autor de este documento pasó 9 años en prisión: de 1969 a 1973 y de 1979 a 1984. La segunda vez fue detenido por sus actividades en el movimiento Carta 77 y en el Comité de defensa de las personas injustamente perseguidas (VONS) del cual es uno de sus fundadores. En junio de 1990 fue electo por el Foro Cívico, diputado a la Asamblea Federal por un período de dos años. De febrero de 1990 a setiembre de 1992, ocupó el cargo de Presidente director general (PDG) de la Agencia de Prensa checoslovaca, siendo destituido de esa función por el nuevo gobierno federal presidido por Vaclav Klaus. Actualmente, trabaja como periodista en la Agencia.

Individualización de las víctimas y búsqueda de los desaparecidos

Walter Albán Peralta
Comisión Andina de Juristas
Perú

El fenómeno de la detención-desaparición de personas se ha constituido en una de las formas más graves -y en muchos casos sistemática- de violación de derechos humanos. El seguimiento más puntual y especializado de esta terrible práctica, tanto desde las instancias no gubernamentales como desde organismos propios de los sistemas de protección internacional, ha puesto en evidencia la magnitud de aquella en varios países del orbe y el hecho de que su desarrollo no se encuentra necesariamente vinculado a la existencia de regímenes dictatoriales o gobiernos de facto; por el contrario, en Latinoamérica, ha sido en países en los que han regido sistemas constitucionales como Perú o Colombia, aquellos donde se registran las estadísticas más dramáticas de evolución del fenómeno durante los últimos años.

De otro lado, ese mismo seguimiento ha puesto de manifiesto la complejidad del problema, no solamente por la gama de derechos fundamentales que se ven afectados a partir de la detención-desaparición de personas, sino por los contextos político-sociales en los que ello tiene lugar en cada realidad, determinando de manera significativa la existencia de condiciones que propician su recurrencia. En ese sentido, la experiencia también ha demostrado la necesidad de ir adecuando los instrumentos y mecanismos para un eficaz control y prevención de estos crímenes, en función de la variación que su práctica denota en las diferentes situaciones y

atendiendo a los nuevos retos que suponen modalidades más sofisticadas de desaparición de personas, así como los riesgos a los que se ven expuestos quienes denuncian estos hechos o participan en procedimientos destinados a esclarecerlos.

Más allá de las particularidades que la práctica de la detención-desaparición presenta en los distintos contextos nacionales en los que ella se produce, ha sido posible sin embargo establecer, en forma progresiva, los elementos esenciales y comunes que configuran su tipología, las condiciones favorables para su consumación, las consecuencias directas e indirectas de la misma, las dificultades más serias para su erradicación, las medidas exigibles a ese efecto a los gobiernos involucrados, así como aquellas que convendría adoptar desde las instancias de protección de derechos a nivel internacional.

De esa manera, a la intensa labor que cumple el Grupo de Trabajo en esta materia, creado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas a inicios de la década anterior, se suman los esfuerzos desarrollados para formalizar tales contenidos a través de distintos instrumentos como son, la “Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada” aprobada por la citada Comisión en su 48º período de sesiones y el proyecto de convención que, sobre este mismo tema, se viene discutiendo en el sistema interamericano.

Los planteamientos formulados a propósito de la elaboración de los referidos instrumentos por las diferentes instancias interesadas, no obstante haber puesto una vez más en evidencia la dificultad de la tarea a desarrollar, han enriquecido significativamente los enfoques y perspectivas del problema. Resulta en ese sentido alentador constatar cómo, la voluntad de compartir la experiencia desarrollada en todos estos años desde cada una de aquellas instancias, ha contribuido de manera trascendente, al avance del gran objetivo de erradicar el fenómeno de la detención-desaparición en el mundo.

Este documento recoge algunas de las consideraciones más relevantes, surgidas en el intercambio de enfoques y experiencias en relación a esta problemática, tan sólo desde dos de sus aspectos: la identificación de las víctimas y la búsqueda de los desaparecidos.

I - Identificación de las víctimas

1 - ¿Quiénes son las víctimas?

Una de las primeras constataciones al evaluar la práctica de la detención desaparición forzada de personas, ha sido la de identificar como víctimas no solamente a los sujetos de la detención, sino también a quienes de una u otra manera sufren las consecuencias de estos hechos.

En efecto, independientemente de la grave vulneración de los derechos humanos de aquellos que son sometidos a esa práctica, no pueden desconocerse los efectos negativos que en estos casos alcanzan en primer lugar, a quienes forman parte del entorno familiar o social de la víctima original. Esas personas sufren también desde diferentes aspectos, una vulneración efectiva de derechos, por las características propias del proceso de detención- desaparición y por la situación que se genera a partir del mismo. A la aflicción moral y material que deben afrontar en adelante se suma la indefensión, riesgo y mayor vulnerabilidad, a la que se verán expuestos.

En los países donde el problema ha devenido en práctica sistemática de violación de derechos por parte del Estado, esas situaciones de temor, indefensión, riesgo o vulnerabilidad, se extienden además nítidamente al grupo o comunidad donde la víctima original desarrollaba regularmente sus actividades. Así, puede advertirse por ejemplo, allí donde el fenómeno ha tenido lugar con mayor incidencia es en las zonas rurales, donde las instituciones o mecanismos previstos normativamente para actuar en salvaguarda de los derechos de los afectados, no funcionan o lo hacen de forma absolutamente mediatizada.

Pero también la gran magnitud y persistencia de estos crímenes, origina un daño profundo al conjunto de la sociedad, cuyos alcances y particularidades no han sido del todo analizados y explicitados. Permanentemente se ha hecho referencia en diferentes documentos de trabajo, a los alcances de esa afectación en el plano de los valores éticos en la sociedad, en el sensible debilitamiento

de sus instituciones y en la pérdida de formas democráticas de convivencia.

De cualquier manera, a efecto de plantear los aspectos más significativos referidos a la problemática de su identificación, estamos restringiendo por ahora el concepto de víctima, para aludir específicamente a las personas que sufren la desaparición y los efectos inmediatos que de allí se derivan.

2 - Dificultades para la identificación

La plena y cabal identificación de las víctimas del fenómeno de la detención-desaparición, se dificulta enormemente por distintas razones que en ocasiones se presentan de manera concurrente. Esa dificultad tiende a entorpecer las acciones destinadas a poner en funcionamiento los mecanismos legales para la protección de los desaparecidos, constituyendo en consecuencia un elemento que acrecienta el grado de vulnerabilidad de esas personas y refuerza las condiciones favorables a la impunidad de los agentes responsables de esta forma grave de violación de derechos humanos .

2.1 - Sistemas de registro y documentación

Entre las dificultades específicas para una plena identificación, cabe destacar las que se originan en deficiencias propias de los sistemas de registro y documentación de ciudadanos que con frecuencia se advierten en países con economías deprimidas, donde los Estados no cuentan con una infraestructura mínima con que brindar a los ciudadanos servicios básicos de esa naturaleza. Es en países con estas características, donde se concentra el grueso de las desapariciones registradas.

En efecto, los registros civiles u otros equivalentes para la inscripción de nacimientos, suelen estar regulados de manera que dificultan el acceso de sectores significativos de la población, para quienes los procedimientos previstos a ese efecto resultan de muy difícil observancia y en muchos casos, excesivamente onerosos. La deficiente infraestructura administrativa además, determina que, particularmente en zonas rurales, los servicios para el registro de

nacimientos no se presten sino en lugares remotos respecto del de residencia de los interesados.

Como consecuencia de lo anterior, resulta común que gran cantidad de personas -ubicadas en zonas rurales o urbano-marginales- se encuentren en la situación de "indocumentados" y permanezcan en esta situación indefinidamente. En los contextos de mayor violencia esta situación tiende a acentuarse, toda vez que muchos pobladores se apartan de sus zonas de residencia buscando otras que les ofrezcan mayor seguridad, con lo que la posibilidad de regularizar sus documentos personales, se complejiza a niveles extremos.

Este problema de la indocumentación, que podemos calificar como secular en la mayor parte de los países que han sufrido o sufren la práctica de la desaparición forzada, constituye sin duda un factor de incidencia determinante para la desprotección de las personas, contribuyendo ostensiblemente a impedir una rápida y precisa identificación de las víctimas.

2.2 - Carencia de registros únicos de detenidos

De otro lado, en términos generales, no existe en estos países sistemas de registro único de detenidos, de forma que pueda establecerse con certeza si una persona ha sido privada de su libertad al interior de una determinada jurisdicción territorial o, mucho menos, en el conjunto del territorio nacional. La carencia de esos registros, es parte de una cuestión mucho más compleja, que se relaciona a la manera cómo se vulnera sistemática y masivamente el derecho de las personas a no ser detenidos arbitrariamente.

Esas detenciones arbitrarias, que se practican sistemáticamente aun contrariando -en algunos casos- expresos preceptos constitucionales, constituyen sin embargo mecanismos funcionales a los gobiernos para ejercer el control social (más que un control específico sobre conductas delictivas) al margen del poder jurisdiccional. Por ello, es fundamentalmente la institución policial la que ha internalizado en su actuación como una atribución legítima y

consustancial al cumplimiento de sus funciones, la autoridad para proceder a la detención de ciudadanos por diversas razones que -en la gran mayoría de los casos- son ajenas incluso a una simple sospecha de delito.

En esos contextos, es evidente que el fenómeno de la detención-desaparición tiende a confundirse, por lo menos en sus etapas iniciales, con el anterior y más común de la detención arbitraria al que, por otro lado, la población se encuentra “habituada”. En esa medida, ni las autoridades ni la propia población han asumido como regular y necesaria la existencia de registros de detenidos; de hecho la “cifra oscura” o no registrada respecto al número real de detenciones, se calcula en países como el Perú en diez veces por encima del número oficialmente reconocido.

Sin la existencia de un registro único de detenidos, la certeza de la detención a cargo de autoridades estatales y la debida identificación de la víctima, se dilata considerablemente, afectando así gravemente su seguridad e integridad puesto que, la verificación del hecho de la desaparición, sólo tiene lugar después de un largo peregrinaje por parte de los familiares o amigos en diferentes centros o lugares de reclusión (con frecuencia distantes entre sí) y una vez que, en cada uno de éstos, las autoridades han negado tener bajo arresto al sujeto de la detención.

2.3 - Centros irregulares de detención

Ahora bien, los aspectos anteriormente señalados, se ven agravados por la irregularidad que se observa con relación a los lugares en los que son reclusas las personas privadas de su libertad, toda vez que, en la mayor parte de los casos, no se ha establecido de manera expresa y categórica, cuáles son los centros oficiales de detención. Esa situación genera condiciones para complejizar al máximo la ubicación del paradero de las víctimas en circunstancias comunes, pero se convierte en un verdadero impedimento cuando además nos encontramos en contextos de violencia aguda y procesos de militarización de la actuación estatal, particularmente bajo los regímenes de excepción.

En tales circunstancias, la frecuencia con que se procede a recluir a los detenidos en instalaciones militares o cuarteles es de tal magnitud, que prácticamente podemos afirmar que es en ellos en los que se concentra la mayoría de los casos de detención-desaparición, lo que evidentemente restringe -cuando no cierra- el acceso a los familiares o amigos de la víctima e incluso a las propias autoridades judiciales, cuando éstas son requeridas por aquellos, para diligencias orientadas a dar con el paradero de los desaparecidos y brindarles protección inmediata.

Por lo demás, las características de los cuarteles u otro tipo de instalaciones castrenses (por lo general de gran extensión, compleja distribución y a menudo con espacios de acceso restringido o camuflado) hacen que, aun en los casos en los que las diligencias judiciales tienen lugar, resulte prácticamente imposible dar con la persona del detenido.

2.4 - Intimidación de familiares o testigos

Desde un plano diferente, muchas veces la identificación de las víctimas se dificulta ostensiblemente como consecuencia de la omisión de la denuncia o falta de colaboración de los testigos de la detención, los que a su vez son en su mayoría, los propios familiares o amigos. Estas conductas tienen su explicación en el profundo temor que origina en esas personas el fenómeno de la detención, las amenazas de las que con frecuencia son objeto, así como la sensación de vulnerabilidad y desprotección que los invade, principalmente en las zonas en las que las fuerzas del orden han rebasado por completo en los hechos, las atribuciones y competencia de las autoridades civiles.

Existe por otra parte un fundado temor de que la mayoría de las víctimas de las desapariciones, no reaparecerán con vida; la vulneración a sus derechos fundamentales suele tener como corolario el asesinato cruel y al margen de cualquier procedimiento. En ocasiones, el temor de que cualquier gestión ante las autoridades pueda acelerar ese temido desenlace, tiene un efecto paralizante entre quienes pudieran formular las denuncias.

2.5 - Fosas clandestinas

Las particularidades de estos crímenes, originan para los victimarios la necesidad de contar con lugares destinados a dar sepultura clandestina a los cuerpos, los mismos que por lo general resultan ser fosas comunes o individuales en lugares alejados y de difícil acceso. En estos casos, los cuerpos son depositados desprovistos de cualquier pertenencia o signo exterior que permita su identificación.

No obstante el afán de mantener ocultos esos entierros clandestinos, el descubrimiento de las fosas ha sido reiterado en diferentes países en los que la práctica de la desaparición ha tenido o tiene lugar. En esas circunstancias, la identificación de las víctimas se torna penosa y materialmente poco probable por lo que, en la generalidad de los casos, no puede determinarse si los cadáveres corresponden a personas cuya desaparición ha sido antes denunciada.

En relación a esto último, ha sido notable el aporte de la Antropología forense a través del desarrollo de técnicas de identificación de cadáveres, por medio de procedimientos altamente técnicos y eficaces. Por el momento sin embargo, esas técnicas no han sido aprovechadas a plenitud, aun cuando -además de Argentina y Chile- son varios los casos en los que se ha recurrido a ellas, como por ej. en Bolivia, Brasil, Uruguay, Colombia, Venezuela, Panamá, Filipinas, Kurdistan iraquí y Guatemala.

En ese último país, en el que el fenómeno de la desaparición se mantiene vigente, los trabajos de exhumación iniciados hacia julio de 1991, tuvieron que ser suspendidos como consecuencia de las amenazas de las que fueron objeto los miembros del equipo (constituído por médicos y antropólogos guatemaltecos, argentinos y norteamericanos), por parte de los patrulleros civiles, según denuncia alcanzada al grupo de trabajo de la ONU.

Es de esperar que en el futuro puedan establecerse mecanismos ágiles y eficientes para que estos conocimientos puedan ser puestos en práctica de manera inmediata en todo lugar en el que se descubran

cementerios clandestinos. A ese efecto, resultará imprescindible contar con el apoyo de las instancias internacionales, a fin de requerir a los gobiernos para que cumplan con facilitar las condiciones materiales que permitan la aplicación de estas técnicas y brinden la protección y garantías necesarias en cada caso.

3 - Consecuencias más trascendentes de las tales dificultades

Entre las consecuencias necesarias de las dificultades para la identificación de las víctimas, advertimos la enorme cantidad de denuncias que no alcanzan a ser registradas formalmente por las instancias llamadas a recepcionarlas, tanto a nivel interno como desde las esferas internacionales. Ello ha dificultado en gran medida que pueda establecerse con precisión la verdadera magnitud del fenómeno de la detención-desaparición y la responsabilidad derivada de los Estados involucrados; además de contribuir significativamente a la impunidad que rodea esta repudiable práctica.

El problema puede evidenciarse a propósito del caso de Sri-Lanka, en el que el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas, hasta antes de su visita a ese lugar, registraba y cursaba al gobierno un número muy inferior de las denuncias efectivamente recepcionadas.

II - Búsqueda de los desaparecidos

1 - Violencia política y afectación sistemática de derechos humanos

Como ha quedado señalado, deben ser motivo de preocupación las circunstancias en las que, bajo regímenes constitucionales, tiene lugar sin embargo de manera sistemática la desaparición de personas. Estas situaciones se presentan en países de escasa tradición democrática, donde la debilidad de las instituciones civiles y políticas han propiciado que el surgimiento de grupos disidentes, subversivos o terroristas, den lugar a una respuesta estatal que centra su acción en la simple represión a cargo de las fuerzas del orden, principalmente el ejército.

Esos ejércitos a su vez, se han preparado para las llamadas guerras no convencionales, bajo patrones similares de acción sustentados -en el caso de los países latinoamericanos- en la denominada doctrina de seguridad nacional. Tales parámetros de actuación, han dado lugar a lo que se conoce como “guerra sucia”, en la que se pretende hacer frente al “enemigo interno” sin respetar ninguna norma o regla de conducta que corresponda a lo establecido en diferentes instrumentos en materia de derechos humanos y su protección.

Lo anterior resulta todavía más grave si consideramos que esas estrategias no son aplicadas con criterio restrictivo a quienes se supone forman parte de las organizaciones subversivas, sino al conjunto de la población (fundamentalmente las mayorías pobres y que reúnen características de mayor vulnerabilidad). La experiencia ha demostrado que los nefastos resultados de la aplicación de tales estrategias no han dado lugar a su modificación; por el contrario, los distintos gobiernos se han mostrado renuentes a cuestionar el rol de sus ejércitos y policía o simplemente han cedido a la presión de las mismas para que se les otorgue mayores márgenes de atribuciones aun contrariando pautas constitucionales expresas.

Aparejado a lo anterior, se presenta con relativa frecuencia el fenómeno de bandas armadas o grupos paramilitares, cuya vinculación con los aparatos oficiales del Estado resulta de difícil probanza, pero que, a partir de numerosos y coincidentes testimonios, su modalidad de operación, la tolerancia con la que actúan incluso en zonas bajo estricto control militar, así como la absoluta impunidad de sus actos, constituyen una modalidad aún más perversa de ejercicio abusivo e ilegítimo de poder por parte del Estado.

Una modalidad diferente pero que surge en contextos análogos al descrito, se refiere a los llamados grupos de defensa civil, autodefensa o rondas, por lo general ubicados en zonas rurales y cubriendo una extensión territorial que las fuerzas regulares no se encuentran en capacidad de controlar permanentemente.

Estos grupos son promovidos - cuando no forzados a constituirse - y armados por el propio Estado. Sin embargo, la poca claridad de las

atribuciones conferidas y límites para su actuación, crean las condiciones para la perpetración de violaciones a los derechos humanos por parte de esos grupos en perjuicio de indefensos pobladores, como consecuencia de rencillas personales o conflictos antiguos entre comunidades.

Se han reportado en tal sentido casos de detenciones-desapariciones atribuidas a estas organizaciones, cuyo esclarecimiento resulta todavía más engorroso, por la movilidad con la que actúan y la incapacidad material y subjetiva de las instancias estatales para controlar tales hechos.

Como consecuencia de los contextos de violencia descritos, puede afirmarse que las acciones de protección que se llevan a cabo al interior de cada territorio nacional, tienen por lo general una mínima posibilidad de concluir con éxito, máxime si, como queda dicho, las desapariciones se producen en zonas bajo control militar.

En tales situaciones, debe repararse en la necesidad de que al interior de cada país, se libre una permanente actividad para exigir que las instituciones estatales concernidas, desarrollen un efectivo rol de protección de los ciudadanos que sufren atropellos graves a sus derechos fundamentales. Esa tarea no puede estar desvinculada del papel que toca a los foros internacionales para ejercer una presión efectiva sobre los gobiernos, a fin de que asuman sus responsabilidades a cabalidad.

Asimismo, en lo que atañe a las acciones en favor de las personas desaparecidas, debe tenerse presente lo anotado a efectos de ponderar el grado de exigencia que razonablemente pueden plantear los organismos internacionales hacia los denunciantes, en lo que se refiere al requisito del agotamiento de la vía interna.

2 - Importancia del Habeas Corpus o recurso análogo

Sin duda el instrumento más funcional para la búsqueda de los desaparecidos desde el marco jurídico, lo constituye el Habeas Corpus. Este instrumento, bajo esa misma denominación u otras adoptadas en algunos países, se encuentra previsto por la

generalidad de los Estados contemporáneos guardando como objetivo esencial, cuidar de poner coto a situaciones de arbitrariedad relacionadas a la libertad e integridad de las personas.

Aun cuando la práctica de la desaparición forzada reúne características y particularidades que no siempre permiten el desarrollo de las acciones de Habeas Corpus, es evidente que, a la luz de la normatividad vigente, se trata del principal recurso a emprender en estos casos. Por esta razón resulta fundamental en el problema que nos ocupa, realizar los esfuerzos necesarios para que el mecanismo protector del Habeas Corpus sea regulado en todos los casos, de manera que posibilite su rápido acceso a todo ciudadano y garantice un procedimiento ágil y eficaz.

En la práctica se presentan a menudo dificultades que atentan contra la funcionalidad de esas acciones tanto a nivel normativo como en los aspectos operativos de su ejecución. Así por ejemplo, a través de normas modificatorias de la Ley original, o reglamentarias, se ha pretendido en algunos países como el Perú, restringir el acceso de los particulares a la utilización del Habeas Corpus o dilatar su trámite .

Mención aparte merece el problema de los territorios bajo control directo de las fuerzas del orden, al amparo de los regímenes de excepción, en los que el poder de la autoridad civil, particularmente en el caso de jueces y fiscales, se encuentra sumamente debilitado o resulta simplemente inexistente.

En tales condiciones los jueces, sea por temor o complicidad, se niegan muchas veces a siquiera admitir y diligenciar las acciones de Habeas Corpus, pretextando que bajo los Estados de Excepción no caben acciones de garantía. Reiterada jurisprudencia en ese sentido, ha obligado a desarrollar una intensa tarea en el ámbito jurídico, para revertir tal parecer. En ese objetivo ha resultado de suma utilidad la opinión consultiva de la Corte Interamericana N° OC-8/87, por la que esta instancia se pronuncia expresamente por la procedencia del Habeas Corpus aun bajo Estados de Excepción.

En otros casos, los pocos magistrados que aceptan iniciar el procedimiento, tienen que paralizar sus diligencias cuando les es negado el acceso a los cuarteles militares por los efectivos a cargo, ocurriendo con frecuencia que dicha negativa va aparejada de amenazas con armas u otras formas de amedrentamiento.

Es pues indispensable que las instancias de protección de derechos humanos a nivel internacional, presionen a los Estados a fin de que éstos cumplan con regular los procedimientos de Habeas Corpus con arreglo a lo previsto en los pactos o tratados, a fin de garantizar su operatividad; al mismo tiempo, es necesario avanzar en el objetivo de que los textos o contenidos de aquellos tratados, cuiden señalar expresamente la obligación de las autoridades de dotar a tales procedimientos de mecanismos especiales, en los casos en los que las condiciones para su efectiva puesta en práctica se encuentren seriamente afectadas, como ocurre en los estados de excepción.

3 - Rol de las ONG y organizaciones de familiares

Un aspecto esencial en la búsqueda de los desaparecidos está ligado al desempeño de los organismos no gubernamentales que trabajan en el campo de los derechos humanos y, muy especialmente, las organizaciones de familiares. En efecto, no es posible calcular cuanto más daño podría haberse generado como consecuencia del fenómeno de la detención-desaparición, de no mediar la actuación de estos organismos de denuncia y promoción de mecanismos de protección, pero es innegable que su desempeño ha contribuido sustantivamente a la tarea de reducir los alcances del fenómeno.

En efecto, para la formación de una conciencia crítica en la opinión pública frente a estas graves vulneraciones de derechos humanos en los países en los que estos hechos tienen lugar, en la constante demanda a las esferas políticas y de gobierno, así como en el plano de la comunidad internacional, el rol de las organizaciones de familiares y de las ONG ha resultado gravitante. Allí donde no se contaba con una presencia significativa de estas organizaciones, ha sido sumamente difícil realizar un seguimiento del problema en cada

situación y ejercer acciones tendientes a revertir la práctica de la desaparición.

Ha sido una constante en los últimos años, asistir a un progresivo crecimiento y articulación de ONG y organizaciones de familiares, no obstante los riesgos que ello muchas veces supone para sus miembros. Asimismo, cabe destacar que la labor desplegada en ambos casos no ha quedado solamente en la denuncia de casos y su seguimiento, sino que -a través de una sostenida actuación ante instancias y foros internacionales- han contribuido notablemente en la adopción de medidas favorables a la prevención de estos crímenes.

4 - Funcionalidad de los mecanismos internacionales de protección

Los sistemas que cuentan con mecanismos de protección de DDHH operativos, en relación a los países en los que se produce el fenómeno de la detención-desaparición, son el universal (de Naciones Unidas) y el regional interamericano, que agrupa a los países miembros de la OEA. Es sin embargo el primero de ellos, el único que ha desarrollado mecanismos especializados para atender esta compleja problemática y ha mostrado un gran dinamismo para saber evolucionar en base a la experiencia obtenida.

En lo que respecta al sistema interamericano, la práctica de la desaparición forzada no ha sido sistemática y específicamente atendida por sus instancias políticas y técnicas. De forma general, en la medida en que dicha práctica supone la simultánea violación de un conjunto de derechos esenciales comprendidos en los instrumentos que rigen el sistema, su órgano especializado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lleva un registro de las denuncias y realiza un seguimiento de las mismas que resulta similar a otros procedimientos vinculados a vulneraciones de diferente naturaleza.

De cualquier manera, los informes a la Asamblea General de la OEA comprenden esas denuncias y resultan útiles para evaluar la situación de los derechos humanos en el país comprometido. No existe empero un procedimiento ágil y específico para la atención individual de estos casos.

Sólo últimamente se ha venido impulsando un proyecto de convención contra la detención-desaparición de personas, el mismo que originalmente fue propuesto por la Comisión Interamericana en su informe anual a la Asamblea en 1988 y cuyo texto ha sido modificado por un grupo de trabajo creado al efecto por el Consejo Permanente de la OEA.

Lamentablemente, la versión modificada y presentada a la Asamblea General en su reunión en Bahamas en mayo último, adolece de serias deficiencias, como son el reconocimiento al principio de la "obediencia debida" como causa exculpatoria de la responsabilidad de los agentes del delito y la exigencia de elementos probatorios de difícil obtención en estos casos, para calificar un hecho de detención-desaparición y la responsabilidad de los Estados. Esos y otros aspectos, suscitaron severas críticas durante la Asamblea por parte de algunos representantes como el de Chile, que llegó a calificarla como un "grave retroceso".

En la actualidad, el borrador se encuentra otra vez en manos del Consejo Permanente, para que continúe su revisión, atendiendo a la opinión manifestada por los Estados y, "cuando se estime conveniente", se haga uso de los documentos elaborados al respecto por las organizaciones e instituciones no gubernamentales.

Existe el propósito de las ONG y organizaciones de familiares de influir hasta donde resulte posible en el trabajo a desarrollar por el Consejo, con el objetivo de lograr superar las limitaciones del actual proyecto, no obstante que una participación directa fue descartada al no prosperar la propuesta de algunos Estados a ese efecto.

Es ciertamente en el sistema universal de Naciones Unidas en el que el tema de la detención-desaparición, ha tenido una rápida evolución y desarrollo especializado, habiéndose establecido mecanismos imaginativos y ágiles, capaces de permitir de un lado, ejercer sobre los Estados involucrados una presión constante e intensa para que actúen frente al problema, en correspondencia a sus compromisos internacionales y, fundamentalmente, una acción eficaz en casos de detenciones recientes; lo que ha permitido la reaparición con vida de muchas de las víctimas.

En efecto, hoy no se discute el acierto que significó para el empeño de erradicar la práctica de desaparición forzada en el mundo, la creación del Grupo de Trabajo especializado en la materia (GTDD) por parte de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el año 1980. Este grupo, integrado por 5 expertos con procedencias regionales diferentes, ha devenido en un mecanismo eficaz para atender los problemas de esa funesta práctica pero, sobre todo, capaz de adaptarse a las nuevas cuestiones que las diferentes realidades plantean permanentemente, e ir sistematizando en forma constante las experiencias obtenidas en el transcurso de más de una década de actividades.

Entre los aspectos más destacables de la gestión del GT, debe señalarse el haber adoptado “procedimientos de urgencia” para una acción inmediata frente a los gobiernos, tratándose de casos en los que la desaparición de las víctimas se ha producido en los tres meses anteriores a la denuncia. De esa manera, el presidente del GT queda facultado para interceder de manera inmediata ante los gobiernos para esclarecer la situación de las personas desaparecidas sin necesidad de esperar a la realización de un nuevo período de sesiones.

A través de estas acciones urgentes, ha sido posible la reaparición con vida de numerosas personas registradas como desaparecidas que, si bien son una minoría respecto del total de las denuncias, constituyen de por sí una prueba irrefutable del sentido y la eficacia de las acciones que se realizan a este propósito.

Recientemente, en atención a las constantes denuncias que el GT ha recibido respecto a intimidaciones y amenazas por parte de sectores estatales o vinculados al aparato estatal hacia las organizaciones de familiares, ONG o activistas en derechos humanos, con los cuales ha mantenido constante relación para la atención de los casos denunciados, se ha optado por establecer un nuevo mecanismo procesal, denominado acciones de “pronta intervención” en favor de las personas afectadas. En virtud de estas acciones, recepcionadas las denuncias, se cursan comunicaciones telegráficas a los gobiernos concernidos solicitando garantías para los afectados.

Los resultados de estas acciones permiten vislumbrar un novedoso enfoque en el desempeño del GT, dado que trasciende los términos con los que originalmente fue concebido su mandato. De cualquier manera, la decisión del GT constituye un paso importante en favor de las víctimas, sobre todo si consideramos que ese término comprende también a quienes sufren directa o indirectamente las consecuencias de esta terrible práctica.

De otro lado, en la perspectiva de contribuir de manera más eficaz a poner freno al fenómeno de la detención-desaparición, a nivel de la ONU se ha elaborado una "Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada". El texto de la misma fue aprobado por la Comisión de Derechos Humanos en su último período de sesiones, en febrero de 1992, y adoptado por la Asamblea General en diciembre de 1992.

Aun cuando esta declaración contiene aspectos observados por organizaciones tan calificadas como la FEDEFAM, se advierte un consenso básico que la reconoce como un instrumento valioso, que no incurre en las deficiencias contenidas en el proyecto de convención americana. A ese resultado deben haber contribuido sin duda los mecanismos adoptados para la elaboración del texto, que hicieron posible contar con la opinión de ONG y organizaciones de familiares.

Es importante en este particular reparar en que los avances logrados en el trabajo del sistema universal de protección, no han estado supeditados a la existencia de una convención que, dependiendo de la precisión de sus contenidos, podría incluso convertirse en una seria limitación a la agilidad con que la experiencia ha sido asimilada y traducida en imaginativos medios de actuación. En ese sentido, el carácter no vinculante de la declaración, ha permitido establecer márgenes amplios de delimitación del fenómeno, que no suponen en consecuencia la restricción de las actividades desarrolladas por el GT en ningún caso.

5 - Búsqueda e impunidad

Finalmente, cabe señalar que las dificultades para la búsqueda de los desaparecidos y la persistencia de esta práctica, están sin duda acrecentadas por los mecanismos de impunidad que vienen operando en favor de los agentes de estos crímenes.

La ausencia de tipificación de estos hechos como delitos o las deficiencias con las que el tipo penal ha sido contemplado, allí donde se ha regulado al respecto, son el complemento a formas materiales de impunidad que evidencian una falta de voluntad política de sancionar a los responsables. Así, a quienes debieran responder por estas gravísimas vulneraciones, o no se les somete a proceso alguno dado el anonimato en el que comúnmente actúan, o, en los pocos casos en los que tienen lugar procesos judiciales, éstos son ventilados en tribunales o fueros militares en los que encuentra garantizada su eximencia.

La impunidad entonces, no solamente se convierte en un agravio a la justicia y la conciencia de los pueblos, sino que deviene en un serio impedimento para el debido esclarecimiento de los hechos, factor indispensable para dar con el paradero de las víctimas de esta práctica.

III - A modo de conclusión

1 - El fenómeno de la detención-desaparición de personas, se encuentra vinculado a otras prácticas violatorias de derechos humanos que tienen un carácter “tradicional” en las sociedades en las que se ha presentado con mayor magnitud tales como la detención arbitraria, tortura o afectación de la integridad personal. En definitiva, dicho fenómeno se “construye” sobre esas realidades, como un instrumento funcional para hacer frente a disidencias políticas en contextos de agudización de conflictos sociales o, indiscriminadamente, tratándose de regímenes constitucionales con débil institucionalidad, confrontados a la acción de grupos subversivos o terroristas.

En consecuencia, políticas preventivas contra la práctica de la desaparición, tienen que atender prioritariamente la protección a esos otros derechos fundamentales, lo que exige una eficiente articulación de esfuerzos tanto a nivel interno como desde las instancias y mecanismos internacionales. En esa perspectiva, se debe afirmar el respeto a la libertad e integridad personal de los individuos en toda realidad, como fin en sí mismo y medio de eliminar condiciones favorables para el surgimiento de aquella práctica.

En el plano interno se hace indispensable por ejemplo, dotar de plena eficacia instrumentos como el Habeas Corpus para todo tipo de detención arbitraria. Por ello, desde los sistemas internacionales de protección, merecen especial atención iniciativas como la reciente creación del Grupo de Trabajo sobre detenciones arbitrarias por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas; una labor coordinada de estas instancias internacionales, puede contribuir decididamente en el empeño de reducir ostensiblemente los márgenes de arbitrariedad estatal que sirven de base a la práctica de la detención-desaparición forzada.

2 - El aumento de casos de detención-desaparición en el mundo (19,000 hasta 1990 y 25,000 para 1992 según el GT, considerando tan sólo los que habían sido objeto de comunicación a los Gobiernos) nos da una idea de la magnitud del problema y la necesidad de prepararse para nuevos retos en torno al mismo. En ese sentido, la elaboración de instrumentos internacionales como la Declaración de Naciones Unidas significan un avance importante que debe ser aprovechado por todos los que trabajan por la erradicación del fenómeno. En el mismo objetivo, el proyecto de Convención para el sistema interamericano, debe ser materia de una atenta revisión, de forma que, superando sus actuales limitaciones, recoja la experiencia obtenida en estos años - fundamentalmente en lo que toca a medidas y políticas de prevención y procedimientos de observancia obligatoria para los Estados - y, al mismo tiempo, ayude a reforzar los instrumentos actualmente operativos.

Resulta particularmente importante cuidar que los textos internacionales no sean afectados por posiciones que tiendan a limitar en la práctica, la intervención de las instancias supranacionales en situaciones de países que deben responder por la perpetración de estos crímenes. En la misma medida, conviene que la codificación de tales documentos, no restrinjan inconvenientemente los márgenes de actuación de instancias como el GT de Naciones Unidas, cuya experiencia ha puesto en evidencia la importancia de desarrollar una tarea permanentemente creativa y capaz de responder a los nuevos retos que el fenómeno de la desaparición presenta en cada realidad y circunstancia.

De otro lado, también en la perspectiva señalada, debiera explorarse la posibilidad de diseñar mecanismos diferenciados de acción, según se trate de la evaluación del problema en países en los que la práctica de la desaparición ha tenido lugar con anterioridad, de aquellos en los que continúa vigente y ha adquirido carácter sistemático. En este último caso por ejemplo, cabría presionar de manera más insistente para acoger la sugerencia del GT a fin de que se brinden servicios de asesoramiento a los gobiernos involucrados.

Refuerza el anterior planteamiento la experiencia de las visitas del GT a países en los que el fenómeno de la detención-desaparición se hallaba vigente, como en el caso peruano. Las dos visitas realizadas en los años 1985-1986, permitieron aunar esfuerzos para crear conciencia acerca de la dimensión del problema y presionar al gobierno a tomar acción, de forma que pudo apreciarse una reducción temporal del número de casos.

Es evidente que el seguimiento y supervisión de la puesta en práctica de las medidas recomendadas a los gobiernos en torno a esta problemática, constituye un aspecto fundamental en el que aún no ha sido posible obtener resultados muy alentadores y en el cual habría que demandar mayor esfuerzo a los órganos superiores del sistema.

3 - Finalmente, el tema de la impunidad, no sólo debe ser abordado como un problema de justicia y de valores éticos que atañen al conjunto de la sociedad, sino también como un serio impedimento para frenar la práctica de la desaparición forzada de personas y hacer viable la identificación y búsqueda de las víctimas.

En tal sentido, es indispensable insistir en la promoción de medidas contra la impunidad, exigiendo la tipificación del delito bajo términos que hagan factible su aplicación en los casos concretos, considerando además el carácter de crimen de lesa humanidad que determine su imprescriptibilidad, la factibilidad de establecer una jurisdicción universal y la imposibilidad de que los responsables puedan solicitar acogerse a los beneficios del asilo político.

Independientemente de lo planteado, debe merecer especial atención la afectación que, medidas políticas como la amnistía o el perdón, pueden generar en el objetivo de esclarecer debidamente los casos. Es imprescindible garantizar que esas acciones de esclarecimiento no puedan ser obstaculizadas de ninguna manera, reconociendo el derecho fundamental y prioritario que asiste a las víctimas (lo que incluye a los familiares y personas cercanas) de conocer lo sucedido. La gravedad del fenómeno de la detención-desaparición, calificado ya como la forma más global de violación de derechos humanos, así lo exige.



Derecho de restitución, compensación y rehabilitación

Theo van Boven*

Profesor de Derecho

Universidad de Limburgo, Países Bajos

I - Introducción

El mundo ha sido testigo, en los últimos tiempos, de la desaparición de varios regímenes represivos que fueron grandes violadores de derechos humanos y libertades fundamentales. El final de una dictadura no siempre va seguido necesariamente, de la introducción o restablecimiento del imperio del derecho. No obstante, en un buen número de países se ha restaurado la democracia y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En esas situaciones afloran una serie de problemas complejos, tales como: cuándo castigar o perdonar, cuáles son las responsabilidades de los regímenes posteriores al represivo con respecto a las víctimas, los violadores y la sociedad en su conjunto, cuáles son las responsabilidades de otros actores nacionales e internacionales, cuáles son las prescripciones del derecho internacional y en particular del derecho internacional humanitario y del de los derechos humanos.¹

* El autor es Relator especial sobre el tema, de la Subcomisión de Naciones Unidas de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Por más detalles consultar su informe preliminar y sus dos informes posteriores, presentados a la Subcomisión, documentos: E/CN.4/Sub.2/1990/10, E/CN.4/Sub.2/1992/7 y E/CN.4/Sub.2/1992/8.

1 Ver: Crímenes del Estado, Castigo o Perdón: Documentos e informe de la Conferencia realizada del 4 al 6 de noviembre de 1988 como parte del Programa Justicia y Sociedad del Instituto Aspen, Maryland, 1989.

Este documento analiza sólo uno de los problemas, el de la restitución, compensación y rehabilitación para las víctimas. Si bien este problema se plantea con mayor énfasis y persuasión en las situaciones post dictatoriales y con referencia a las violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos y libertades fundamentales que afectan la vida, libertad y seguridad de la persona, su alcance no debería, de ninguna manera, circunscribirse tan sólo a ese contexto. El problema también hace su aparición con respecto a las víctimas de violaciones del derecho humanitario, en tiempos de conflictos armados internacionales y no internacionales. Asimismo, la ocupación ilegal de un país o de un territorio pueden constituir una situación causante de perjuicios y daños a los derechos humanos, dando lugar a reclamos legítimos de restitución, compensación y rehabilitación. La línea de alcance puede extenderse mucho más hasta el resarcimiento y reparación de las víctimas de desastres nucleares y otros, incluso de accidentes y riesgos del medio ambiente y a los efectos perjudiciales o efectos complementarios de ciertos productos farmacéuticos. Se recordará por ejemplo las víctimas individuales y colectivas de la tragedia de Bhopal y el accidente de Chernobyl.

Este documento presenta en primer lugar un inventario de las principales normas internacionales sobre derechos humanos, prevención del delito, justicia criminal y derecho humanitario (Capítulo II). El capítulo siguiente contiene un panorama de las decisiones y opiniones pertinentes de los órganos internacionales de derechos humanos, en especial del Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Capítulo III). Posteriormente se hace referencia al problema impunidad en relación con el derecho de reparación que tienen las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos (Capítulo IV). Finalmente, para concluir se hacen algunas observaciones (Capítulo V). En el Apéndice se agregan las conclusiones de la Conferencia de Maastricht sobre el tema (realizada del 11 a 14 de marzo de 1992). Estas conclusiones se refieren *inter alia*, a los actores y niveles de responsabilidad, tipos de violaciones, víctimas, formas de reparación, normas, procedimientos y mecanismos.

II - Inventario sobre normas internacionales vigentes

1 - Normas de derechos humanos (instrumentos regionales y universales de derechos humanos)

Una serie de instrumentos regionales y universales de derechos humanos contienen disposiciones expresas sobre el derecho de toda persona a un “recurso efectivo”, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos humanos reconocidos por la constitución o por la ley. Esta formulación está contenida en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La noción de “recurso efectivo” también se encuentra incluida en el artículo 2 (3)(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 6 de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Algunos instrumentos de derechos humanos se refieren, en forma más particular, al “derecho a ser indemnizada conforme a la ley” (artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) o el “derecho a una adecuada compensación” (artículo 21 (2) de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos”).

Aún más específicas son las disposiciones del artículo 9 (5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 5 (5) del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales que hace referencia a “tendrá derecho a una reparación”. En forma similar, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes contiene una disposición que prescribe para la víctima de un acto de tortura la reparación y “el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible” (artículo 14 (1)).

En algunos instrumentos, una disposición específica indica que la compensación se hará de conformidad con la ley o con la legislación nacional (artículo 14 (6) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 11 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes). Se encuentran disposiciones

referentes a la reparación o satisfacción de daños en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, cuyo artículo 6 expresa el derecho a pedir “satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño”. La Convención de la OIT referente a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, también se refiere a una “real compensación de los daños” (artículo 15(2)), a una “compensación en dinero” y “bajo garantías apropiadas” (artículo 16(4)), y a compensación total “por cualquier pérdida o daño” (artículo 16(5)).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos habla de “indemnización compensatoria” (artículo 68) y dispone “que se reparen” las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de un derecho o libertad y “el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (artículo 63(1)). La Convención sobre Derechos del Niño contiene una disposición sobre la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas apropiadas para promover “la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima...” (artículo 39).

2 - Normas del área de la prevención del delito y la justicia criminal

Disposiciones sustanciales referentes a varias cuestiones sobre restitución, compensación y asistencia a las víctimas de crímenes se encuentran en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (Resolución de la Asamblea General 40/34 del 29 de noviembre de 1985). La que establece lo siguiente:

- a) Las víctimas tendrán derecho a una pronta reparación del daño que hayan sufrido;
- b) Serán informadas de sus derechos para obtener reparación;
- c) Los delincuentes o los terceros responsables resarcirán equitativamente a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de

los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos;

- d) Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente;
- e) Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria.

La Declaración también prescribe que los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales (principio 9).

3 - Normas del derecho internacional humanitario

El artículo 3 del Convenio de La Haya Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra de Tierra dispone la obligación de las partes contratantes de pagar indemnización en caso de violación de las regulaciones. El artículo 41 del IV Convenio de La Haya también establece el derecho de demandar indemnización por las pérdidas ocurridas en caso de violaciones de las cláusulas del armisticio. Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 contienen artículos similares en los que se dispone: "Ninguna Parte contratante podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte contratante", respecto a las infracciones siguientes: "homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o a la salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria".

El artículo 68 del Convenio de Ginebra Sobre el Trato a los Prisioneros de Guerra se refiere específicamente a toda demanda de indemnización formulada por un prisionero de guerra. El artículo 55 del Convenio de Ginebra Sobre la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra establece que la potencia ocupante "tomará las

medidas adecuadas para que toda reclusa sea indemnizada en su justo precio”. Finalmente, el Protocolo I (Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales), expresa en su artículo 91 “la Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar ..”.

III - Decisiones y opiniones pertinentes de los órganos internacionales de derechos humanos

1 - Comité de Derechos Humanos

Con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos puede recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Las decisiones del Comité de Derechos Humanos se denominan “observaciones” en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Una vez que el Comité ha comprobado una violación de una o más disposiciones del Pacto, pide por lo general al Estado Parte que tome medidas adecuadas para poner remedio a la violación. La base de esas medidas es el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, según el cual cada uno de los Estados Partes se compromete a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo. El Pacto contiene disposiciones más concretas en materia de compensación en el párrafo 5 del artículo 9, en el que se dispone que toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación, así como el párrafo 6 del artículo 14, en el cual se estipula que la persona que haya sufrido una pena como resultado de un error judicial deberá ser indemnizada.

Si bien los casos tratados por el Comité de Derechos Humanos se refieren a la gran mayoría de las disposiciones del Pacto, la cuestión de

proporcionar recursos, entre ellos una indemnización a las víctimas de las violaciones del Pacto, se presentaron sobre todo con respecto a:

- a) El derecho a la vida (art.6 del Pacto);
- b) El derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.7);
- c) El derecho a la libertad y a la seguridad personales (art.9), inclusive:
 - (i) El derecho a no ser sometido a detención o prisión arbitrarias (párr.1),art.9);
 - (ii) El derecho a ser llevado sin demora ante un juez y a ser juzgado dentro de un plazo razonable (párr.3),art.9);
 - (iii) El derecho a impugnar su detención o prisión (o el recurso de *habeas corpus* (párr.4),art.9):
- d) El derecho a ser tratado humanamente durante la prisión (art.10);
- e) El derecho a ser oído con las debidas garantías por un tribunal competente (art.14), inclusive:
 - (i) El derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial (párr.1),art.14);
 - (ii) Garantías mínimas en la determinación de la acusación, en particular el derecho a comunicarse con un defensor (párr.3) b),art.14);
 - (iii) El derecho a la asistencia jurídica de su elección (párr.3) b) y d), art.14);
 - (iv) El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (párr. 3) c), art.14);
 - (v) El derecho a examinar testigos (párr. 3) e), art.14);
 - (vi) El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (párr. 3) g), art.14);
 - (vii) El derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior (párr. 5), art.14).

El examen de los casos sometidos al Comité de Derechos Humanos que entrañan, en particular, violaciones de los artículos 6 y 7 del Pacto, pone de relieve que existe un claro vínculo entre los recursos efectivos a que tienen derecho las víctimas, los recursos encaminados a prevenir que se produzcan otras violaciones semejantes y la cuestión de las medidas de seguimiento adoptadas por el Estado Parte interesado con respecto a los recursos solicitados en las observaciones del Comité.

En lo que respeta a la obligación de los Estados Partes de asegurarse que las personas cuyos derechos y libertades han sido violados dispongan de recursos efectivos (párr. 3 del art.2 del Pacto) el Comité, además de exponer su opinión de que los Estados Partes se hallaban obligados a adoptar medidas eficaces para reparar las violaciones, expuso diversos tipos de recursos de los que se debe hacer uso según el carácter de las violaciones y la condición de las víctimas. En consecuencia, el Comité de Derechos Humanos ha expresado en reiteradas ocasiones la opinión de que el estado Parte está obligado:

- (i) A investigar los hechos;
- (ii) A tomar medidas al respecto según sea apropiado;
- (iii) A enjuiciar a las personas a quienes se presume responsables de los hechos;
- (iv) A conceder a las víctimas un trato conforme a las disposiciones y garantías del pacto;
- (v) A proporcionar atención médica a las víctimas;
- (vi) A pagar una indemnización a las víctimas o a sus familiares.

En lo que respeta a la obligación de pagar una indemnización, el Comité de Derechos Humanos ha utilizado diversas formulaciones:

- (i) Indemnización a la víctima (la persona desaparecida) o a su familia por cualquier daño que haya sufrido;²

2 Caso N° 30/1978 (Irene Bleier Lewenhoff y Rosa Valiño de Bleier c. Uruguay).

- (ii) indemnización al esposo por la muerte de la esposa;³
- (iii) indemnización adecuada a la familia de la persona a la que se dio muerte;⁴
- (iv) indemnización por los agravios sufridos;⁵
- (v) indemnización por los daños físicos y mentales y por los sufrimientos causados a la víctima con el trato inhumano a que estuvo sometida;⁶
- (vi) indemnización a los familiares supervivientes.⁷

En este sentido deben hacerse dos observaciones. En primer lugar, cabe suponer que, a juicio del Comité, la base para determinar el monto o la naturaleza de la indemnización no es sólo el daño físico sino también el agravio o daño moral. En segundo lugar, no está del todo claro si el Comité reconoce en caso de muerte o desaparición de una persona, que los miembros de la familia tienen un derecho propio a la indemnización debido a sus propios sufrimientos y angustias o que los familiares deben ser indemnizados por los daños infligidos a la propia víctima. Por lo menos en un caso,⁸ el Comité decidió que la madre de la persona desaparecida había sido, por sí misma, también una víctima.

“El Comité comprende el profundo pesar y la angustia que padece la autora de la comunicación como consecuencia de la desaparición de su hija y de la continua incertidumbre sobre su suerte y su paradero.

3 Caso N° 45/1979 (Pedro Camargo c. Colombia).

4 Caso N° 84/1981 (Guillermo Ignacio Dermitt Barbato y Hugo Haroldo Dermitt Barbato c. Uruguay).

5 Caso N° 107/1981 (Elena Quinteros Almeida y María del Carmen Almeida de Quinteros c. Uruguay).

6 Caso N° 110/1981 (Antonio Viana Acosta c. Uruguay).

7 Casos Nos 146/1983 y 148-154/1983 (John Khemradi Barboeram y otros c. Suriname).

8 Caso N° 107/1981 (Elena Quinteros y María del Carmen Almeida de Quinteros c. Uruguay).

La autora tiene derecho a saber lo que ha sucedido a su hija. En ese sentido es también una víctima de las violaciones del Pacto, en particular del artículo 7, soportadas por su hija.” (párr. 14)

El Comité instó a que se pagara una indemnización por los agravios sufridos, presumiblemente por los agravios sufridos tanto por la hija desaparecida como por la madre.

El Comité de Derechos Humanos subraya constantemente el aspecto preventivo de los recursos en sus frecuentes llamamientos a los Estados Partes para que “tomen medidas a fin de asegurar que no se produzcan violaciones semejantes en el futuro”. El Comité ha reiterado también su punto de vista de que los Estados Partes están obligados a adoptar medidas inmediatas para asegurar el estricto cumplimiento de las disposiciones del Pacto. Más en particular, en lo que respecta al derecho a la vida, el Comité instó, a manera de acción preventiva, a que el Estado interesado garantizara la debida protección a ese derecho mediante una enmienda de la ley.⁹

2 - Comité contra la Tortura

De conformidad con el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, las personas que aleguen que cualquiera de sus derechos enumerados en la Convención han sido violados por un Estado Parte y que hayan agotado todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, pueden presentar comunicaciones escritas al Comité contra la Tortura para que éste las examine. Al 31 de diciembre de 1990, 26 de los 55 Estados Partes habían declarado que reconocían la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones con arreglo al artículo 22 de la Convención. En los casos Ns. 1/1988, 2/1988, 3/1988 (O.R., H.M. y M.S. c. Argentina) los peticionarios, que eran familiares de tres personas que murieron víctimas de la tortura, impugnaron la “Ley de obediencia debida” y la “Ley de punto final” por ser incompatibles con las obligaciones del Estado Parte con arreglo a la Convención. El Comité declaró las

9 Caso N° 45/1979 (Pedro Camargo c. Colombia).

comunicaciones inadmisibles *ratione temporis*, puesto que la Convención no podía aplicarse retroactivamente.

Sin embargo, en un notable *obiter dictum* que es del mayor interés para el tema del presente estudio, el Comité observó que las leyes recusadas eran incompatibles con el espíritu y los propósitos de la Convención. El Comité instó al Estado Parte a no dejar a las víctimas de la tortura y a las personas a su cargo sin reparación alguna. El Comité consideró que si ya no era posible emprender una acción civil de indemnización porque había vencido el plazo de presentación de una acción de ese tipo, vería con plena satisfacción, atento al espíritu del artículo 14 de la Convención (relativo al derecho a una indemnización justa y adecuada) la adopción de medidas apropiadas para permitir indemnizaciones adecuadas. El Comité indicó que desearía recibir del Estado Parte información pormenorizada relativa al número de reclamaciones por indemnización para las víctimas de la tortura durante la “guerra sucia”, o para sus familiares a cargo, que hubieran sido satisfechas, incluyendo las condiciones para poder recibir dicha indemnización. Poco después de formular sus observaciones el Comité recibió una respuesta sustantiva del Gobierno de Argentina.¹⁰

Vale la pena poner de relieve dos aspectos en relación con los casos antes mencionados. En primer lugar, a pesar de haber declarado las comunicaciones inadmisibles *ratione temporis*, el Comité contra la Tortura, teniendo en cuenta los importantes principios que entrañaban los casos en cuestión, decidió dar a conocer sus puntos de vista e instar al Gobierno interesado a que adoptase las medidas de reparación, entre ellas el otorgamiento de una indemnización adecuada. En segundo lugar, siguiendo la política y la práctica del Comité de Derechos Humanos, el Comité se puso a disposición del Gobierno para iniciar con él un diálogo acerca de las cuestiones relativas a la reparación y los recursos de las víctimas y sus familiares.

10 Informe del Comité contra la Tortura a la Asamblea General en su cuadragésimo quinto período de sesiones, A/45/44, anexo VI.

3 - Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido ante sí una serie de casos que entrañan desapariciones atribuidas a las fuerzas armadas y de seguridad de Honduras.¹¹ La Corte dictó sentencias en el **caso Velásquez Rodríguez**,¹² el **caso Godínez Cruz**,¹³ y el **caso Fairén Garbí y Solís Corrales**.¹⁴ En vista de la semejanza de esos casos, tan sólo se hará referencia con fines prácticos, al **caso Velásquez**. Cabe destacar tres aspectos que merecen especial atención. En primer lugar, la obligación de pagar una indemnización en relación con la obligación de prevenir, investigar y castigar. En segundo lugar, la fijación del monto de la indemnización compensatoria. En tercer lugar, la cuestión del seguimiento y supervisión.

Cabe señalar que la Corte Interamericana interpreta la obligación contenida en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el sentido de que los Estados Partes se comprometen a asegurar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, de una manera amplia. La Corte declaró que:

“Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y castigar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y, aún más, si fuera posible, tratar de restaurar el derecho que ha sido violado y otorgar indemnización según sea adecuado por los daños que son resultado de las violaciones.”¹⁵

11 Ver: Juan E. Méndez y José Miguel Vivanco, “Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a litigation experience”, en *Hamline Law Review*, Vol. 13 (1990), págs. 507 a 577.

12 Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C. N° 4 (1988)

13 Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C. N° 5 (1989).

14 Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C. N° 6 (1989).

15 Sentencia, nota 12, párr.166.

En el mismo orden de ideas la Corte señaló que:

“El Estado tiene el deber legal de tomar medidas razonables para impedir las violaciones de derechos humanos y usar los medios que tenga a su disposición para llevar a cabo una investigación seria de las violaciones cometidas dentro de su jurisdicción, e identificar las personas responsables, imponerles el castigo apropiado y asegurar una indemnización a la víctima.”¹⁶

Según el planteamiento de la Corte, que es muy semejante al del Comité de Derechos Humanos, como se ha expuesto antes, la obligación de prevenir y la obligación de restaurar se hallan estrechamente vinculadas entre sí. Más aún, resulta claro que el enfoque preventivo debe recibir la debida prioridad porque vale más prevenir que curar. También cabe señalar que, entre los medios de reparación, la Corte menciona en una orden dictada más adelante la investigación de las violaciones que se han cometido, el castigo de los culpables y el otorgamiento de una indemnización adecuada. En otras palabras, la reparación significa que debe hacerse plena justicia en relación con la sociedad en su conjunto, las personas responsables y las víctimas. Las medidas compensatorias forman parte de una política de justicia.

En su sentencia del 29 de julio de 1988, la Corte Interamericana decidió, teniendo en cuenta el párrafo 1 del artículo 63 de la Convención Americana, que el Estado Parte interesado debía pagar una indemnización justa a los familiares de la víctima y que la forma y el monto de dicha indemnización, en caso de no haberse llegado a un acuerdo en un plazo de seis meses a partir de la fecha de la sentencia, debían ser decididos por la Corte y que, con tal objeto, la Corte mantenía su jurisdicción en el caso. Por consiguiente, la Corte volvió a ocuparse del caso y el 21 de julio de 1989 dictó una sentencia sobre indemnización compensatoria en el **caso Velásquez Rodríguez**¹⁷. En dicha sentencia la Corte definió el alcance del contenido de la

16 Idem. párr. 174.

17 Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C. N° 7 (1989).

indemnización justa que debía pagarse a la familia de la persona desaparecida.

La Corte dejó en claro que en tanto que principio de derecho internacional toda violación de una obligación internacional que tenga por resultado un daño crea el deber de repararlo adecuadamente. En tal sentido, la Corte decidió que la reparación “consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”.¹⁸ En lo que se refiere al daño moral, la Corte declaró que éste era resarcible según el derecho internacional (es decir, la Convención Americana de Derechos Humanos) y que la indemnización debía ajustarse a los principios de equidad. En el mismo contexto, la Corte se refirió a la disposición aplicable de la Convención Americana (párr. 1 del art. 63) que, a juicio de la Corte “no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo”.¹⁹

En lo que respecta al alcance de la reparación, la Corte observó que las medidas de investigación de los hechos, el castigo de los responsables, una declaración pública de reprobación de la práctica de las desapariciones involuntarias y, de hecho, la sentencia de la propia Corte sobre el fondo del caso constituía una parte de la reparación y una satisfacción moral de importancia para las familias de las víctimas. De otra parte, contrariamente a lo que habían solicitado los abogados de las víctimas, la Corte sostuvo que la indemnización compensatoria no estaba comprendida en la expresión “justa indemnización” empleada en el párrafo 1 del artículo 61 de la Convención Americana. Esta expresión se refería, según la Corte, a una parte de la reparación y a la “parte lesionada”, y en consecuencia era

18 Sentencia sobre la indemnización, caso Velásquez, párr. 26.

19 Idem., párr. 30.

compensatoria y no sancionatoria. Como resultado de ello, la Corte llegó a la conclusión de que una justa indemnización comprendía la reparación a los familiares de la víctima por los daños y perjuicios materiales y morales sufridos debido a la desaparición involuntaria de la víctima.²⁰ Todavía cabe señalar que la Corte examinó ampliamente la cuestión de los daños morales y llegó a la conclusión de que la desaparición de la víctima había producido consecuencias psíquicas nocivas en sus familiares inmediatos, que debían ser indemnizados bajo el concepto de daño moral.²¹

IV - La cuestión de la impunidad en relación con el derecho de reparación que tienen las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos

Todo estudio de las cuestiones relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación que tienen las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y las libertades fundamentales tiene que abordar la cuestión de la impunidad. No es posible ignorar que existe una conexión clara entre la impunidad de los autores de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y la no concesión de una reparación equitativa y adecuada a las víctimas y a sus familias o personas a cargo.

En muchas situaciones en que la impunidad ha sido sancionada por ley o en que existe una impunidad de hecho para los responsables de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, se impide efectivamente a las víctimas solicitar y recibir una reparación y compensación. De hecho, cuando las autoridades del Estado renuncian a investigar los hechos y a determinar responsabilidades penales, resulta muy difícil para las víctimas o sus familiares emprender acciones legales eficaces con el fin de obtener una reparación equitativa y adecuada.

20 Idem, párrs. 32-39.

21 Idem, párr. 51.

Los órganos jurídicos encargados de vigilar que los Estados Partes en tratados de derechos humanos cumplan con las obligaciones que se derivan de esos instrumentos, han adoptado una posición firme y coherente estableciendo las medidas que han de adoptarse para remediar las violaciones de los derechos humanos. Entre estas líneas figura la obligación de investigar los hechos, enjuiciar a las personas responsables y asegurar una reparación a las víctimas.²² En particular, el **caso Velásquez Rodríguez**,²³ una decisión trascendental de la Corte Interamericana de Derechos Humanos confirmó la misma posición firme y coherente. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se basó sobre todo en esta sentencia para llegar a la conclusión, al examinar los casos de ocho demandantes, de que la ley de amnistía de Uruguay promulgada en 1986 (Ley de Caducidad), que concedía impunidad a los policías y militares que habían violado los derechos humanos durante el período de gobierno militar, constituye una violación de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana señaló en su informe, de fecha 2 de octubre de 1992, que Uruguay, al aprobar y aplicar la **Ley de Caducidad**, no había realizado ninguna investigación oficial para averiguar la verdad acerca de los acontecimientos pasados. La Comisión reiteró la opinión de la Corte en el caso Velásquez Rodríguez de que la renuncia de un Estado a realizar una investigación seria, por lo que en consecuencia la violación quedaba sin castigo y la víctima sin indemnización, significaba un incumplimiento de la obligación del Estado de garantizar el ejercicio pleno y libre de los derechos afectados. La Comisión Interamericana terminó recomendando al Gobierno que pagara a los demandantes una justa indemnización por la violación de sus derechos y la adopción de las

22 Ver Capítulo III de este documento.

23 Nota 12 anterior

medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones.²⁴

También es pertinente recordar que el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias ha adoptado una posición firme contra la impunidad. El Grupo de Trabajo dijo que quizás el factor único que más contribuía al fenómeno de las desapariciones fuese el de la impunidad. Las personas que cometían violaciones de los derechos humanos, fuesen civiles o militares, se volvían más peligrosas cuando no tenían que rendir cuentas ante un tribunal. El Grupo de Trabajo dijo además que la impunidad también podía inducir a las víctimas de estas prácticas a recurrir a alguna forma de autoayuda y a tomarse la justicia por su mano, lo que a su vez exacerba la espiral de la violencia.²⁵ Por lo tanto, puede concluirse que en una atmósfera social y política en la que prevalece la impunidad, es probable que el derecho a la reparación que tienen las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y las libertades fundamentales sea una mera ilusión. Resulta difícil imaginar un sistema judicial que vele por los derechos de las víctimas y se mantenga al mismo tiempo indiferente e inactivo ante los flagrantes delitos de quienes los han violado.

V - Observaciones a modo de conclusión

La reparación por las violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado no es sólo una cuestión pecuniaria. Implica el reconocimiento del daño e injusticia cometidos contra personas que han sido víctimas de crímenes y abusos de poder.

24 Ver para más detalles la presentación escrita hecha por la Comisión Internacional de Juristas al 44º período de sesiones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (NU Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/ONG/9).

25 Doc. E/CN.4/1990/13, párrs. 18-24 y 344-347.

La reparación también implica la revelación de la verdad y la determinación precisa de las responsabilidades.

La reparación forma parte de estrategias políticas, sociales y de justicia penal que son incompatibles con la impunidad y requieren, como repetidamente ha sido señalado por los organismos internacionales de derechos humanos, la investigación de los hechos y el enjuiciamiento de las personas responsables de haber cometido abusos y crímenes. La reparación al mismo tiempo que hace justicia y brinda compensación por los sufrimientos padecidos, forma parte de las estrategias y políticas preventivas. Los organismos internacionales de derechos humanos constantemente han insistido también en el aspecto preventivo de las reparaciones y el estrecho vínculo entre la obligación de prevenir y la obligación de reparar. Es esencial trazar y desarrollar políticas que tengan por objetivo acabar con las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y crear mecanismos idóneos de reparación. Es igual o más importante aún, determinar y llevar a la práctica estrategias tendientes a prevenir que ocurran violaciones de derechos humanos, y de esta forma poner a las personas a salvo de innumerables sufrimientos.

El Anexo de este documento contiene las conclusiones de la Conferencia de Maastricht sobre el Derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, celebrado del 11 al 14 de marzo de 1992, en la Universidad de Limburgo, Maastricht, Países Bajos. Se espera que estas conclusiones puedan ser un aporte fecundo al conjunto de los esfuerzos que, a nivel internacional y nacional, se llevan a cabo para el desarrollo de principios y directrices con el objetivo de dar reparación a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y de prevenir su reiteración. Será bien recibido todo comentario que se desee hacer sobre las conclusiones que se reproducen en el anexo de este documento.

ANEXO

Conclusiones de la Conferencia de Maastricht sobre el Derecho de Restitución, Indemnización y Rehabilitación a las Víctimas de Violaciones Flagrantes de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

(Maastricht, Países Bajos, 11 a 14 de marzo de 1992)

Generalidades

1. En estas conclusiones el término “reparación” se refiere a todo tipo de compensación, material y no material, concedida a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Los términos “indemnización”, “restitución” y “rehabilitación” expresan aspectos particulares de la reparación.
2. La cuestión de la reparación no ha recibido suficiente atención y debería ser examinada tanto por las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales como en el plano nacional.
3. La cuestión de la reparación debe considerarse en el contexto general de la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de la prevención de las violaciones de dichos derechos y libertades.
4. Debe tenerse debidamente en cuenta la experiencia adquirida por varios países que han atravesado un período en el que se produjeron violaciones flagrantes de los derechos humanos.
5. Si bien todos los Estados están obligados, por cuestión de principios, a reparar las violaciones flagrantes de los derechos humanos, es preciso tener en cuenta los diferentes niveles de desarrollo y circunstancias particulares al preparar directrices de aplicación universal.

Responsables y niveles de responsabilidad

6. Por cuestión de principios, todo Estado tiene la responsabilidad de remediar las violaciones de los derechos humanos y permitir a las víctimas ejercer su derecho a obtener una reparación. Los Estados deben aplicar fielmente las normas internacionales, regionales y nacionales en materia de derechos humanos. Por consiguiente, todos los gobiernos deben establecer leyes, instituciones, normas y programas con el fin de impedir en todo momento las violaciones flagrantes de los derechos humanos.
7. Las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales a nivel mundial y regional deben respaldar y promover un examen y una gestión adecuados de la reparación en el plano nacional.
8. Las organizaciones no gubernamentales deben insistir, cuando sea necesario, en el reconocimiento y la aplicación del derecho de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos a obtener una reparación, tanto en el plano internacional como en el nacional, por ejemplo denunciando las violaciones y ayudando a las víctimas a presentar sus reclamaciones.
9. Las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales, los Estados y las organizaciones no gubernamentales deben prestar mayor atención a la manera de prevenir y corregir los abusos en materia de derechos humanos. El hecho de que

los autores potenciales de violaciones sepan que tendrán que responder de su conducta puede tener un efecto disuasivo.

Tipos de violaciones

10. Si bien la violación de cualquier derecho humano da a la víctima derecho a obtener una reparación, en el presente documento se entiende que entre las violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales figuran por lo menos las prácticas siguientes: el genocidio, la esclavitud y prácticas similares, las ejecuciones sumarias o arbitrarias, la tortura, las desapariciones, la detención arbitraria y prolongada y la discriminación sistemática.
11. También las violaciones de otros derechos humanos, incluidas las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden ser graves y sistemáticas en cuanto a su alcance y carácter, y deben recibir, por consiguiente, la debida atención en lo que respecta al derecho de reparación.

Víctimas

12. Un principio básico que hay que tener en cuenta al abordar la cuestión de la reparación son las necesidades y deseos de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Todos los organismos y mecanismos que se ocupan de cuestiones humanitarias y de los derechos humanos en los planos nacional e internacional deben tener en cuenta el punto de vista de las víctimas y el hecho de que éstas a menudo padecen durante mucho tiempo las consecuencias de los daños que les han infligido.
13. A los efectos de determinar la noción de víctima, debe prestarse atención a la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985), en particular a las frases siguientes de los párrafos 1 y 2 de la Declaración:
“Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales (...).
En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.”
14. Además de los medios de reparación individuales, también deben adoptarse las medidas oportunas para permitir que grupos de víctimas o comunidades victimizadas presenten reclamaciones colectivas por daños y obtengan la correspondiente reparación colectiva.

Formas de reparación

15. La reparación es un medio de corregir el pasado y fijar normas para el futuro. En todos los casos la reparación debe ser apropiada y equitativa.

16. La indemnización es una forma de reparación que ha de pagarse en efectivo o entregarse en especie. En esta última modalidad se incluye la atención de salud física y mental, el empleo, la vivienda, la educación y la tierra. A este respecto, la indemnización puede suponer, en las situaciones y casos apropiados, una reasignación sustancial de recursos a fin de satisfacer, mediante una discriminación positiva, necesidades esenciales de las personas y grupos cuyos derechos humanos han sido violados o desatendidos de manera flagrante. En general, esta categoría comprende las formas de indemnización cuyo valor puede expresarse en términos monetarios.
17. La reparación de carácter no monetario contribuye al bienestar moral y social de las víctimas y a la causa de la justicia y la paz. La constituyen los siguientes elementos importantes:
 - a) la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad;
 - b) el reconocimiento público de la responsabilidad por las violaciones cometidas;
 - c) el enjuiciamiento de las personas a quienes se considere responsables;
 - d) la protección de las víctimas, sus familiares y amigos y los testigos;
 - e) la celebración de conmemoraciones y homenajes a las víctimas;
 - f) la creación y el patrocinio de instituciones para que se ocupen de las víctimas y la formación de personal para prestarles ayuda;
 - g) la prevención de una repetición de las violaciones del modo siguiente:
 - i) estableciendo un control más estricto de las fuerzas de seguridad, en particular sometiéndolas a la autoridad civil;
 - ii) limitando las competencias de los tribunales militares;
 - iii) reforzando la independencia del poder judicial;
 - iv) protegiendo eficazmente a la profesión legal así como a quienes trabajan en pro de los derechos humanos;
 - v) mejorando los sistemas de registro de detenidos;
 - vi) enseñando a las fuerzas de seguridad y a los funcionarios encargados de aplicar la ley a respetar y conocer mejor los derechos humanos.

Normas

18. Se recomienda que las Naciones Unidas presten atención prioritaria a la redacción de una serie de principios y directrices que formulen de manera más concreta el derecho que tienen las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos a obtener reparación.
19. Se recomienda además que, cuando proceda, en los nuevos instrumentos internacionales de derechos humanos se incluyan disposiciones relativas a la reparación y que se considere la posibilidad de enmendar los instrumentos existentes en este sentido.
20. La propuesta de preparar una convención internacional sobre la reparación para las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos merece ser examinada con la debida atención. El proceso de preparación y redacción de una convención de ese tipo puede servir para centrar la atención de los

gobiernos en estas cuestiones, promover intercambios de experiencias nacionales e inducir a los países a desarrollar sistemas adecuados para prever, prevenir, evitar y remediar violaciones de los derechos humanos.

Procedimientos y mecanismos

21. Todos los Estados están obligados a procurar que los responsables de violaciones de los derechos humanos sean enjuiciados y que las víctimas obtengan reparación. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico de cada Estado debe ocuparse de esas cuestiones de manera equitativa y eficaz. Aun cuando sea imposible enjuiciar a los autores de las violaciones, el Estado debe proseguir las investigaciones y hacer todo lo necesario para descubrir y revelar la verdad.
22. Todos los Estados deben disponer de mecanismos permanentes de vigilancia para detectar situaciones en que puedan producirse violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, dar la alerta en tales casos, impedir que ocurran y, en el caso desafortunado de que se produzcan dichas violaciones, reaccionar rápidamente para acabar con ellas y procurar que se conceda una reparación a las víctimas y se castigue a los responsables.
23. Para que la verificación de los hechos se lleve a cabo con toda credibilidad debe encargarse de la tarea un órgano independiente de reconocida competencia que haga públicas sus conclusiones.
24. Los procedimientos para resolver las reclamaciones deben ser rápidos y eficaces, respetar las necesidades de las víctimas y estar en consonancia con los principios básicos de la imparcialidad y la justicia.
25. El establecimiento de tribunales de derechos humanos, o tribunales penales, en el plano regional o internacional, así como la aprobación de leyes que autorizaran la jurisdicción universal sobre las violaciones de los derechos humanos, podrían contribuir a que los responsables de esas violaciones tuvieran que responder de sus actos.
26. Las decisiones relativas a la concesión de reparaciones a las víctimas de violaciones de los derechos humanos deben aplicarse con diligencia y rapidez. A ese respecto, deberían establecerse procedimientos complementarios a diversos niveles, como por ejemplo en el plano gubernamental, en los tribunales o en órganos especiales.
27. Las demandas de reparación por violaciones graves de los derechos humanos no deberían en principio estar sujetas a prescripción. Deberían tramitarse con celeridad. No se puede obligar a nadie a que renuncie a presentar demandas de reparación.
28. El establecimiento de centros o instituciones nacionales e internacionales para hacer justicia a las víctimas de violaciones de los derechos humanos sería útil para la protección de los derechos humanos. Tales centros o instituciones deberían crear y mantener un archivo público permanente donde quedara constancia de la verdad. Además, deberían recopilar y reunir información, leyes, estudios y otros materiales relativos a experiencias nacionales pertinentes, fomentar el intercambio de experiencias y comparaciones, sacar las conclusiones adecuadas y ayudar a constituir un acervo de conocimientos en la materia.

Tratamiento de las víctimas y sus familiares

Rehabilitación, reparación, tratamiento médico

Alejandro González *

*Abogado,
Chile*

La política de derechos humanos del Gobierno de Chile

La reparación a las víctimas de violaciones de los derechos humanos ocurridas durante el régimen militar

I - Líneas generales de la política de derechos humanos del gobierno para la concertación de la democracia

El cinco de Octubre de 1988, transcurridos quince años de la dictadura que comenzó con el golpe militar del once de Septiembre de 1973, se inició en Chile un pacífico proceso de retorno a la democracia. En esa fecha, en el plebiscito convocado por el régimen, el pueblo chileno rechazó mayoritariamente la prolongación hasta Marzo de 1997 de la presencia del General Pinochet en la jefatura del gobierno, que proponían los jefes de las tres ramas de las Fuerzas Armadas y de la Policía.

De conformidad con las normas contenidas en la Constitución Política elaborada por el propio régimen militar, el efecto de ese rechazo consistió en la convocatoria a elecciones de Presidente de la República y de integrantes del Parlamento bicameral para el catorce de Diciembre del año siguiente.

* Presidente de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

En la elección de Presidente se impuso, por más del 55% de los sufragios, el Sr. Patricio Aylwin, abanderado de los partidos políticos que habían constituido la disidencia democrática ante la dictadura, agrupados ahora en la combinación denominada “Concertación para la Democracia” que derrotó por amplio margen a la combinación oficialista, integrada por partidos de derecha asociados al régimen militar.

La Concertación para la Democracia triunfó también con porcentaje semejante en las elecciones de miembros del Parlamento, obteniendo amplia mayoría en la Cámara de Diputados; sin embargo, no obstante elegir 22 de los 38 Senadores elegidos mediante el voto popular, la presencia de nueve Senadores, denominados “institucionales”, que habían quedado designados al margen del proceso electoral, revirtió esa situación y la dejó en minoría en el Senado.

El once de Marzo de 1990 asume el mando de la Nación el Presidente Aylwin y queda formalmente instalado el Parlamento, iniciándose el proceso de reconstrucción democrática, en el cual los problemas de derechos humanos heredados de la dictadura tienen lugar relevante.

Los derechos humanos constituyen un aspecto central de la propuesta mediante la cual los partidos que conforman la Concertación para la Democracia convocaron al pueblo de Chile a la sustitución de la dictadura, primero en el plebiscito de Octubre de 1988, y luego en la elección de Diciembre de 1989.

La declaración de que estos derechos constituyen uno de los fundamentos de la construcción democrática; y que sólo su respeto y el ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo permitirán el pleno desarrollo de la democracia; que su garantía es requisito esencial para el restablecimiento de un Estado Democrático de Derecho que garantice un orden fundado en el respeto a la vida, la libertad y la justicia, es consecuente con los fundamentos éticos que inspiran a los partidos que integran la Concertación y a su vocación democrática y humanista.

Respondía también a la demanda, ciertamente la más crucial, de la sociedad chilena en la transición cuyo inicio se anticipaba para Marzo del 90.

El tema de los derechos humanos expresaba, tal vez como ninguno, el desgarramiento y el dolor sufrido por la sociedad chilena durante la dictadura.

Su situación de violación institucionalizada, masiva y sistemática, constituyó el principal factor de deslegitimación social del régimen dictatorial y, correlativamente, fue el elemento unificante de las fuerzas democráticas, que incentivó la superación de los antagonismos, desacuerdos y recelos del pasado y consolidó el reencuentro social, cultural y político entre ellas.

En esquemática simplificación, la política de derechos humanos de la Concertación se propuso dos objetivos principales:

- asegurar la plena vigencia y respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y prevenir su transgresión, mediante el fortalecimiento del estatuto constitucional y legal de su promoción y protección y la consolidación de una cultura de respeto de los derechos humanos.
- La solución de los problemas pendientes de derechos humanos heredados de la dictadura.

En la herencia de problemas pendientes de derechos humanos dejada por la dictadura, el Gobierno democrático ha debido abordar prioritariamente tres materias:

- El esclarecimiento de la verdad respecto de los crímenes contra los derechos humanos y la reparación moral y material de las víctimas y de sus familiares;
- La libertad de los presos políticos;
- Los exiliados.

II - La búsqueda de la verdad

El movimiento de derechos humanos surgió en Chile prácticamente desde el golpe militar de Septiembre de 1973 y logró muy pronta presencia en todo el país y un buen nivel de eficiencia.

Sin embargo, no obstante la perseverante acción de denuncia de las violaciones a los derechos humanos y la exigencia de su investigación, esos crímenes permanecían en la impunidad hasta el término de la dictadura, tanto por la inacción de los tribunales y la deliberada ineficacia policial en las pesquisas, como por el encubrimiento de las autoridades, primero de hecho y después de derecho, mediante la autoamnistía.

En la generalidad de los casos no sólo los autores se habían sustraído de la acción penal, eludiendo incluso ser identificados, al amparo del ámbito de impenetrable secreto que cubría el accionar de los servicios de seguridad; ni siquiera se había logrado en la investigación judicial establecer las circunstancias de la ocurrencia de los crímenes y, más grave aún, la suerte y destino de las víctimas.

El Programa de la Concertación aseguró el compromiso del Gobierno Democrático de empeñarse en el establecimiento de la verdad en los casos de violaciones de derechos humanos ocurridas a partir del 11 de Septiembre de 1973.

Producida la elección en Diciembre de 1989, ya se visualizaron las dificultades que podían esperarse en el despacho de las iniciativas legales que pudiesen intentarse para el logro de ese objetivo, por la circunstancia de no contar la Concertación Democrática con mayoría en el Senado.

Todos los factores que habían entorpecido la búsqueda de la verdad durante la dictadura subsistían, con la sola excepción de la policía civil, ahora no interferida por un mando político que la tornaba ineficaz, y no parecía viable un cambio de condiciones por vía legislativa. Era necesario buscar otra vía para dar satisfacción a las justas demandas de verdad.

El 24 de Abril de 1990 S.E. el Presidente de la República anunció a la comunidad nacional su decisión de crear la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, a la cual encomendó "la indispensable tarea de preparar, en conciencia, un informe que... establezca un cuadro lo más completo posible sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 11 de Marzo de 1990" precisando que "se entenderían por graves violaciones a los derechos humanos las situaciones de detenidos desaparecidos, ejecutados y torturados con resultado de muerte, en que aparezca comprometida la responsabilidad 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".

Integrada por personas de reconocido prestigio y autoridad moral, tras nueve meses de esforzada tarea, durante los cuales recibió, recogió y analizó todos los antecedentes que le fue posible reunir, aportados tanto por los familiares de las víctimas, como por terceros, por testigos de los hechos denunciados, por organismos de derechos humanos, o recogidos por su propia iniciativa, la Comisión emitió su Informe, acordado por la unanimidad de sus integrantes, del cual hicieron pública entrega el 8 de Febrero de 1991 al Jefe de Estado y éste, a su vez, lo dio a conocer al país el día 4 de Marzo siguiente.

Excedería la necesaria limitación de esta comunicación la descripción del trabajo realizado por la Comisión y del contenido de su informe. Es sí pertinente destacar su valor fundamental: él establece la verdad de lo ocurrido en materia de violación de los derechos humanos durante el período comprendido entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 11 de Marzo de 1990; los hechos han quedado consignados en sus páginas, como testimonio de incontrarrestable fidelidad histórica. Ninguno de los hechos allí afirmados ha sido controvertido; se han intentado explicaciones, que no han negado los hechos denunciados, sino por el contrario, tácitamente reconocido. La Verdad del Informe es hoy una verdad común de la sociedad nacional; el

esclarecimiento y aceptación de los hechos en ese carácter constituye asimismo satisfacción parcial de la demanda de justicia para con las víctimas, pues la verdad es componente esencial de la justicia.

Constituye también esa verdad, reconocida y asumida mayoritariamente por los chilenos, una elevada forma de reparación de la dignidad de las víctimas; con profunda emoción todos los chilenos nos sentimos cabal e íntimamente representados cuando el Presidente de la República, al dar a conocer el Informe, reivindicó “pública y solemnemente la dignidad personal de las víctimas ... denigradas por acusaciones de delitos que nunca fueron probados y de los cuales nunca tuvieron oportunidad ni medios adecuados para defenderse”, y asumiendo la representación de la Nación entera, en su nombre, pidió perdón a sus familiares.

Otro efecto relevante del Informe es su contribución al proceso de reconciliación nacional; el conocimiento de la verdad es, en primer término, un legítimo e inalienable derecho de las víctimas y de sus familias; también lo es de toda la sociedad. Como reiteradamente lo ha señalado el Presidente de la República, las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado “constituyen una herida aún abierta en el alma nacional, que no puede ser ignorada ni cicatrizada por ningún intento de olvidarla”...”La conciencia moral de la Nación exige que se esclarezca la verdad”. Después de tan prolongado lapso de poder absoluto, en que la verdad fue sistemáticamente ocultada, en que mientras unos pocos denunciaban, otros que sabían negaban y quienes debieron investigar no lo hicieron; en que estos hechos se mantuvieron rigurosamente cubiertos por un secreto inaccesible para el pueblo, era legítimo y necesario que éste supiera la verdad de lo ocurrido. Ese secreto explica que muchas personas no creyeran la gravedad y la magnitud de las violaciones denunciadas. Ningún país puede permanecer dividido acerca de acontecimientos importantes de su historia y éste ciertamente lo es; la discrepancia en torno a él era un factor de división y odiosidad entre los chilenos, que el Informe de la

Comisión ha zanjado en gran medida, prestando así valiosa contribución a la reconciliación nacional.

Ya se ha consignado que al término de la dictadura la mayor parte de los crímenes contra los derechos humanos permanecían en la impunidad; no era esperable un cambio significativo en el comportamiento de los tribunales de justicia en estas investigaciones. Por otra parte, la determinación de la responsabilidad criminal es atribución privativa de esos tribunales, en cuyo ejercicio está vedada la interferencia del Poder Ejecutivo. Ante esas circunstancias la opción del Presidente de la República al crear la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, importó una opción por la “verdad social” por sobre la verdad judicial respecto de estos crímenes.

No obstante su efecto reparatorio de la dignidad de las víctimas, el Informe deja pendientes exigencias fundamentales de la justicia, como son la individualización de los autores de los crímenes, la determinación de sus responsabilidades personales y el esclarecimiento del destino de las víctimas; en la mayoría de los casos de detenidos desaparecidos y de ejecutados sin entrega de sus restos a los familiares, la Comisión no logró antecedentes suficientes que le permitieran establecer su paradero.

III - La reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y a sus familias

Conocido el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, quedaba como tarea la promoción de iniciativas de reparación material.

Acogiendo las proposiciones de la Comisión, el 26 de Marzo de 1991, el Presidente de la República envió al Poder Legislativo el Mensaje en que propuso el Proyecto de Ley que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y establece diversos beneficios reparatorios en favor de familiares de las víctimas no sobrevivientes, de violación a los derechos

humanos y de la violencia política, así calificadas por la aludida Comisión, o que en el futuro califique la Corporación.

El trámite legislativo concluyó el 28 de Enero de 1992 y la ley fue definitivamente promulgada, con el número 19.123, mediante su publicación en el Diario Oficial, el 8 de Febrero de 1992.

El daño producido por la pérdida de un ser querido no es susceptible de evaluación y ninguna prestación material puede repararlo; sin embargo, mediante el reconocimiento del derecho de los familiares de las víctimas a los diferentes beneficios que contempla la ley, el Estado asume la obligación moral de contribuir a la reparación del daño que esos familiares han sufrido en su salud y en sus posibilidades de progreso material y social, en suma, a la restitución de una calidad de vida severamente deteriorada durante un lapso muy prolongado.

La ley regula un régimen de pensiones reparatorias, el derecho a recibir gratuitamente prestaciones médicas y concede a los hijos de las víctimas beneficios de carácter educacional.

Las víctimas que generan el derecho a los beneficios reparatorios contemplados en la ley, son aquellas que ya fueron calificadas como víctimas de violación de los derechos humanos o de la violencia política por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y las que en el futuro califique en tal calidad el Consejo Superior de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Debe tratarse de víctimas no sobrevivientes - personas detenidas desaparecidas o muertas- como consecuencia de hechos ocurridos durante el régimen militar, entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 11 de Marzo de 1990.

La aludida Comisión calificó un total de 2.279 víctimas (957 detenidos desaparecidos y 1.322 muertos) y respecto de 641 casos, sin rechazarlos, declaró que no había logrado formarse convicción suficiente en el lapso de que dispuso para cumplir su cometido. Esos casos sobre los cuales la Comisión no se formó convicción, como asimismo otros que no fueron sometidos oportunamente al conocimiento de aquella o sobre los cuales

omitió pronunciarse por falta de antecedentes suficientes, deberán ser calificados por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, la que dispone de plazo hasta el 15 de Julio de 1993 para realizar investigaciones y acopio de antecedentes para emitir su dictamen.

1 - El régimen de pensiones

En materia de pensiones, la ley establece una pensión mensual de reparación en beneficio de los familiares de las víctimas; su monto asciende a \$140.000 (Dólares 370 m/m), se reajusta periódicamente según las normas generales de reajustabilidad de las pensiones del sistema de seguridad social, y se distribuye en la forma siguiente:

- El 40% para el cónyuge sobreviviente (\$56.000 = 150 Dólares m/m)
- El 30% para la madre de la víctima, o para el padre, cuando aquella faltare (\$42.000 = 110 Dólares m/m)
- El 15% para la madre o el padre, en su caso, de los hijos naturales del causante (\$21.000 = 55 Dólares m/m)
- Un 15% para cada uno de los hijos del causante, menores de 25 años, y discapacitados sin tope de edad (\$21.000 = 55 Dólares m/m). En el evento de concurrir más de un hijo, todos y cada uno llevan el 15%, aún cuando con ello se exceda el monto global de la pensión.

Si no existieren uno o más de los beneficiarios señalados, o fallecieron o cesaren en el goce de la pensión, su cuota acrecerá a las de los demás beneficiarios, a prorrata de sus derechos. Si sólo existiere o quedare un único beneficiario, llevará una pensión mensual de \$100.000 (263 Dólares m/m).

No obstante que la ley se promulgó el 8 de Febrero de 1992, para los beneficiarios de los causantes calificados por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, las pensiones se devengan con efecto retroactivo desde el 1° de Julio de 1991; para los

beneficiarios de los causantes que en el futuro califique la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación las pensiones se devengarán desde la fecha en que el Consejo Superior de la Corporación acuerde el dictamen calificadorio.

Complementariamente, por una sola vez, los beneficiarios señalados perciben una bonificación compensatoria equivalente al valor de 12 mensualidades de la pensión a que tengan derecho.

Tanto la pensión como la bonificación compensatoria no están afectos a descuento o cotización alguna y la bonificación no se considera renta para ningún efecto legal.

Adicionalmente, de cargo del Estado, las pensiones mensuales se incrementan con la cotización mínima del 7% del sistema de salud, permitiendo a los beneficiarios acceso a las prestaciones que el sistema otorga.

Finalmente, las pensiones son compatibles con cualquier otra, de cualquier carácter, de que goce o que pudiere corresponder al respectivo beneficiario, y con cualquier otro beneficio de seguridad social establecido en las leyes.

Hasta el mes de Septiembre, mensualmente han percibido pensiones 4.505 beneficiarios, que han acreditado respecto de víctimas no sobrevivientes de violación a los derechos humanos o de la violencia política, calificadas por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, los siguientes vínculos de parentesco:

- Hijos de víctimas, menores de 25 años o discapacitados de cualquier edad:	1.867	(41,44%)
- Cónyuges o convivientes (padres o madres de hijos naturales o ilegítimos)	1.300	(28,86%)
- Madres o padres de las víctimas	1.338	(29,70%)
	<u>4.505</u>	<u>(100%)</u>

La cifra de beneficiarios de pensión, antes señalada, deberá incrementarse con los familiares de víctimas ya calificadas por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, cuyas gestiones

sobre reconocimiento del derecho a pensión se encuentran en trámite y con los de las personas que la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación califique en el futuro como víctimas de violación de los derechos humanos o de la violencia política. Se estima que la cifra definitiva de beneficiarios de estas pensiones reparatorias llegará a alrededor de 8.000 personas.

El desembolso fiscal por este concepto durante el año 1992 ascenderá a la cantidad de 8.200 millones de pesos (22 millones de dólares m/m).

2 - Los beneficios de salud

La reparación del daño en la salud física y mental sufrido por las víctimas de la represión y por sus familiares fue objeto de especial atención por los organismos de derechos humanos chilenos; la experiencia de sus equipos de profesionales de la salud los calificó para formular a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación un diagnóstico muy completo de la entidad del daño que afecta a estas personas, que hacía necesaria su atención en un programa especial.

Con base en ese diagnóstico precedente, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación recomendó que el Estado asumiera, a través del Ministerio de Salud, el desarrollo de uno o más programas especializados destinados a la población más directamente afectada; la proposición fue acogida en la Ley N° 19.123.

A diferencia del régimen de pensiones, que beneficia a determinados familiares directos de víctimas no sobrevivientes, y de los beneficios educacionales, que sólo alcanzan a los hijos, los beneficios médicos alcanzan a un ámbito mayor de beneficiarios.

Por otra parte, la cotización de cargo del Estado, equivalente al 7% del valor de las pensiones, permite el acceso al sistema general de salud, que bonifica parcialmente las prestaciones de salud que otorguen instituciones o profesionales en forma privada. Por su carácter accesorio a la pensión, esta modalidad beneficia sólo a los familiares directos con derecho a percibirla.

También otorga la ley derecho a recibir gratuitamente las prestaciones médicas, que en la modalidad de atención institucional se otorgan en los establecimientos dependientes o adscritos al sistema nacional de Servicios de Salud, de carácter estatal. En estos establecimientos la gratuidad se otorga solamente a quienes acreditan calidad de indigentes, requisito que no se exige ni a los beneficiarios con derecho a pensión ni tampoco al padre o los hermanos de las víctimas no sobrevivientes, no obstante no tener estos últimos derecho a pensión.

Finalmente, anticipándose a la promulgación de la ley, el Ministerio de Salud estableció desde el año anterior (1991) el denominado Programa de Reparación y Atención Integral en Salud - PRAIS - que brinda a los afectados por violaciones a los derechos humanos cobertura en atención médica general, servicio social, control de enfermería, atención psicológica individual y familiar, interconsultas con especialistas y exámenes de laboratorio, todo ello en forma gratuita, excepto cuando los beneficiarios cuentan con algún sistema de previsión, en cuyo caso deben hacer uso de éste.

Hasta la fecha este Programa ha establecido en diferentes ciudades del país, desde Iquique, en el norte, a Punta Arenas, en el sur, once equipos multiprofesionales que brindan atención médica general y de salud mental; al mes de Junio del año en curso, el número de pacientes ingresados a este programa de atención especializada y sistemática alcanzaba a 5.007, a los cuales debe agregarse los derivados por los equipos del Programa para su atención directa por los Servicios de Salud.

La cobertura de este Programa es significativamente mayor que los otros dos, por cuanto sus beneficiarios alcanzan a los grupos familiares de detenidos desaparecidos, y de ejecutados políticos, a las familias en que uno de sus miembros haya vivido situaciones traumáticas de detención y tortura y a los retornados al país desde el exilio.

3 - Beneficios educacionales

En materia de beneficios educacionales, la ley otorga a los hijos de las víctimas, calificadas por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y las que en el futuro califique la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, hasta que cumplan 35 años, que acrediten seguir estudios en la enseñanza media o en Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica que reciban aporte fiscal o que no lo reciban, pero que tengan reconocimiento del Ministerio de Educación, el derecho a un subsidio mensual ascendente a 1,24 Unidades Tributarias mensuales (\$19.292 en el mes de Septiembre: 50 Dólares m/m), beneficio que, en el caso de los hijos hasta los 25 años, se agrega a la cantidad que mensualmente perciban a título de pensión de reparación.

Además de este subsidio, los alumnos de Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica tienen derecho al pago de la matrícula y del arancel mensual, cuya cancelación se hace directamente a los respectivos establecimientos por el Fondo de Becas y Desarrollo de Educación Superior del Ministerio de Educación o por el Programa de Becas Presidente de la República, en su caso.

En los seis primeros meses del año lectivo (Marzo - Agosto) se ha cancelado mensualmente el subsidio a 782 estudiantes de los diferentes niveles educacionales, con un desembolso fiscal de \$87.218.794, estimándose que el costo anual de este beneficio alcanzará a los 150 millones de pesos (400.000 Dólares m/m).

En cuanto al pago de matrícula y arancel a alumnos de educación superior, éste ha beneficiado en 1992 a aproximadamente 560 estudiantes, con un costo anual de alrededor de 215.5 millones de pesos (575.000 Dólares m/m).

4 - La Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación

La Ley N° 19.123, junto con regular el régimen de pensiones reparatorias y los beneficios de carácter médico y educacional,

crea un servicio público descentralizado denominado Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

Entre las funciones de la Corporación pueden distinguirse dos rubros claramente diferenciados.

El primero consiste en tareas de continuidad de las cumplidas por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y el segundo en la ejecución, coordinación y promoción de las acciones de carácter preventivo, recomendadas también por esa Comisión, que tienen por objeto el perfeccionamiento del estatuto jurídico para la regulación y protección de los derechos humanos y la consolidación de una cultura verdaderamente respetuosa de esos derechos.

En la continuidad de las tareas cumplidas por la Comisión, la Corporación debe recopilar antecedentes y efectuar las indagaciones necesarias para dictaminar sobre la calidad de víctimas de violaciones de derechos humanos o de la violencia política respecto de los casos que conoció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y en que no le fue posible formarse convicción y sobre los de la misma naturaleza de los cuales la Comisión no tuvo conocimiento oportuno o en que habiéndolo tenido, no se pronunció sobre ellos por falta de antecedentes suficientes.

Se estima que los casos que deberá calificar la Corporación excederán del millar.

También en este rubro debe la Corporación promover y coadyuvar a las acciones tendientes a determinar el paradero y las circunstancias de la desaparición o muerte de las personas detenidas desaparecidas y de aquellas que no obstante existir reconocimiento legal de su deceso, sus restos no han sido ubicados; para ello debe recopilar, analizar y sistematizar toda información útil a este propósito.

La importancia de este cometido de la Corporación está claramente señalada en el Informe de la Comisión: "El Estado no puede abandonar la tarea de determinar el paradero de las

víctimas..., éste es un anhelo compartido por amplios sectores del país, cuya falta de solución hará persistir una grave dificultad para la convivencia y la reconciliación en Chile”.

En la perspectiva preventiva la ley encomienda a la Corporación como su principal misión “la coordinación, ejecución y promoción de las acciones necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”.

Esas recomendaciones, la mayor parte de carácter preventivo, propugnan el tratamiento de los derechos humanos en sus aspectos asertivos, su proyección en su amplia dimensión cultural y jurídica, situándolos como fundamento indispensable del buen funcionamiento de una sociedad democrática. Así, la tarea de la Corporación puede contribuir con eficacia a la desdramatización del tema de los derechos humanos, no ya exclusivamente vinculado a las dolorosas experiencias del pasado, sino que inspirador de modelos de conducta social y cultural en donde los valores del pluralismo y de la tolerancia de ideas se complementen con los métodos pacíficos de solución de los conflictos sociales y políticos.

Entre las iniciativas de carácter preventivo que la Corporación debe impulsar están las orientadas a la prevención de las violaciones a los derechos humanos mediante el refuerzo del estatuto constitucional y legal de su regulación y protección.

Con acierto la Comisión señala en su Informe que “un país, sin una conciencia plenamente desarrollada en el respeto, promoción y defensa de los derechos humanos produce una legislación inefectiva en la protección de estos derechos. Es el caso de Chile”.

La Corporación deberá ejecutar directamente, promover y coordinar iniciativas de revisión del ordenamiento jurídico nacional para adecuarlo al derecho internacional de los derechos humanos, de manera de obtener una normativa jurídica interna efectivamente protectora de estos derechos.

De trascendental importancia son también las iniciativas para la consolidación de una cultura verdaderamente respetuosa de los derechos humanos, objetivo que abre a la Corporación un campo muy amplio de iniciativas educativas y socio culturales.

Objetivo relevante de las acciones en el campo socio cultural, es la reparación pública de la dignidad de las víctimas, entendida ésta como un conjunto de actos que expresen el reconocimiento y responsabilidad del Estado, tarea en la que éste debe intervenir en forma consciente y deliberada, sin perjuicio de procurar la convocatoria de toda la sociedad chilena. El ente estatal que debe asumir la promoción de estas iniciativas, por mandato de la ley, es precisamente, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.



Informe final

Gérard Fellous

Secretario general

de la Commission nationale consultative
des droits de l'homme - Francia

Introducción

La *primera fase* de la historia moderna de los derechos humanos se inició con la Carta de Naciones Unidas que consagró los Derechos Humanos y con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que enunció los principios fundamentales. De esta forma, los derechos humanos hicieron su aparición en el escenario de la vida internacional.

Hoy día la comunidad internacional está fuertemente impregnada con los valores de los derechos humanos. Todos los miembros de esta comunidad están unidos por los compromisos de principio que emanan de la Carta y la Declaración Universal.

Pero, cuando esos principios parecían haberse convertido en los valores mejor compartidos, se constata que las violaciones graves a los derechos humanos hacen estragos en todos los continentes, incluso en países de tradición democrática. Si bien el concepto de "crimen contra la humanidad" nació en ocasión de los procesos de Nuremberg y de Tokio, desde entonces se mantuvo casi en forma teórica, a pesar de los primeros trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas.

Una *segunda fase* se abre en este fin de siglo, con una exigencia nueva y fuerte, de establecer y definir las violaciones de derechos humanos, de identificar y castigar a los culpables. Es tiempo ya que los Derechos Humanos pasen a la *efectividad*: el "Derecho del derecho" ha sido definido y admitido universalmente, falta ahora que sea puesto en práctica.

Dentro de este contexto histórico se sitúa la reflexión sobre la impunidad que ustedes han llevado a cabo.

El método elegido para profundizar la reflexión durante este Encuentro, es original y fecundo, en el sentido que combina la invocación de los instrumentos internacionales, el inventario -sino exhaustivo al menos muy amplio- de las legislaciones nacionales en este ámbito, como también las experiencias en el terreno, los testimonios individuales o indirectos, y una revisión constante entre los análisis jurídicos y las realidades prácticas.

La síntesis adoptada para realizar este Informe final hace difícil que se pueda citar a todos los autores de las ideas aquí retenidas. Por lo tanto pedimos disculpas a los numerosos intervinientes, cada uno reconocerá ciertamente sus propios aportes a este trabajo colectivo. Trataremos de publicar posteriormente la integridad de las exposiciones y debates.

Reflexiones históricas y éticas con respecto a los fundamentos de los derechos humanos

I - Constataciones que han logrado consenso

Estas reflexiones llegaron a un cierto número de constataciones que lograron consenso.

A - Peligros de la impunidad

La impunidad es un fenómeno grave y universal.

Ella constituye un obstáculo a la democracia, un fracaso a la autoridad del derecho y un estímulo a la repetición de nuevas violaciones.

La impunidad produce en la sociedad una crisis de confianza de los pueblos hacia los procesos de democratización nacies. Constituye un cáncer del cuerpo social, en el sentido que ella nace de la “cofradía del deshonor”. Exorcizarla sería en vano, es necesario escuchar a las víctimas. La impunidad impide la memoria colectiva y

provoca el olvido de los mártires. Las instituciones dejan de cumplir su papel transmisor de la historia, no selectiva, de un pueblo. Ningún pueblo puede olvidar su pasado, fundamento de su recomposición.

La democracia naciente pelagra frente a la impunidad porque la Constitución es vaciada de su contenido, el poder judicial es debilitado, la credibilidad política del poder ejecutivo es empañada. La impunidad es siempre ilegítima, y constituye una afrenta al imperio del derecho.

La impunidad total es una violación del derecho internacional.

La impunidad constituye un atentado a la dignidad de la persona humana, principio universalmente reconocido.

Se deja constancia que la impunidad también puede alcanzar a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales, pero que el coloquio no podía profundizar esta cuestión que merece interés, estimando que necesitaría un estudio específico.

B - Necesidad de combatir la impunidad

El objetivo de rechazar la impunidad es por una parte, desestimular la repetición de violaciones y por otra parte, fortalecer el imperio del derecho.

Entre la impunidad y la venganza - esta última un signo de debilidad y cobardía - el perdón que no sea ni olvido ni indiferencia, es un gesto arriesgado y difícil.

C - El papel del Estado

La responsabilidad jurídica y moral incumbe en primer lugar al Estado, pero también a las instituciones no estatales. El control de las violaciones de derechos humanos forma parte de la misión del Estado, el que al no cumplirla se descalifica y su legitimidad se quebranta.

El Estado debe respetar sus compromisos internacionales y las obligaciones y responsabilidades por él asumidas.

Cuando los sistemas jurídicos internos son incapaces de resolver las situaciones, es necesario recurrir a las reacciones y a las sanciones internacionales.

4 - El papel de la comunidad internacional

Desde hace varios años y teniendo en cuenta el ejemplo de la Convención contra la Tortura que prevé explícitamente la condena de las violaciones, diferentes instrumentos internacionales intentan elaborar normas aplicables a las situaciones de impunidad. Sobre el problema global de la impunidad, las primeras reflexiones fueron formuladas durante el 42º período de sesiones de la Subcomisión de Naciones Unidas que solicitó a los Señores Joinet y Guissé la elaboración de un estudio sobre el tema.

II - Diferentes Vías y medios

A falta de normas internacionales suficientemente efectivas, múltiples países han puesto en práctica diferentes vías y medios para abordar el problema de la impunidad. Las experiencias aplicables en un lugar y en un momento determinado y bien definido, no siempre pueden ser trasladadas a otra parte y a otras circunstancias. Pero pueden servir para esclarecer sobre las distintas soluciones posibles.

Para ciertos países, la transición pacífica permite evitar el caos y la violencia. No preconizando el olvido, sino el camino de la justicia. Se trata entonces de conciliar el castigo con la necesidad histórica de **reconciliación**, con el objetivo de instaurar la democracia, teniendo en cuenta que si los valores de los derechos humanos no son respetados, la paz civil no será establecida en forma duradera.

La reconciliación o por lo menos la conciliación nacional, puede ser considerada como un medio para iniciar un proceso de transición democrática o de paz. Este método resulta difícil por su contradicción, por una parte con la verdad histórica y por otra parte con la necesidad de castigar a los culpables.

La reconciliación o a falta de ésta la conciliación nacional, sólo parece posible dentro del contexto de una relación de fuerzas

favorable. Para algunos, ella no puede intervenir si no es acompañada de un arrepentimiento sincero de parte de los violadores. Para otros, ella no puede fundarse en la razón de Estado, sino únicamente sobre la justicia y a condición que no contraríe la sed de justicia del pueblo.

Un enfoque normativo de sanciones y penas, según el principio de proporcionalidad, choca con el carácter gravísimo de algunas violaciones, como por ejemplo el genocidio, en el cual ninguna reparación parece suficiente. Algunos preconizan un enfoque contextual en lugar de universal, teniendo en cuenta que el derecho se aplica a una sociedad determinada. Por lo tanto la sanción es adaptada caso a caso según tres parámetros: ¿Quién ha otorgado la impunidad? - ¿Los crímenes son imprescriptibles y sin remisión? - ¿Cómo se comportan los violadores? ¿Están arrepentidos?

La memoria necesaria

El papel de los historiadores

Cualquiera sea la opción política -anteriormente hemos evocado las diferentes posibilidades- es necesario e imperativo mantener la memoria.

Frente a la memoria colectiva que puede ser selectiva y deformante, la ***“memoria científica”***, es decir la de los historiadores, no transige con la verdad. No se puede construir el futuro de un pueblo sobre la negación de su historia.

La transmisión de esta memoria histórica incumbe a los educadores, pero también a los medios de comunicación social.

El síndrome del olvido que afecta a las víctimas

Las víctimas o sus familias pueden desear el olvido, mostrando reticencia para hablar de las terribles situaciones vividas. Necesitan un período de tiempo para que accedan a testimoniar, pero

también, las familias de las víctimas, y sobre todo de los desaparecidos, quieren saber la verdad. Pero la verdad resulta difícil y peligrosa cuando los ex violadores se mantienen en sus cargos o funciones. La Memoria es entonces bloqueada por el terror.

Las víctimas

El corazón mismo de toda reflexión sobre la impunidad y de toda acción llevada a cabo para combatirla, está constituido por las víctimas. Es pensando en ellas y en su nombre que la conciencia universal se moviliza.

El primer deber es la *identificación* de las víctimas, con todos los problemas que ello implica, en especial porque muchas veces faltan registros de detenidos o las detenciones no son registradas. Las dificultades prácticas de búsqueda son agravadas por la impunidad de los torturadores. Es de hacer notar que en ciertos casos, el fenómeno de la detención y desaparición está ligado a otras prácticas denominadas estructurales de las sociedades en cuestión.

Las víctimas a menudo son marginadas y deben enfrentarse a múltiples obstáculos. Hoy día en algunos países, las víctimas comienzan a salir del silencio y a hacerse oír.

Las reparaciones e indemnizaciones a las víctimas teóricamente están previstas por los instrumentos internacionales. Esta reparación puede tener un contenido material o no pecuniario. Se ha expresado el deseo de que en el futuro, las normas internacionales adoptadas incluyan estas reparaciones. También se sugirió la creación de un Centro Internacional para la defensa de las víctimas.

Por el momento, las Organizaciones No Gubernamentales comprometidas con la asistencia de las víctimas en el terreno, logran - por lo menos - romper la cadena de silencio que las rodea, ese silencio cómplice de la impunidad.

Individualización y juicio de los violadores

I - Principios asumidos por consenso y que están fundados en la primacía de los derechos humanos

1. El primer principio que recibió la adhesión de todos fue rechazar las doctrinas que tienden a legitimar la impunidad o a justificar las violaciones en nombre de la razón de Estado.

Ningún compromiso es posible, pues la barbarie es la negación misma del derecho.

2. Siendo así y cualesquiera fueren las situaciones, estuvieron todos de acuerdo en que la prioridad era establecer los hechos, es decir **investigar**. Es un deber con respecto a las víctimas y a sus familias; es un deber en relación con la memoria, una valla contra el olvido.

Se presentaron diferentes experiencias de comisiones de investigación. Todas tuvieron en común que sus miembros estaban animados de un coraje lúcido. A menudo ellas confundían el mundo judicial con la sociedad civil. En muchos casos tienen necesidad de apoyo y protección internacionales.

3. La tercera exigencia, unánimemente reclamada, fue la de **identificar a los culpables**, es decir a los violadores. Pero además, se analizaron detalladamente los mecanismos de violación y represión, describiéndose la máquina opresiva puesta en marcha. Se reafirmó la constatación evidente de que las violaciones de los derechos humanos no son ni una fatalidad, ni la consecuencia de algún desenfreno, sino la manifestación de una voluntad política deliberadamente concebida y ejecutada. Se desprende incluso una evidente relación entre tiranía y corrupción, y un vínculo entre violaciones de derechos humanos y pillaje económico y financiero.

4. El cuarto punto consensual fue que la demanda fundamental de las víctimas es su **rehabilitación** urgente, ya se trate de opositores condenados penalmente, de desaparecidos, o de exiliados. De la dignidad personal y la confianza en el Estado de derecho dependerá la estabilidad de la democracia.

II - Diferentes formas de tratamiento de los violadores

Cuando se aborda la fase de juzgamiento de los violadores es cuando se presentan las mayores dificultades y se abren diferentes opciones.

El tratamiento a dar a los violadores puede ser a nivel nacional y/o internacional.

A - Tratamientos a nivel nacional

Las diferentes experiencias expuestas durante estos trabajos han demostrado que los tratamientos a los violadores pueden ser de tres naturalezas:

- política
- jurídica
- administrativa

1 - En los tipos de *tratamiento político*, se ha citado principalmente el tema de la reconciliación nacional para la búsqueda de la paz civil.

Se puso en evidencia la contradicción entre: por una parte la puesta en obra de un proceso de transición o de paz facilitado por la reconciliación nacional o internacional y, por otra parte, la necesidad de la verdad histórica sobre un período de perturbación y la exigencia de castigo a los culpables. Las ambigüedades de esta reconciliación nacional agudizan la impunidad de hecho acordada a los violadores.

En todo caso, esta reconciliación debe estar acompañada de una reforma constitucional. Ella no puede contentarse con mantener las estructuras del pasado en un nuevo Estado de derecho, es decir la persistencia de un espíritu de cuerpo -particularmente militar- portador de un espíritu de revancha.

2 - El *tratamiento jurídico* plantea la responsabilidad de los individuos y a través de ellos la responsabilidad de las instituciones.

Distinguimos sucesivamente las reflexiones sobre: juzgamiento, prescripción, imprescriptibilidad y amnistía.

a) Con respecto al **juzgamiento**, distinguimos el derecho, el juez, el procedimiento y las sanciones:

En lo referente al derecho, se han recordado las condiciones y garantías del **proceso equitativo**. Por supuesto que cualquier falla en las reglas del debido proceso abre la vía a una eventual impunidad.

Con respecto al juez, se plantean varios problemas; el de los jueces comprometidos, y el de aquellos sometidos a amenazas o a influencias políticas.

El procedimiento judicial debe estar revestido de todas las garantías.

Aún cuando los hechos hayan sido considerados constitutivos de la violación de un derecho, y hayan sido sancionados correctamente por una sentencia dictada por un tribunal competente, puede ocurrir que la **ejecución de la decisión** judicial sea fuente de impunidad.

La existencia de una magistratura y tribunales militares de excepción, plantean una confusión con el sistema judicial ordinario y conducen a menudo a procesos expeditivos. Se ha puesto además el acento en las amenazas de una eventual justicia privada.

De una manera general, la ausencia o la minoración de castigo para los violadores individualizados y juzgados, tiende a servir de estímulo a nuevas violaciones.

Cualquiera sea el resultado de los procesos equitativos, una investigación pública y los testimonios difundidos por los medios de comunicación social tienen un valor pedagógico cierto. En esa etapa el papel de las Organizaciones No Gubernamentales es de gran importancia.

b) Dentro del ámbito jurídico, se trataron durante estos trabajos, las cuestiones de **la prescripción, la imprescriptibilidad y la retroactividad**, y por supuesto, las definiciones estrictas o amplias de los crímenes contra la humanidad. Si bien sobre estos temas la doctrina es bien conocida, existen varias incertidumbres sobre las condiciones de su puesta en práctica, las que es necesario despejar.

c) El tercer y último punto del tratamiento jurídico de los violadores, a nivel nacional, es el de ***la amnistía***.

La amnistía, bajo distintas apelaciones como por ejemplo "ley de punto final", quita el carácter delictivo a ciertos hechos, pone fin a los procedimientos en curso o suspende el cumplimiento de las penas pronunciadas, con el objetivo político de reconciliación nacional, por ejemplo, para poner fin a un conflicto armado.

Esta amnistía no puede ser considerada tolerable, salvo dentro de ciertas condiciones restrictivas:

- debe respetar el derecho a la rehabilitación y reparación de las víctimas y sus familias;
- no debe alcanzar las violaciones reconocidas como tales por los instrumentos internacionales;
- no debe perturbar las acciones civiles que puedan interponer las familias.

El ***perdón*** fue objeto de profundos debates. Puede no obstante admitirse sometido a una condición previa: el acuerdo de las víctimas. Sólo las víctimas estarían habilitadas para perdonar.

3. A los tratamientos políticos y jurídicos que acabamos de evocar, hay que agregar finalmente las medidas de ***tipo administrativo***.

La depuración, tentación cierta de sacar todos los obstáculos a la instauración de una política nueva, tiene no obstante límites y comporta peligros. De naturaleza política, deberá estar acompañada de precauciones: primero en la definición de las responsabilidades, luego en la constitución de las comisiones de depuración. La experiencia demuestra que en todos los casos, ésta puede contener una parte de arbitrariedad.

No se puede hablar de búsqueda de culpables, de rehabilitación de víctimas, de depuración, por ejemplo, sin evocar el problema de los ***ficheros y los archivos*** de los regímenes violadores de derechos humanos. Frente a los excesos y desenfrenos constatados, particularmente en materia de delación, es necesario que esos

archivos y ficheros sean conservados, pero bajo precisas garantías legislativas en materia de consulta; con el doble objetivo de reconstitución histórica del pasado, de prueba para las víctimas y, llegado el caso, para que las personas inculpidadas puedan basarse en ellos.

Hemos evocado hasta aquí los diferentes tratamientos a los violadores de los derechos humanos a nivel nacional. Una segunda gran parte de vuestras reflexiones se refirió al análisis de los tratamientos internacionales.

B - Tratamientos a nivel internacional

Los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, entre ellos el genocidio, en los hechos escapan -con frecuencia- a toda persecución en el plano internacional, si bien constituyen los crímenes más graves que puedan cometerse.

El derecho internacional posee todas las disposiciones e instrumentos necesarios para combatir la impunidad de las violaciones graves que afectan la vida y la integridad de la persona humana. Los crímenes contra la humanidad están previstos y codificados en forma precisa en los instrumentos internacionales. Las disposiciones referentes a la búsqueda de los violadores existen en las diferentes declaraciones y convenciones que han sido recordadas.

La impunidad se produce también como consecuencia de que no se ha creado la o las jurisdicciones internacionales adecuadas, a pesar que la reflexión jurídica mantenida desde hace mucho tiempo, tenga en la actualidad mayor empuje. La elección que se impone necesita una ***voluntad política*** valiente.

Sobre la creación de jurisdicciones internacionales, pudieron extraerse cuatro puntos de acuerdo consensual:

1. La impunidad de los crímenes internacionales más graves constituye una violación a la conciencia de los hombres.
2. El juzgamiento de los criminales debe estar revestido de las garantías legales de un proceso equitativo.

3. El juzgamiento de los crímenes corresponde a las jurisdicciones nacionales. A falta de un juzgamiento en el ámbito nacional - constatación demasiado frecuente- el juzgamiento debería corresponder a una instancia internacional.

4. Finalmente todos aspiran a la creación de una instancia jurídica internacional, uno de cuyos méritos, y no el menor, sería el carácter disuasivo.

Afirmados estos principios, las *vías y medios* ofrecen varias opciones posibles, sobre las cuales las opiniones no fueron unánimes.

La creación de una **jurisdicción penal internacional** plantea una serie de interrogantes que quedan por resolver:

- ¿Qué crímenes deben ser juzgados?

La definición de los crímenes va desde una interpretación amplia, es decir los crímenes que tienen un carácter internacional ya establecido por los instrumentos internacionales; a una interpretación más restringida que abarca los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, determinados por las convenciones existentes; pasando por una competencia intermedia, que agrega a los precedentes, crímenes como el terrorismo, el tráfico ilícito internacional de estupefacientes.

- ¿Qué competencia acordar a la jurisdicción internacional?

Se abren tres opciones en relación con las jurisdicciones nacionales: competencia exclusiva, concurrente o subsidiaria, a lo que corresponde agregar mecanismos colaterales, como el recurso de interpretación.

- ¿Cuál es el alcance territorial de la competencia?

La jurisdicción podría ser una Corte penal internacional con vocación universal o tomar la forma de varias Cortes regionales, teniendo en cuenta la unidad de la jurisprudencia fundada en una necesaria comunidad de valores.

En la perspectiva de una jurisdicción regional, se han extraído enseñanzas útiles de la práctica del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condenan efectivamente a los Estados que están dentro de su competencia.

¿Esta jurisdicción sería permanente o temporaria? ¿Cómo podrían conciliarse una y otra, como se sugirió? La institución de una Corte permanente, establecida a través de una Convención internacional tendría un fuerte valor simbólico, pero las soluciones *ad-hoc* - decididas o no por el Consejo de Seguridad- podrían dar respuesta de manera rápida y adaptada a las situaciones de urgencia. De todas maneras se plantearon los riesgos de una justicia politizada.

Más allá de las opciones, quedarían por resolver los problemas técnicos de funcionamiento.

Se ha señalado que los juristas han estudiado y previsto todas las modalidades posibles.

Hoy día la opción depende de la voluntad política internacional fundada en una opción jurídica. En la historia de la humanidad existen momentos en que reviste urgencia no dejar por más tiempo triunfar a la impunidad. Estamos sin duda en ese instante. Es el sentimiento que se desprendió de vuestros debates.

Si fuera necesario calificar de alguna manera estos encuentros, diría que a través de la riqueza y el elevado contenido de las exposiciones doctrinales, de las múltiples experiencias presentadas, de los testimonios emocionantes aportados, de los debates profundos y copiosos, se impone la imperiosa y urgente necesidad de no dejar nunca más impunes las violaciones graves de los derechos humanos, a falta de lo cual el generoso ideal de los derechos humanos que animó esta última mitad de siglo, perdería toda credibilidad y sería vaciado de sentido para caer en las sombras de la historia.



De izquierda a derecha: Adama Dieng, Secretario General de la CIJ, Louis Joinet, Miembro de la Subcomisión de Derechos Humanos de N.U. y Paul Bouchet, Presidente de la CNCDH, comunicando a la prensa acreditada ante Naciones Unidas, los resultados del Encuentro.

LLamamiento

Reunidos en el Palacio de las Naciones en Ginebra, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, los expertos participantes en los Encuentros Internacionales sobre Impunidad, organizados y convocados por la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH, Francia) y la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), hacen el llamamiento siguiente:

- Sumamente preocupados por los crímenes internacionales particularmente graves que se vienen cometiendo actualmente con total impunidad en diversas regiones del mundo, ya sean crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, o violaciones sistemáticas de derechos humanos;
- Constatando que, después de la segunda guerra mundial las jurisdicciones nacionales son -demasiado a menudo- incapaces de perseguir judicialmente y de castigar tales crímenes pese a su extrema gravedad;
- Considerando que, esta carencia, que tiende a hacer de la impunidad un fenómeno universal, constituye un ultraje a las víctimas y plantea serias trabas a la autoridad de las leyes, así como al desarrollo democrático, incitando a nuevas violaciones;
- Recordando que, el deber de verdad se impone en toda circunstancia; que el porvenir de un pueblo no puede ser construido sobre la ignorancia o la negación de su historia, así como que el conocimiento por un pueblo de la historia de su sufrimiento forma parte de su patrimonio cultural y debe ser preservado como tal;
- Constatando que, si las normas del derecho internacional que permiten la represión de tales crímenes pueden ser siempre perfeccionadas o completadas, particularmente en lo que se refiere a las violaciones más graves de los derechos económicos y sociales fundamentales, ellas son ya suficientes como para poder juzgar los crímenes atroces que se cometen hoy en día,

- Que por consiguiente, el reino de la impunidad resulta menos de la ausencia de leyes que permitan condenar, que de la insuficiencia de mecanismos destinados a asegurar su puesta en práctica y su respeto;
- Haciendo hincapié en que la impunidad absoluta constituye una denegación de justicia y una violación del derecho internacional;
- Que la impunidad no puede poner en duda los principios de este derecho, justificando la barbarie en nombre de la razón de Estado o de la cohesión de las fuerzas constituídas;
- Que la supremacía de los derechos humanos es la base necesaria para toda conciliación nacional;
- Que las soluciones a nivel nacional no deberían conllevar trabas al respeto total de los compromisos internacionales en cuanto al deber del Estado de perseguir y castigar a los responsables de las violaciones más graves;
- Estimando que, las limitaciones del derecho de castigar que en circunstancias excepcionales, podrían ser consentidas con vistas a favorecer el retorno a la paz o la transición hacia la democracia, deben quedar subordinadas, en todo caso, al respeto de las siguientes condiciones:
 - Tales decisiones no deberán ser tomadas por los autores mismos de las violaciones, o por sus cómplices;
 - Ellas no podrán perjudicar los derechos de las víctimas ni los de sus derecho-habientes, en cuanto se refiere a los derechos de saber, a ser equitativamente indemnizados y, si fuere pertinente, a ser plenamente rehabilitados;
- Afirmando que, en caso de que el Estado no ejerza su competencia, incumbe suplirla a la comunidad internacional;
- Que la cooperación represiva internacional deberá ser ejercida plenamente, en aplicación de los tratados en vigor que todos los Estados deberían ratificar y aplicar, especialmente los Convenios de Ginebra y su Protocolo I.
- Que para lograr una acción internacional más eficaz es necesario

una toma de conciencia general, en primer lugar por parte de los dirigentes políticos, así como una opción clara en favor de instrumentos internacionales apropiados, como por ejemplo una instancia represiva internacional.

- Los expertos participantes en los Encuentros Internacionales sobre Impunidad hacen un llamamiento a las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), a los Estados y a las Organizaciones Intergubernamentales:

1. Para que la iniciativa tomada por el Consejo de Seguridad de crear una Comisión imparcial de expertos encargados de investigar las violaciones de los Convenios de Ginebra, así como otras violaciones del derecho humanitario internacional, cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia (Resolución 780), sea concluida sin demora, a fin de que esta experiencia sea utilizada para la creación, en breve plazo, de un Tribunal Penal Internacional, más que nunca indispensable.
2. Para que dentro del marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, que se celebrará en Viena en junio de 1993, se proponga la creación de una instancia penal internacional, de acuerdo con las modalidades más adecuadas, con el fin de quebrar para siempre el ciclo de la impunidad.

Ginebra, 5 de noviembre de 1992



Lista de participantes

EXPERTOS

Walter ALBAN PERALTA	Abogado, Comisión Andina de Juristas, Perú
Ernest M. AMETISTOV	Magistrado, Juez de la Corte Constitucional, Federación Rusa
Federico ANDREU	Jurista, Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, Bélgica
Raúl ARAGON	Abogado, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Argentina
Alejandro ARTUCIO	Consejero jurídico, Comisión Internacional de Juristas, Suiza
Robert BADINTER	Presidente, Consejo Constitucional, Francia
François BEDARIDA	Historiador, Director de Investigaciones del C.N.R.S., Francia
Roland BERSIER	Juez, Tribunal Cantonal (Lausana), Suiza
Alioune Blondin BEYE	Miembro Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, Costa de Marfil
Etienne BLOCH	Consejero honorario Corte de Apelaciones de Versalles, Francia
Paul BOUCHET	Presidente, Commission nationale consultative des droits de l'homme, Francia
André BRAUNSCHWEIG	Vice-presidente Commission nationale consultative des droits de l'homme, Francia
Dalmo De ABREU DALLARI	Profesor de Derecho, Brasil
Emmanuel DECAUX	Profesor de Derecho, Universidad de París X, Francia
Adama DIENG	Secretario General Comisión Internacional de Juristas, Suiza
Alexandru DUMITRESCU	Secretario de Estado, Ministerio de Justicia, Rumania
Gérard FELLOUS	Secretario general, Commission nationale consultative des droits de l'homme, Francia
Renate GAVRILAS WEBER	Jurista, Comité Helsinki Rumano, Rumania
Robert K. GOLDMAN	Profesor de Derecho, The American University, Estados Unidos de Norteamérica
Alejandro GONZALEZ	Presidente Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Chile
El Hadji GUISSÉ	Miembro de la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Senegal

Louis JOINET	Magistrado Corte de Casación, Miembro de la Subcomisión de Derechos Humanos de N.U., Francia
Joan KAKWENZIRE	Miembro Comisión Ugandesa de Derechos Humanos, Uganda
Kofi KUMADO	Profesor de Derecho, Ghana
Abakar MAHAMAT HASSAN	Magistrado, Chad
Diabira MAROUFA	Abogado, ex-Bâtonnier, Mauritania
José Antonio MARTIN-PALLIN	Magistrado Tribunal Supremo de Justicia, España
Jorge Orlando MELO	Consejería Presidencial para la Defensa de los Derechos Humanos, Colombia
Pedro NIKKEN	Presidente Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Venezuela
Marek A. NOWICKI	Sección polaca de la CIJ, Polonia
Joe OLOKA ONYANGO	Profesor de Derecho, Universidad Makerere, Uganda
Iván PAZ CLAROS	ex Presidente Asamblea Permanente de Derechos Humanos, Bolivia
Alain PELET	Profesor Universidad Paris X, Francia
Luis PEREZ AGUIRRE	Sacerdote católico, SERPAJ, Uruguay
Louis PETTITI	Juez Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Francia
Arben PUTO	Profesor, Presidente del Forum de Derechos Humanos, Albania
Carlos RODRIGUEZ MEJIA	Abogado, Comisión Andina de Juristas, Seccional colombiana, Colombia
Joaquín RUIZ GIMENEZ	Presidente Comisión Internacional de Juristas, España
Arno SANIDAD	Secretario general adjunto de FLAG, Filipinas
R. SCHURMANN PACHECO	Profesor de Derecho Universidad de la República, Uruguay
Richard SOLA	Periodista, Francia
Moustapha SOURANG	Decano Facultad Ciencias Jurídicas, Universidad Cheikh Anta Diop, Senegal
Julio STRASSERA	Abogado, ex Fiscal, Argentina
András SZABO	Juez Corte Constitucional, Hungría
Wilder TAYLER	Asesor jurídico Amnistía Internacional, Reino Unido
Théodore TCHIPEV	Juez Corte Constitucional, Bulgaria
Philippe TEXIER	Magistrado, Experto Naciones Unidas, Francia

Yogesh Kumar TYAGI	Profesor Universidad Jawaharlal Nehru India
Petr UHL	Periodista, República Federativa Checa y Eslovaca
Theo van BOVEN	Profesor de Derecho Universidad de Limburgo, Países Bajos
Hiroko YAMANE	Profesora, Japón

ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

ACAT -Action des Chrétiens pour l'abolition de la Torture	Marie-Jo Cocher
Amnistía Internacional	Michael Ellman
Asociación Americana de Juristas	Alejandro Teitelbaum
Association AGIR ensemble pour les droits de l'homme	Daniel Brunner
Asociación Internacional de Derecho Penal	André Barthelemy
Asociación Internacional de Jueces	Evi Underhill
Asociación Internacional de Juristas Demócratas	Pierre Heyer
Asociación para la Prevención de la Tortura	Renée S. Bridel
Comité Internacional de la Cruz Roja	François de Vargas
Comunidad Internacional Baha'i	Liliana Valiñas
Congreso Judío Mundial	Bruno Zimmermann
Consejo Internacional de Tratados Indios	Wytze Bos
Consejo Internacional de Mujeres Judías	Daniel Lack
Federación Internacional de Derechos Humanos	Mario Ibarra
Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos	Leila Seigel
Federación Mundial de Asociaciones de Naciones Unidas	Andrée Farhi
Friends World Committee for Consultation (Quakers)	Claude Katz
Instituto Internacional de Derecho Humanitario	O.Sidem Poulain
International ALERT	H.Dupont-Monod
Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos	Magda González
	Marc Weydert
	Rebecca Elliot
	Jovica Patrnogic
	Leah Levin
	Verena Graf

Liga Internacional de Mujeres pro Paz y Libertad (WILPF)	Barbara Lochbihler
Organización Árabe de Derechos Humanos	Adib Al-Jadir
	Ahmad Partow
Organización Mundial contra la Tortura	Eric Sottas
	Fernando Mejías
Unión de Juristas Árabes	Elias Khouri
Unión Internacional de Abogados	Alain Lestourneaud
ZONTA Internacional	Danielle Bridel
WAFUNIF	Luis Miguel Ruiz Ríos

ORGANOS DE NACIONES UNIDAS

Alto Comisionado de N.U. para los Refugiados	Hans Thoolen
Centro de Derechos Humanos de N.U.	Silvia Vicenti
Fondo de Contribuciones Voluntarias de Naciones Unidas para las Víctimas de la Tortura	Daniel Prémont
Non-governmental Liaison Services UN	Ricardo Espinosa

MISIONES PERMANENTES ANTE NACIONES UNIDAS - GINEBRA

Austria	Michael Desser, Agregado Diplomático
	Walter Gehr, Primer Secretario
Brasil	Marcos V.Pinta Gama, Primer Secretario
Camerún	Pierre Sob, Primer Consejero
Canadá	Alan Kessel, Primer Secretario
Chile	Ignacio Llanos, Tercer Secretario
República Popular de China	Wenhua Wei, Segunda Secretaria
Colombia	Ligia Galvis, Consejera
Egipto	Moustapha Omar, Ministro Plenipotenciario
España	José Luis Los Arcos, Consejero
Etiopía	Negash Kebrut, Segundo Secretario
Francia	Bernard Miyet, Embajador
	Joelle Roge, Primera Secretaria
	Béatrice Le Fraper, Primera Secretaria
Ghana	Fritz Poku, Diplomático

Haití	Joseph Philippe Antonio, Encargado de Negocios Jeannot Hilaire
Honduras	María Guadalupe Carias Zapata, Ministra Consejera
Hungría	Endre Lontai, Ministro Plenipotenciario
Israel	Itzhak Lior, Embajador Simona Agam-Frankel, Consejera Eliezer Doron, Agregado
Italia	Verga Daniele, Primer Consejero
Japón	Itsuko Nakai, Asistente Especial
Jordania	Mohammad Al-Khasawneh, Agregado
Marruecos	El Ghali Benhima, Embajador Mohammed Houroro, Consejero
Países Bajos	Geeskelien Wolters, Primera Secretaria
Perú	Oswaldo de Rivero, Embajador
Polonia	Zdzislaw Kedzia, Ministro Consejero
Portugal	José Júlio Pereira Gomes, Primer Secretario
Reino Unido	John Rankin, Consejero Jurídico
República Federativa Checa y Eslovaca	Ivan Pinten, Tercer Secretario
Rumania	Sergiu Margineanu, Primer Secretario
Rusia	Serguey Kossenko, Primer Consejero
Senegal	Abdoul Aziz Ndiaye, Segundo Consejero
Siria	Chaghaf Kayali, Segundo Secretario
Sudáfrica	André Jacobs, Consejero
Sudán	Ahmed Abdelwahab Gubartalla, Ministro Plenipotenciario Mohamed Yousif Hassan, Segundo Secretario
Suecia	Ann Marie Pennegard, Consejera
Suiza	Alain Guidetti, Segundo Secretario
Tailandia	Manasvi Srisodapol, Segundo Secretario
Túnez	Moncef Baati, Encargado de Negocios
Uruguay	Nelson Yemil Chabén, Segundo Secretario
Zimbabwe	Sibusiso Khumalo, Primer Secretario Judy Nambewe Ndaona-Zunidza, Primera secretaria

**MIEMBROS DE LA COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE
DES DROITS DE L'HOMME (CNC DH)**

Maïte Albagly	Derechos Humanos CIMADE
Marie Hélène Beaujolin	Vice-presidenta de AVRE
Françoise Bouchet-Saulnier	Médicos sin fronteras
Marie Menant	Secretaria General, <i>Nouveaux droits de l'homme</i>
Gérard Israel	Miembro de la CNC DH
André Jacques	Presidente de ACAT
Nassib Mahfouz	Profesor, Instituto Musulmán de la Mezquita de París
Geneviève Mahfouz	
Bruno Quemada	Representante <i>Force Ouvrière</i>
Didier Safar	Magistrado, Ministerio de Justicia
Antoine Sondag	Secretario General de la <i>Commission française justice et paix</i>
Tom Taylor	Secretario Adjunto CAIF

**PERSONAL DE LA COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS
(CIJ)**

Bineta Diop	Encargada de Programas de la CIJ
Nana Moeldjadi	Asistente del Secretario General
Dilbur Parakh	Jurista
Edith Pellas	Secretaria
Margarita Rosenthal	Secretaria
Karin Stasius	Jefa de Secretaría