

Justicia transaccional y Justicia Transicional en Procesos de Paz

Ponencia para el Seminario Internacional sobre Experiencias de Alternatividad Penal en Procesos de Paz

Barcelona, España, 27 y 28 de febrero 2004

Roberto Carretón

**Representante en América Latina y el Caribe
de la Oficina del Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los Derechos Humanos**

1.- La demanda por verdad, justicia y reparación¹

Uno de los aspectos que revelan el progreso en la protección de la persona humana en el siglo XX es el derecho penal internacional para hacer efectivas las responsabilidades por las más graves violaciones de los derechos humanos. Desde el punto de vista sustantivo, la noción básica desarrollada desde Nuremberg ha sido la de "crímenes de lesa humanidad", que, además de su gran influencia moral, ha sido usada en diversas declaraciones de derechos humanos y en un reducido número de convenciones obligatorias.

Esto en Latinoamérica ha provocado un fenómeno nuevo: nadie recuerda que se haya demandado verdad, menos justicia y menos aún reparación luego de las centenas de dictaduras instaladas en todos los países de la región desde el momento mismo de la independencia. Para hablar sólo de las del siglo XX, nunca hubo presión popular ni voluntad política para juzgar a los primeros Somoza, a Trujillo ("el Chivo"), Pérez Jiménez, Rojas Pinilla, Castillo Armas, Onganía, Levingston, Ibáñez, tantos otros.

Es en los últimos 30 años que la demanda de recuperación democrática corre a parejas con las de la trilogía que motiva esta ponencia. El desarrollo de una cultura de derechos humanos –que ha

¹ Este trabajo se concentrará en las demandas de verdad y justicia, y no en reparación, que será tratado por otros ponentes.

penetrado todos los ámbitos del saber: filosofía, historia, sociología, política, economía, medicina, antropología, comunicaciones, todas las artes, y todas las ramas del derecho- ha hecho que lo que antes no horrorizaba, ahora sí. Cada vez se va haciendo más difícil a los dictadores ejercer con crueldad el poder absoluto con la impunidad de que siempre gozaron. Siguen gozando, en verdad, pero a contrapelo de los sentimientos de sus pueblos y, sobre todo, de la llamada comunidad internacional, y esperamos que en unos años más ya no puedan escapar al control ciudadano internacional.

Todo dependerá de nosotros.

Al término de las guerras en El Salvador y Guatemala, como al término de las dictaduras de Argentina (1976-1983), Perú (1990-2000)², Chile (1973-1990) y Bolivia (García Meza, 1982, y hoy en Bolivia, luego que Gonzalo Sánchez de Lozada fuese derrocado por la sociedad civil, en una sublevación reprimida por el Ejército y la Policía que dejó 56 muertos) la demanda por estos valores ha sido un clamor irresistible.

No ocurrió con la misma fuerza en Brasil, Paraguay y Uruguay. En Brasil nunca hubo ni Comisión de la Verdad ni juicios, salvo algunos aislados. En Paraguay hubo varios procesos en contra policías -que fueron los peores represores- algunas condenas importantes³, pero sólo en septiembre de 2003, 14 años después de la dictadura de Stroessner se ha intentado constituir una Comisión de la Verdad y Justicia. Y Uruguay no sólo se demoró 18 años en constituir una Comisión de Paz, sino que todo intento de hacer juicios ha sido abortado por el Gobierno.

En Africa también hay progresos, como lo demuestran las Comisiones de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica y los esfuerzos actuales en Sierra Leona, Liberia y eventualmente en la República Democrática del Congo (ex Zaire).

2. El fenómeno de la impunidad

En mi concepto, la impunidad tiene cuatro dimensiones: la jurídica, la política, la moral y la histórica.

² No así después de las dictaduras militares de Velasco Alvarado y Morales Bermúdez (1968-1980), que en realidad no cometieron crímenes de lesa humanidad.

³ La más célebre es la de uno de los Jefe de la Policía, Pastor Coronel, condenado a una larga pena de presidio, y que falleció en la cárcel.

La impunidad jurídica. La Corte Interamericana ha definido la impunidad, en su dimensión jurídica, como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”⁴.

Se traduce no sólo en leyes de amnistías con mil nombres, sino también en una larga lista de medidas que se mencionan más adelante.

La impunidad política es la que no distingue entre la forma democrática y la forma criminal de gobernar, de modo que los grandes represores, con su conciencia tranquila y apoyo político, alcanzan las más altas distinciones ciudadanas. ¡Cuántos torturadores, asesinos, aprehensores, o censores, terminadas las dictaduras, son legalmente elegidos congresistas, nombrados Ministros, Jefes Provinciales o ejercen la docencia, o se transforman en jueces! Y ¡cuántos dictadores latinoamericanos, al poco tiempo de dejar el poder, son elegidos popularmente como Presidentes! Todo defensor de los derechos humanos habrá que celebrar como propia la humillante derrota del ex dictador Efraín Ríos Montt en Guatemala, y creo –por el conocimiento que tengo de ese país- que es probable que hace unos años hubiese triunfado.

La impunidad política es la manifestación más violenta de un *empate moral*, pues enseña que da lo mismo haber sido torturador que torturado, represor que reprimido. Su efecto es disminuir la condena social que todo delito debe producir, pero especialmente los crímenes que lesionan a la humanidad entera. Gran parte del desapego de los jóvenes de la política es consecuencia de esta dimensión de la impunidad.

La impunidad moral es aquella que se garantiza al hechor del crimen una conciencia limpia, a pesar de los horrores cometidos. Los crímenes se justificaron en valores superiores (“salvar a la patria”; “salvar la civilización occidental”, “luchar contra el terrorismo”, etc.). El agente, así, no se siente delincuente, sino un héroe y no logra entender que algún día se les juzgue y encarcele por hechos que siempre consideró lícitos. Una frase que ha recorrido América Latina entera es “no tengo nada de qué arrepentirme. Finalmente, eran ellos o nosotros”.

Desde luego, sobre esas bases de convivencia no es posible la construcción de una sociedad justa.

⁴ Corte IDH, Caso Paniagua Morales y Otros, Sentencia 02-03-98, párrafo 173.

La impunidad histórica es doble. En primer lugar, se desea que la historia recoja como verdad **la mentira oficial de los años el terror**: “fue enfrentamiento”; “fue una pugna interna dentro del Partido Comunista”; “se suicidó”; “hubo que dispararle pues se estaba fugando” y miles de otras. Y por otro lado se busca **el olvido**, que no sólo es el riesgo de repetición, sino, quizás, la fuente de mayor dolor para las víctimas.

De allí que la lucha contra la impunidad sea perpetua. No se agota con el acto de una sanción, penal o política: debe perdurar, y por eso hoy numerosas organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas centran su actividad en lo que se ha llamado “la memoria”, un auténtico mandato a las sociedades para que hagan de la cultura de la verdad uno de los fundamentos de su construcción política. Y por eso la última Conferencia Mundial sobre Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia e Intolerancia conexas, por ejemplo, recordó que “jamás debe olvidarse el holocausto”.

Para enfrentar todas las dimensiones de la impunidad, hay dos valores éticos y dos instrumentos jurídicos y políticos.

Se oponen a la impunidad política, histórica y moral el valor de la verdad, y como instrumento moderno, las Comisiones de la Verdad.

Se opone a la impunidad jurídica, el valor de la justicia, a través de los tribunales nacionales, y cuando no funcionan, los tribunales extranjeros operando en base de la jurisdicción universal y los tribunales internacionales.

3.- El derecho a la Verdad

Una sociedad no puede convivir y construir su historia sobre mentiras. Hay veces que las mentiras oficiales montadas por las dictaduras llegan al absurdo, como en Chile, en que se hizo creer que hubo una “guerra” que nunca nadie vio, sintió, ni padeció. Lo burdo de la tesis se derrumbó definitivamente en 2000, cuando el pinochetismo militar reconoció que en el período en que estuvo en el poder incurrió en “graves violaciones a los derechos humanos”, sin, por primera vez, tratar de justificarlas en una supuesta guerra, muchas veces llamada “cuasi guerra” o “guerra civil larvada”, con el propósito de evitar responder a la pregunta sobre qué leyes reglaron el imaginario conflicto armado⁵.

⁵ Declaración de la Mesa de Diálogo, de 13 de junio de 2002.

Hoy el derecho a la verdad ha ido consagrándose cada vez más como un derecho autónomo. Si bien no está explícitamente consagrado en algún Pacto o Declaración, si ha tenido un importante desarrollo en la práctica de los organismos internacionales de supervisión de los derechos humanos. Quizás si el primer reconocimiento formal fue el de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su célebre informe de 1986, relativo al caso de Argentina: "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...", agregando que "a la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos".

El contenido del derecho a la verdad lo fijó magistralmente la Comisión Interamericana el 13 de abril de 2000: "El derecho que tienen toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos, forma parte del derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente su pasado no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones⁶.

Con posterioridad también la Corte Interamericana ha respaldado la misma opinión, con un mayor énfasis en el carácter de derecho personal de las familias que en el derecho de la sociedad a conocer sobre el régimen que les tocó vivir. Los casos más emblemáticos y con más desarrollo son los de Bamaca (25 de noviembre de 2000), Barrios Altos (14 de marzo 2001), Durand y Ugarte (16 de agosto de 2000).

El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el Derecho de Restitución, Indemnización y Rehabilitación de las Víctimas de Violaciones Graves de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Cherif Bassiouni ha estimado que una de los elementos del derecho humano a la reparación, basado en la satisfacción y garantía de no repetición de las violaciones de derechos humanos, es la "verificación pública y completa de la verdad en la

⁶ CIDH, informe N° 37/00, 13 de abril de 2000, párrafo 148.

medida en que no provoque más daños innecesarios a la víctima, los testigos u otras personas ni sea un peligro para su seguridad”⁷.

Para el Relator Especial de la misma Comisión de las Naciones Unidas, sobre la Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (derechos civiles y políticos), Louis Joinet, el Derecho a Saber “no se trata sólo del derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad. El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones. **Como contrapartida, al Estado le corresponde el deber de recordar**, a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo⁸.

Las Comisiones de Verdad. Instrumento privilegiado para la consagración del derecho a la verdad han sido las llamadas genéricamente “Comisiones de la Verdad”⁹. Las *Comisiones de la Verdad* nacieron en América Latina en Argentina en 1983, al término de la dictadura militar de 1976 a 1983¹⁰. Si bien no son -o no debieran ser- substitutos de la justicia, suelen percibirse como tales. En realidad su función es básicamente de recuperación de la verdad histórica, tan dañada por el discurso dictatorial; de establecimiento de hechos en su globalidad y de la lógica del poder absoluto, lo que no logra normalmente el proceso penal que busca responsabilidades individuales y que por lo tanto puede fracasar por hechos tan banales como la muerte de los responsables o su caída en demencia.

Normalmente estas Comisiones no determinan responsabilidades individuales, salvo en Grecia, El Salvador y en la República de Sudáfrica. Esta última estuvo además facultada para aplicar o eximir de pena a

⁷ Informe final, E/CN.4/2000/62, “principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y Obtener Reparaciones”.

⁸ E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, párrafo 17.

⁹ “Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas” (Argentina, 1984; Uganda y Sri Lanka); de Verdad y Reconciliación (Chile 1990 y Sudáfrica 1998 y Perú 2000, no obstante el Decreto Supremo N° 65/2001, la denomina sólo Comisión de la Verdad); Comisión de la Verdad (El Salvador, 1993); Comisión Nacional de Verdad y Justicia (Haití, 1994; Paraguay 2003); Comisión para el Esclarecimiento Histórico (Guatemala, 1997); Comisión de Paz (Uruguay 2000); y otros.

¹⁰ Hay precedentes anteriores, aunque de naturaleza diferente. Así, en Grecia una Comisión juzgó y condenó a unos 20 criminales, incluidos dos ex Presidentes.

quienes negasen o aportasen información útil para esclarecer casos. Esta facultad ha sido cuestionada, pues importa un juzgamiento sin las debidas garantías procesales.

Suelen estar integradas por personalidades nacionales de alto reconocimiento público (Argentina, Perú, Uruguay, Chile, Sudáfrica, la proyectada en Paraguay), aunque a veces lo han sido, total o parcialmente por extranjeros (Haití, El Salvador, Guatemala, Sierra Leona).

La finalidad de estos informes es hacer un informe público, que persigue varios objetivos.

En primer lugar, hacer visibles las violaciones de los derechos humanos a quienes no las conocieron o dicen no haberlas conocido¹¹. Las víctimas suelen decir que "no necesitamos comisiones pues ya lo sabemos todo". Así es, pero el problema es hacer diseminar la verdad por todas partes.

También se justifican las Comisiones por ser una forma de reparación, al menos de carácter terapéutico. La de Sudáfrica, dado su carácter judicial, celebró audiencias públicas que causaron un gran impacto en la comunidad. Y quien escribe asistió en el Perú a la primera de muchas audiencias públicas en abril de 2002, y pudo apreciar la fuerza emocional de los testimonios de las víctimas en la población peruana.

Lo habitual es que el informe sea considerado base de acciones judiciales. En el Salvador, Chile, Argentina y Perú así ha sido y los jueces se han visto a iniciar procesos que nunca quisieron abrir, o a reabrir aquellos que habían cerrado por falta de pruebas. En Haití, luego de la dictadura de Cerdrás, el informe, emitido por personalidades internacionales, el Gobierno optó por no divulgar el informe, haciendo circular sólo unas pocas copias. Juan Méndez, un eminente defensor de los derechos humanos y ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que un informe de una Comisión de la Verdad secreto, es una "contradicción esencial".

Una cuarta finalidad es formar consensos para adoptar medidas legislativas de restitución o reparación.

¹¹ El autor de este trabajo sostiene que "todos supimos todo", o, en el peor de los casos, todos pudieron saber todo. Las dictaduras se apoyan en la mentira generalizada, y la mayor de todas es el "yo no supe".

Para la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las Comisiones de Verdad sirven de importante herramienta en la lucha contra la impunidad establecida en una sociedad que ha sufrido políticas de violencia. Para ello, agrega, deben identificarse los perpetradores que sea posible; señalarse los roles de cada actor en el perpetuación de la violencia, y compensarse a los sobrevivientes y sus familias en cuanto sea posible.

4.- El derecho a la Justicia

Para enfrentar la impunidad se han ido imponiendo, a través del tiempo, pero especialmente desde 1945, algunos criterios positivos:

Desde el punto de vista penal, la concepción de ciertos hechos como crímenes internacionales;

Desde el derecho procesal, la justicia internacional, operando ya sea a través de tribunales extranjeros (jurisdicción universal) o de tribunales internacionales.

Desde ángulo de la responsabilidad del Estado, la obligación de juzgar y sancionar los primeros.

Crímenes de derecho internacional.

Cherif Bassiouni en su informe final opta por este nombre para incluir dos conjuntos de hechos de historias diferentes¹²: los crímenes de guerra – hoy “violaciones graves a los Convenios de Ginebra”- propios del Derecho Internacional Humanitario; y los crímenes de lesa humanidad que se suelen asociar a las violaciones más graves de derechos humanos, si bien su origen y muchos de sus preceptos están vinculados también a la guerra.

Crímenes de guerra. Los Convenios de Ginebra de 1949 proclaman con absoluta precisión que “cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a los responsables de haber cometido u ordenado cometer una cualquiera de las obligaciones graves (a estos convenios), y deberá hacerlos comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad”. La única alternativa a esta obligación es entregar al eventual inculpado a otra parte contratante, siempre que, para evitar la impunidad, ya haya presentado cargos

¹² Informe citado, párrafo 8.

suficientes¹³. Hay que agregar que estas normas están referidas a los conflictos armados internacionales, y no hay alguna equivalente ni en el artículo 3 común a todos ellos ni en el Protocolo II.

Nuevos progresos en el derecho internacional humanitario lo constituyen la sentencia de alzada del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el juicio "contra Tadic" que declaró que "no tenemos dudas que estas violaciones generan una responsabilidad penal individual, con independencia de que se hayan cometido en un conflicto armado interno o internacional"¹⁴. Y, finalmente, la resolución 955 de 1994 del Consejo de Seguridad que creó y fijó la competencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda lo autorizó, por primera vez en la historia, para juzgar crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad cometidos en un conflicto armado no internacional¹⁵.

Crímenes de lesa humanidad. El principio rector es que si es la humanidad la que ha consagrado internacionalmente los derechos humanos; que si esa humanidad ha reconocido como titular de derechos humanos a todos los seres humanos, incluidos los violadores de esos derechos, le corresponde a ella, como "lesionada" por la violación, la titularidad de la acción punitiva.

Hay quienes sostienen que no hay "definición universalmente aceptada" de crímenes internacionales. Así lo dijo Lord Slynn para rechazar la extradición de Pinochet a España. La verdad, es que a la fecha de ese fallo, el proceso de evolución del concepto estaba muy avanzado, por no decir concluido (pues en estas materias el progreso es siempre posible y deseable). Desde luego ya había una definición -buena, para la época- en el Estatuto de Tribunal de Nuremberg. Hay otra mejor en la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968, en que el concepto se desliga por primera vez de la

¹³ Artículos 49 del I Convenio sobre Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; 50 del II Convenio, relativo a los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; 129 del III Convenio sobre Trato Debido a los Prisioneros de Guerra y 146 del IV Convenio relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.

¹⁴ Dugard, John: Salvando las distancias entre los derechos humanos y el derecho humanitario. En Revista Internacional de la Cruz Roja, Informe especial 1948-1998 Derecho humanos y derecho internacional humanitario. Septiembre 1998.

¹⁵ Bassiouni, Cherif. De Versalles a Ruanda en 75 años. La necesidad de establecer una Corte Penal Internacional. Harvard Human Rights Journal, Volumen 10, 1997. Tomado de Revista de Derecho Público, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, Volumen 10, Mayo 1999.

guerra (pues se consideran tales, además, la expulsión por ataque armado u ocupación, la política del *apartheid* y el genocidio, que pueden cometerse en tiempo de paz y de guerra); y otra aún más moderna y desarrollada, en la que las referencias a la guerra aparecen substituidas por el concepto de actos cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, contenida en el artículo 7 del Estatuto de Roma.

En mi concepto, los jueces ingleses no utilizaron el concepto ni los alcances de delitos contra la humanidad con todo el vigor que el caso requería. Así, hechos tan graves como las desapariciones forzadas y las ejecuciones sumarias y arbitrarias, las detenciones arbitrarias, la persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos y otras que en general son considerados “crímenes contra la humanidad” (proyectos de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas; artículo 7.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998); quedaron excluidos de la extradición aún en caso de que ésta hubiese sido finalmente concedida.

Tampoco valoraron los jueces ingleses que la incipiente jurisdicción universal ya aportaba suficientes precedentes, como el caso Eischman, en 1961, en el que se reconoció la competencia del tribunal israelí por ser un delito internacional o universal; o el caso del capitán Astiz de la Armada argentina, que fue juzgado y condenado en Francia por asesinatos cometidos en Argentina; o el del criminal de guerra Demjanjuk, al que Estados Unidos aceptó extraditar a Israel, por cuanto se trataba justamente de delitos cometidos por “enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen igual interés en la aprehensión y en su castigo” (1985).

Tribunales internacionales

En esta materia –otra vez- el derecho internacional humanitario es mucho más desarrollado -y desde antiguo- para el juzgamiento y la sanción de los crímenes de guerra, hoy reconocidos como “violaciones graves” a las leyes de la guerra. Ya en 1474 se estableció un tribunal penal internacional para juzgar a un tal Peter von Habenbach, al servicio de Borgoña, por las atrocidades cometidas en el sitio de Breisach. Luego de la primera guerra mundial también se decidió juzgar al Kaiser Guillermo II, pero no se pudo porque Holanda lo protegió. En el Tratado de Versalles Alemania reconoció que los aliados tenían el derecho de llevar ante sus tribunales a los responsables de los crímenes cometidos. Los tribunales de Nuremberg y Tokio también están muy impregnados de las leyes de la

guerra, y en su sentencia el primero hizo formal vinculación de los crímenes contra la humanidad cometidos antes de la guerra con esta misma.

Quizás si la norma más clara de jurisdicción universal - independientemente de las normas del derecho internacional humanitario- lo constituya el artículo V de la Convención sobre la Represión y Castigo del Crimen de *Apartheid*, en el sentido que los acusados podrán ser juzgados "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".

En otros textos declarativos y convencionales, por el contrario, las formulaciones sobre la jurisdicción universal son más débiles y ambiguas¹⁶, como lo demostró todo el debate en Roma sobre la creación del Tribunal Penal Internacional, en el que quedó la sensación que muchos Estados no están dispuestos a avanzar en una efectiva justicia internacional en materia de violaciones de derechos humanos. Este mismo espíritu se refleja en los lamentables juicios de Lord Slynn en la sentencia de 24 de marzo de 1999 (Regina vs. Pinochet) que la concepción de jurisdicción universal para ciertos crímenes internacionales no ha alcanzado categoría de *jus cogens* y que no existe una definición universal de estos crímenes.

Habría sido de desear que los Lores de la Ley hubiesen dado esos pasos adelante que los tratados no dan. Un esfuerzo en ese sentido fue la concepción de genocidio de los jueces españoles, no respaldada por los ingleses. Otro, también de origen español en este mismo caso, fue la interpretación del artículo 6 de la Convención sobre el Genocidio (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 haya reconocido su jurisdicción") -que formalmente no establece la jurisdicción universal-, en el sentido que ese

¹⁶ Por ejemplo, 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, disponen que estos serán juzgados, "*por lo general*, en los países donde se hayan cometido esos crímenes", de donde se ha deducido que pueden ser juzgados universalmente. La Convención Americana contra la Desaparición Forzada, declara sólo en su preámbulo "que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad", pero nada dice de jurisdicción universal, lo mismo que el párrafo preambular tercero de la Declaración de las Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada de Personas, de 18 de diciembre de 1992, que declara que la desaparición forzada practicada sistemáticamente "representa un crimen de lesa humanidad".

artículo "no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional", agregándose que otro criterio "sería contrario al espíritu del Convenio", para terminar lapidariamente que "sería impensable" que el artículo 6 impidiese a España "castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país".

El sólo hecho que desde Nuremberg y Tokio sólo se hayan establecido dos tribunales penales internacionales (La Haya y Arusha), revela que el consenso para un progreso mayor ha sido escaso. El último paso -y el más prometedor, a pesar de la falta de consenso con que se adoptó, las resistencias para ratificarla y algunas debilidades- lo constituye la Conferencia de Roma de 1998.

La obligación internacional de investigar, juzgar y castigar

El tema del derecho a la justicia cobró su máxima importancia al término de las dictaduras militares que asolaron la región latinoamericana durante las décadas de los 60, 70 y 80, en la que los horrores vividos fueron posibles por una mentira oficial que por un lado negaba los hechos, pero por otro los justificaba, y contradictoriamente terminaba por amnistiarlos.

Las débiles democracias emergentes propusieron a sus pueblos dos valores, el de la verdad y el de la justicia, como fundamentos de una futura reconciliación.

Pero al poco tiempo los esfuerzos iniciales comenzaron a debilitarse, para ofrecer cuotas parciales de verdad, y más parciales aún de justicia.

Sin embargo, y particularmente después de 1998 y como consecuencia de la detención del ex dictador chileno Augusto Pinochet, los jueces de numerosos países de la región asumieron su misión de investigar y sancionar crímenes generalmente considerados como de lesa humanidad.

El Comité de Derechos Humanos rechazó duramente la tesis de un Estado latinoamericano que alegó no estar obligado a investigar crímenes cometidos por una dictadura precedente: "El Comité no está de acuerdo con el Estado parte en que el Estado no tenga ninguna obligación de investigar las violaciones de derechos enunciados en el Pacto por un régimen anterior, sobre todo cuando estas violaciones incluyen delitos tan graves como la tortura. En el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del

Pacto se estipula claramente que cada uno de los Estados Partes en el Pacto se compromete a garantizar que 'toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales'. Por lo tanto, estimó que el peticionario tiene derecho a un 'recurso efectivo' e 'inst(ó) al Estado parte a que tome medidas efectivas para: a) efectuar una investigación oficial de las alegaciones de tortura hechas por el autor, con el fin de identificar a las personas responsables de las torturas y los malos tratos a que fue sometido, y de ofrecer al autor los medios de buscar una reparación por la vía civil; b) conceder(le) una indemnización apropiada ..., y c) garantizar que no se produzcan violaciones parecidas en el futuro'¹⁷.

Al analizar este punto, y para los propósitos de este seminario, conviene recordar los principios contenidos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados: *Pacta sunt Servando* (todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe); y "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Si bien se trata de normas convencionales y referidas a normas convencionales, no existe discusión que ellas no son sino la concreción legislativa de principios históricos de derecho internacional consuetudinario. Sostengo, además, que la obligación internacional de los Estados de juzgar las infracciones graves a los Convenios de Ginebra y los crímenes internacionales son también preceptos de derechos internacional humanitarios, que los Estados están obligados a respetar, y de buena fe, aún a despecho de normas en contrario de su derecho interno.

Esta obligación es tanto convencional como de derecho consuetudinario y su contenido esencial es el de investigar y juzgar, y, en su caso, sancionar con penas proporcionales a la gravedad del delito cometido.

Los órganos de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos han desarrollado una muy abundante, reiterada y sólida construcción de lo que, visto desde el punto de vista del ciudadano llamamos el derecho a la justicia y desde el punto de vista del Estado, es la

¹⁷ Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 322/1988, Uruguay, 09-08-94 párrafos 12(3) y 14. Sobre la obligación del Estado de investigar las violaciones a los derechos humanos.

obligación de juzgar. Como sostiene con razón Douglass Cassel. “el desarrollo jurisprudencial por la Comisión y la Corte Interamericana es la doctrina más restrictiva de la impunidad de todo el sistema internacional de los derechos humanos”.

Las disposiciones convencionales básicas son aquellas que consagran, en cada tratado, la obligación del Estado de promover y garantizar los derechos reconocidos en esos instrumentos, obligación que es incompatible con la impunidad, particularmente el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸ y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹.

De esas disposiciones, consistentemente interpretadas, fluye la obligación de los Estados Partes en los referidos instrumentos de combatir las violaciones de los derechos humanos, y en caso que ellas ocurran, de sancionarlas con penas adecuadas, como se explicará más adelante.

Se trata de una obligación que a estas alturas ya puede considerarse, incluso para los Estados que se resisten a hacerse parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que ha adquirido categoría de derecho internacional consuetudinario. Cada año se aprueban resoluciones en la Comisión de Derechos Humanos sobre esta materia, cada día son más frecuentes e insistentes las observaciones e informes de los organismos de control internacional que se refieren a este derecho humano y a la consiguiente obligación estatal.

En lo que se refiere a nuestra región, en prácticamente todas las observaciones finales recaídas en los informes de todos los Estados, el Comité insiste en recomendar pago de una indemnización a las víctimas; dar una indemnización apropiada; reparar las consecuencias, etc.

La anterior Alta Comisionada, Mary Robinson, subrayó la obligación de los Estados de luchar contra la impunidad mediante una adecuada administración de justicia, la correcta aplicación de las normas nacionales

¹⁸ 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.

¹⁹ Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y están sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

e internacionales, la sanción efectiva de los responsables de violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. (Informe sobre Colombia E/CN.4/2000/11, párr. 192).

Obstáculos puestos al ejercicio del derecho a la justicia

Louis Joinet, en su informe final sobre la cuestión de la impunidad, hace una larga lista de obstáculos legales y de hecho que favorecen la impunidad.

Entre los legales menciona instituciones jurídicas de larga historia, alcurnia y respetabilidad: prescripción, amnistía, derecho de asilo, extradición por delitos políticos; prohibición de procesos en rebeldía, clásico del derecho anglosajón; la eximente de responsabilidad de cumplimiento de órdenes (obediencia debida).

Agrega perversiones creadas por legislación nueva y con el propósito expreso de favorecer la impunidad, como las leyes sobre arrepentidos, el reforzamiento de las competencias de los tribunales militares.

Y menciona prácticas viciosas, como la remoción de jueces a cargo de las investigaciones que progresan en el esclarecimiento de los hechos.

No menciona como obstáculo a la lucha contra la impunidad a las medidas alternativas a la privación de la libertad, pues no se ha constatado, hasta ahora, un abuso generalizado de ellas.

La Corte Interamericana ha sido contundente frente a los diversos obstáculos que oponen los Estados para evadir su obligación de juzgar las violaciones de derechos humanos: "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁰.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos Chumbipuma Aguirre, Sentencia 14 de marzo de 2001, párrafo 41.

El Comité de Derechos Humanos ha agregado en su condena a la práctica habitual de dilatar los procesos en que están inculpados violadores de derechos humanos.

Me referiré a algunos de los obstáculos más demonizados por el derecho internacional, y luego me referiré a la sustitución de las penas privativas de libertad por sanciones alternativas.

A) Leyes de amnistía de diversas denominaciones

La obligación internacional de procesar a los responsables de violaciones de los derechos humanos es opuesta a las leyes de amnistía que se dictan para delitos considerados de lesa humanidad.

Muchas veces estas leyes tienen nombres bastante ajenos a su objetivo manifiesto. En Uruguay se llamó "caducidad de la pretensión punitiva del Estado"; en Argentina, la última de la época militar fue denominada como "de pacificación nacional", y las dictadas en regímenes democráticos "punto final" y de "determinación de los Alcances del Deber de Obediencia" (vulgarmente, Obediencia Debida).

El efecto de estas leyes es contrario al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como también lo es a la Convención Americana de Derechos Humanos. Los dos órganos del sistema interamericano las han condenado en forma explícita en informes y sentencias relativas a Chile, Argentina, Uruguay, Perú, El Salvador y Guatemala, y han recomendado a los Estados su derogación sin más.

El Comité de Derechos Humanos ha proclamado su postura contraria a las leyes de amnistías, tanto en sus Comentarios Generales, como en sus Observaciones Finales relativas a informes de los Estados, cuanto en observaciones recaídas en comunicaciones individuales.

La Observación General N° 20 sostiene que "las leyes de amnistía respecto de las violaciones de los derechos humanos son generalmente incompatibles con el deber del Estado de investigar esas violaciones, garantizar que las personas no estén sujetas a dichas violaciones dentro de su jurisdicción y velar por que no se cometan violaciones similares en el futuro".

Por ello el Comité declaró que las leyes de obediencia debida y la Ley de punto Final y el indulto presidencial a los altos jefes militares

dispuestas por los gobiernos de Argentina son incompatibles con los requisitos del Pacto²¹.

La Comisión Interamericana agregó que el acto de poder mediante el cual el régimen militar que se instaló en Chile, dictó en 1978, el denominado Decreto-Ley No. 2.191 de auto-amnistía, es incompatible con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por ese Estado el 21 de agosto de 1990²². Y en cuanto a El Salvador manifestó que "el tema de las amnistías ha sido analizado por la Comisión en diversas oportunidades en relación con denuncias individuales planteadas contra algunos Estados partes en la Convención Americana que han dictado leyes de amnistía que han amparado con la impunidad serias violaciones de derechos humanos cometidas contra personas sujetas a su jurisdicción. Estas leyes de amnistía han privado a importantes sectores de la población del "derecho a la justicia en sus justos reclamos contra quienes cometieron excesos y actos de barbarie en su contra²³".

Desde luego, no se conocen dictámenes en contrario.

Tribunales Militares

En su comentario general N° 14, el Comité de Derechos Humanos estimó que si bien los tribunales militares no son *per se* contrarios al Pacto, en la práctica se han transformado en garantes de la falta de responsabilidad para los responsables de violaciones a los derechos humanos.

Respecto a Chile, al conocer del Cuarto Informe periódico, en marzo de 1999, el Comité criticó que "la jurisdicción amplia de los tribunales militares para conocer de todos los casos relacionados con el enjuiciamiento de personal militar y sus facultades de juzgar causas pertenecientes a los tribunales civiles, contribuyen a la impunidad de que goza dicho personal y que impide su castigo por las violaciones graves de

²¹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Argentina, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/40, 05/04/95, párrafo 144. Sobre la incompatibilidad de la ley de obediencia debida y la ley de punto final con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²² CIDH, Caso 10.843 (Chile) Informe 36/96 aprobado el 14 de marzo de 1997, párrafo 105. Sobre amnistías generalizadas.

²³ CIDH, Caso 10.480 (El Salvador) Informe 1/99 aprobado el 27 de enero de 1999, párrafo 107. Sobre las leyes de amnistía y el derecho a la justicia.

los derechos humanos. Además, la persistente jurisdicción de los tribunales militares chilenos para procesar a civiles no es acorde con el artículo 14 del Pacto". Y, en consecuencia, el Comité recomendó "que se enmiende la ley para limitar la jurisdicción de los tribunales militares al enjuiciamiento de personal militar solamente, acusado de delitos de carácter exclusivamente militar".

En las observaciones Finales al Cuarto Informe sobre Guatemala, el Comité sostuvo que "la jurisdicción amplia de los tribunales militares para conocer de todos los casos relacionados con el enjuiciamiento de personal militar y sus facultades de fallar causas pertenecientes a los tribunales comunes, contribuyen a la impunidad de que goza dicho personal e impide su castigo por violaciones graves de los derechos humanos, como lo reconoció el Estado Parte al incluir las reformas que no fueron aprobadas en el referéndum de 1999"; por lo que recomendó "**enmendar la ley para limitar la jurisdicción de los tribunales militares al enjuiciamiento de personal militar acusado de delitos y faltas de carácter exclusivamente militar** (artículos 6, 7, 9 y 14 del Pacto) (agosto de 2001).

Igual recomendación hizo el Comité al Brasil al conocer de su informe inicial (julio 1996), y en un sinnúmero de otros casos.

Más todavía, conociendo el Comité del Cuarto Informe de la República Dominicana, "deplor(ó) que la Policía Nacional tenga a su cargo un órgano judicial propio, ajeno al establecido por la Constitución para juzgar las faltas y delitos de sus miembros", lo que atenta a la igualdad frente a la ley, por lo que recomendó que los juzgamientos por delitos comunes cometidos por la Policía deberían ser trasladados a la justicia civil ordinaria.

Por el contrario, conociendo del cuarto informe del Ecuador, el Comité acogió "con beneplácito la información de que se ha limitado la jurisdicción de los tribunales militares a los miembros de las fuerzas armadas en ejercicio de sus funciones oficiales, que esos tribunales no tienen jurisdicción sobre los civiles, y que los casos de violaciones de los derechos humanos por miembros del ejército y de las fuerzas de seguridad corresponden a la jurisdicción de los tribunales civiles" (julio de 2001).

La Convención Americana contra la Desaparición Forzada de Personas excluye, en su artículo IX la posibilidad que los crímenes constitutivos de la desaparición forzada, puedan ser juzgados por tribunales militares, proscribire como eximente de responsabilidad la llamada obediencia debida (VIII), y no acepta la prescripción del delito.

Y lo mismo establece la Declaración de las Naciones, que expresa que los responsables de desapariciones forzadas “serán juzgadas por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar”:

Dilaciones indebidas en los procesos

Otra forma de obstaculizar el derecho humano a la justicia es la de la dilación injustificada en adelantar los procesos. Así lo entendió el Comité de Derechos Humanos en el célebre caso de Nydia Bautista, en Colombia: “8.6. Por último, el autor ha denunciado la violación del párrafo 3 c) del artículo 14, en razón de las dilaciones indebidas existentes en los procedimientos penales incoados contra los responsables de la muerte de Nydia Bautista. Como el Comité ha sostenido reiteradamente, el Pacto no prevé que los particulares tengan derecho a reclamar que el Estado enjuicie penalmente a otra persona / Véanse las decisiones adoptadas en los casos Nos. 213/1986 (H. C. M. A. c. los Países Bajos), el 30 de marzo de 1989, párr. 11.6; Nº 275/1988 (S. E. c. la Argentina), el 26 de marzo de 1990, párr. 5.5; Nos. 343 a 345/1988, (R. A., V. N. y otros c. la Argentina), el 26 de marzo de 1990, párr. 5.5./ No obstante, el Comité estima que el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones. Este deber es aplicable a *fortiori* en los casos en que los autores de esas violaciones han sido identificados”²⁴.

Son las propias Convenciones Interamericana sobre Derechos Humanos, Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos **y de Roma sobre el Tribunal Penal Internacional** las que se cuidan de los juicios simulados. Las dos primeras, para eximir a las comunicaciones individuales de la exigencia de admisibilidad de haber “interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna” (art. 46.1q.a), cuando “haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos (art. 46.2.c). Lo mismo dispone el artículo 5.2 del Protocolo 1. Mientras que el Estatuto de la Corte Penal Internacional otorga competencia a ésta para juzgar aún a aquellos cuyo Estado haya tenido el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, o que esté siendo juzgado con una demora injustificada incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

²⁴ Comité de Derechos Humanos. Comunicación n.º563/1993. Colombia, 13-11-95, párrafo 8.6. Sobre la obligación del Estado de investigar las violaciones a los derechos humanos.

Prescripción. La prescripción es una institución histórica en el derecho, tanto en materias civiles como criminales. No obstante, no es aplicable a los crímenes de guerra y a los de lesa humanidad. Una Convención de 1967, en vigor desde 1970 así lo establece. Más tarde la Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas (art. VII) declara que este delito es imprescriptible, y lo mismo hace –aunque sin carácter vinculante, por ahora-, la Declaración sobre la misma materia del las Naciones Unidas.

Penas alternativas Gran parte de los que hemos llamado obstáculos para la justicia son instituciones con larga historia, incluso milenaria, que se encuentran en casi todas las legislaciones, al menos de occidente. Nadie nunca se ha opuesto a las amnistías, que históricamente se ha considerado que produce importantes efectos benéficos. Lo mismo ocurre con la prescripción. El problema surge, no por el uso legítimo de estas instituciones, sino por su perversión.

En el desarrollo moderno del derecho penal y penitenciario y en la criminología actual, se usa y se recomienda ampliar el uso de penas alternativas al encarcelamiento, pues se estima que éste no contribuye a la rehabilitación del delincuente; que normalmente es una forma especial de tortura; cuyo costo es muy alto y otras razones similares.

En el ámbito internacional, el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana en 1990 hizo suyas las llamadas Reglas de Tokio sobre las Medidas No Privativas de Libertad, que finalmente fueron adoptadas por consenso por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas.

Entonces, ¿es que las Naciones Unidas ahora cambiaron sus posiciones históricas, y ahora quieren ser generosos con los genocidas? Ciertamente que no.

Es verdad que quienes estuvieron en Tokio, en La Habana y en Nueva York –las tres etapas claves en la aprobación de estas normas de evidente contenido humanitario (y yo estuve en las dos últimas, como Embajador de Chile)- no pensaron jamás que podrían ser algún día aplicadas a genocidas o responsables de crímenes de lesa humanidad.

En efecto, la obligación de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales importa la obligación de hacerlo con penas adecuadas a la gravedad de los hechos, única manera de cumplir de buena fe con

esos deberes. Los textos escritos, sean vinculantes o recomendatorios, no dejan lugar a dudas:

Convención contra la esclavitud de 1926, artículo 6: “Las Altas Partes Contratantes... se obligan a adoptar las medidas necesarias para que estas infracciones sean castigadas **con penas severas**”.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes: artículo 4: “**penas adecuadas** en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, de 1948, artículo V: “sanciones **penales eficaces**”.

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de las Naciones Unidas, es un “delito pasible de **penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad**” (art.4.1).

Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, de 1989: los responsables de estos ilícitos serán sancionados con **penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos**.

Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. art.8 obliga a disponer de **medidas apropiadas** para combatir todas las formas de trata de mujeres y la explotación de la prostitución de mujeres (por el sentido se trata de penas apropiadas).

Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, de 1994: Los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a **imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad**. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas dispone “todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, **delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad**”.

En el derecho humanitario las expresiones son similares: “**adecuadas sanciones penales** que se hayan de aplicar a las personas que hayan

cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las **infracciones graves** contra el presente convenio ..”, agregando que “ninguna parte podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones” graves a los Convenios.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No privativas de Libertad, son “mínimas” porque el espíritu en que fueron adoptadas va dirigido a que el Estado sea más generoso con determinados criminales y adopte medidas más audaces, para mejorar la rehabilitación, disminuir costos, educar, etc. El párrafo 1.1.1. dice que las reglas mínimas “contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de libertad...”, pues se trata de “reducir la aplicación de las penas de prisión” (1.1.5). Pero esto “teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”. Se agrega que la aplicación de estas medidas será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos. Ciertamente nadie quiere despenalizar la tortura, la desaparición forzada, y todo el esfuerzo legislativo internacional está dirigido justamente a reforzar el castigo de estos delitos atroces.

Algunos de los principios que fluyen de las reglas son:

el del equilibrio entre los derechos del delincuente, la víctima y la sociedad (1.1.4);

el de la flexibilidad, atendida la gravedad del delito;

el de la participación de la comunidad en la rehabilitación del delincuente;

el de la discrecionalidad del juez en su aplicación

el de la dignidad del delincuente

el de la compatibilidad con el ordenamiento jurídico

el de la falta de gravedad del delito.

Todos estos principios excluyen la aplicación de las medidas no privativas de libertad para hechos que dañan a la humanidad entera. Así lo entiende, por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, cuyo artículo 18 dispone que los autores o presuntos autores de actos constitutivos de desaparición forzada **no se beneficiarán** de ninguna ley de amnistía especial **u otras medidas análogas que tengan por objeto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal** .

Valga como argumento de refuerzo la distinción que hace la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y de abuso de poder. Todo el apartado A es para las víctimas de delito, y el B para las víctimas de abuso de poder, entendiendo por tal las normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos. Para las víctimas de delitos, el obligado a resarcir, es el delincuente; en el segundo, es el Estado

Cualquier otra interpretación no es sino un abuso. En derecho internacional rige la regla de la buena fe, consagrada, para los tratados, en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, *pacta sum Servando*. Si bien muchas de las normas internacionales no son tratados, son claramente derecho consuetudinario internacional, y ha de regirse por el mismo principio.

Palabras finales

En todos los casos de violaciones flagelantes y masivas de los derechos humanos, y suponiendo que el régimen que las cometió no es derrocado por las armas, las demandas acumuladas de justicia y verdad han aparecido transadas. Durante 8 años fui Relator sobre los derechos humanos en el ex Zaire, hoy República Democrática del Congo. En todos mis informes desde la primera guerra en ese país (1996-1997, Kabila y ruandeses contra Mobuto) y la segunda (ruandeses y ugandeses contra congolese) exigí que las masacres en gran escala cometidas en la primera y más tarde en la segunda debían ser investigados y sancionados penalmente.

Hoy todas las partes de ese conflicto sangriento han firmado un proceso de paz, y han decidido constituir una Comisión de Verdad y Reconciliación. Los negociadores de todas las fracciones han llegado a un acuerdo que ella esté constituida por... ¡100 miembros!, y bien pagados.

¿Qué refleja esta anécdota? Pues un fenómeno que en Latinoamérica conocemos bien: las transiciones se acuerdan entre los victimarios y las corrientes políticas cercanas a las víctimas. Pero sin las víctimas.

Es verdad que entre las metas que persiguen los regímenes post dictadura o post conflicto están (a) evitar la involución y (b) consolidar la democracia. La búsqueda de la verdad y la justicia por lo ocurrido es vista como un peligro de involución y un obstáculo a la consolidación.

Creo que ese es un profundo error, y es el gran triunfo de la impunidad sus dimensiones jurídica, política, moral e histórica. La sociedad que emerge de esa posición corre el riesgo de ser una sociedad perversa, fundada en un empate moral y político, en el que todos somos buenos, o, lo que es lo mismo, todos somos malos, y luego nadie es bueno ni malo. Somos todos iguales ¿Es esa una sociedad sana?

El empate moral tiene otra consecuencia terrible: si todos somos buenos, o todos somos malos, ¿cuál es la ventaja sustancial de la democracia sobre la dictadura o de la paz sobre la guerra?