



CENTER
FOR
Global
Studies



ISSN 1944-1193

Los Tribunales de Derechos Humanos en Latinoamérica: Justicia Global y Democracia

Ricardo Gil Lavedra

University of Buenos Aires Law School

Project on Human Rights, Global Justice & Democracy
Working Paper No. 7
Spring 2009
Working Paper Series Editor: Jo-Marie Burt

 **GEORGE
MASON**
UNIVERSITY

FOREWORD

Over the course of the past year, former Peruvian president Alberto Fujimori has sat, three days a week, in front of a panel of three Supreme Court justices tasked with determining his responsibility in a series of grave human rights violations committed during his ten-year administration (1990-2000).

Few Peruvians imagined such a trial was ever possible. Fujimori fled Peru in November 2000, amidst explosive corruption scandals. Upon his arrival in Japan, the birthplace of his parents, he was provided protection by top political authorities and was quickly granted Japanese citizenship, effectively shielding him from the risk of extradition to Peru.

But events took a new turn in November 2005, when Fujimori left his safe haven in Japan for Chile. In what international law scholar Naomi Roht-Arriaza has referred to as "the age of human rights," this was a critical miscalculation. Instead of launching a bid for the presidency in Peru's 2006 elections, Fujimori instead found himself under arrest in Chile. The Peruvian state prepared an extradition request, and in September 2007, after a long and complex process, the Chilean Supreme Court approved Fujimori's extradition. Within days the former president was returned to Peru, and on December 10, 2007, his trial for human rights violations began.

Domestic prosecutions of heads of state for human rights crimes are extremely rare in any country. And Peru may seem an especially unlikely place for such a high-profile trial to unfold. Fujimori remains quite popular among certain segments of the Peruvian public. The judiciary historically has been held in low esteem by Peruvian citizens. Key figures in the present-day political establishment, including the current president, vice-president, and key opposition figures, have their own reasons for being wary of possible prosecutions for human rights violations in the future. Yet, in a striking display of impartiality and professionalism, the tribunal overseeing the prosecution of the former president has been a model of fairness, fully protecting the due process rights of the accused. Regardless of the outcome, the trial of Fujimori demonstrates that with sufficient political will, domestic tribunals can prosecute high-level public officials who commit or order the commission of grave human rights violations.

Impunity has long characterized Latin American societies emerging from years of authoritarian rule and/or internal conflict, but today numerous Latin American countries are making great strides in bringing to justice those who committed or ordered the commission of grave violations of human rights. To highlight and analyze this welcome development, the Center for Global Studies at George Mason University, the Washington Office on Latin America (WOLA) and the Instituto de Defensa Legal (IDL) joined forces to draw attention to the Fujimori trial, as well as the other human rights tribunals underway in parts of Latin America today.

*Mason, WOLA and IDL organized a conference series to examine human rights trials in Latin America. The first conference, entitled *Los culpables por violación de derechos**

humanos, took place in Lima, Peru, June 25-26, 2008. It convened key experts in international human rights law, as well as judges, lawyers, scholars and human rights activists from across the region, to analyze the Fujimori trial in comparative perspective. (A rapporteur's report for this conference is available online at: <www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/agosto/07/seminario_culpables.pdf>.)

A second conference took place in Washington, D.C., on October 2, 2008, at the Carnegie Endowment for International Peace. Several participants from the Lima conference were joined by human rights activists, lawyers, judges and scholars from across the region to examine the Fujimori trial as well as other human rights tribunals underway in Argentina, Chile, Uruguay, and Guatemala. The result is a rich multidisciplinary look at a new moment in Latin America's history, in which impunity and forgetting is giving way to processes of accounting for crimes of the past through domestic tribunals, one piece of a broader process of coping with the difficult legacies of the authoritarian and violent past. (A rapporteur's report for this conference is available online at: <<http://cgs.gmu.edu/publications/hjd/OSI2009RappReport.pdf>>.)

This working paper series is based on the Washington conference on human rights tribunals in Latin America. Select panelists have prepared incisive analyses of this new trend in transitional justice in the region. Several of the papers analyze the Fujimori trial, offering legal, activist, and scholarly perspectives on the trial of Peru's former head of state. Others examine trends in other countries, including Argentina, Chile, and Guatemala, that have also sought to promote prosecutions for human rights violations. Collectively the papers reveal the strides Latin America has made in its efforts to combat impunity and promote the rule of law and democratic governance. Though obstacles remain, as several conference participants indicated, these efforts represent a key departure from the past, and merit careful scrutiny by policymakers, scholars, and the human rights community.

We would like to especially thank the Latin American Program at Open Society Institute, in particular Victoria Wigodsky, which made this conference series as well as the publication of this paper series possible. We also thank Arnaud Kurze at CGS/Mason for his capable assistance during all stages of this project and in particular of the preparation of this working paper series.

*Jo-Marie Burt
Center for Global Studies, George Mason University
March 2009*

© 2009 Ricardo Gil Lavedra
© 2009 Center for Global Studies

This working paper series is based on an international symposium, "Human Rights Tribunals in Latin America: The Fujimori Trial in Comparative Perspective." Select panelists have prepared incisive analyses of new trends in transitional justice in the region. The conference was organized by the Center for Global Studies at George Mason University, the Washington Office on Latin America, and the Instituto de Defensa Legal on October 2, 2008 in Washington, D.C., and funded with the generous support of the Open Society Institute.

The Center for Global Studies at George Mason University was founded to promote multidisciplinary research on globalization. The Center comprises more than 100 associated faculty members whose collective expertise spans the full range of disciplines. The Center sponsors CGS Working Groups, publishes the *Global Studies Review*, and conducts research on a broad range of themes.

WEB: cgs.gmu.edu

Los Tribunales de Derechos Humanos en Latinoamérica: Justicia Global y Democracia

Por
Ricardo Gil Lavedra*

1. LA PARADOJA DE LA DEMOCRACIA

La discusión acerca de los mejores modos para saldar las cuentas de un pasado sangriento, se ha introducido en el proceso de recuperación de la democracia en los países de la región. En muchos de ellos se han producido graves violaciones a los derechos humanos y todos están tratando de afianzar el sistema democrático. Por ello, no resulta ociosa la reflexión respecto del papel que desempeñan los tribunales de justicia en ese marco, es decir si la realización de juicios donde se establezca la responsabilidad penal de los autores de esos hechos contribuye o no a la consolidación de la democracia.

Hay que partir de una circunstancia paradójica. Según las mediciones realizadas por la organización civil chilena Latinobarómetro, el 55% de la población de la región en el año 2007 manifestaba su apoyo a la democracia, pero sólo el 37% estaba satisfecho sus resultados.¹

Seguramente ello obedece a la enorme dificultad que han tenido los gobiernos para concretar los ideales que justifican la democracia, que no se agotan en elegir libremente a representantes en comicios competitivos, sino que éste es el medio que posibilitará mejorar la calidad de vida del pueblo, es decir, asegurar a la

* Ricardo Gil Lavedra is a lawyer and professor at the University of Buenos Aires Law School. Dr. Gil Lavedra was a member of the Supreme Court tribunal that prosecuted the military junta that governed Argentina during the 1976-83 military dictatorship. He has served as Vice-Chairman of the United Nations Committee against Torture and ad-hoc Judge of the Inter-American Court of Human Rights. Dr. Gil Lavedra has served as Minister of Justice and Human Rights and Associate Supreme Court Justice, and as Judge of the Federal Chamber of Appeals of the City of Buenos Aires. He has published several articles in criminal and constitutional law and has lectured on criminal and constitutional law and human rights in Argentina and abroad.

¹ Conf. www.latinobarometro.org.

población un mínimo goce de derechos y de acceso a los bienes públicos, esto es, garantizar un mínimo de igualdad.

Hasta el presente ello no ha ocurrido. Latinoamérica es la región más violenta y una de las más desiguales del planeta. Exhibe un desigual acceso a la educación y a la salud, una muy baja competitividad frente a otros países, indignantes índices de corrupción y una baja densidad legal. Escaso apego a la ley y una utilización patrimonialista de los dineros públicos.

En ese contexto, cabe preguntarse entonces la influencia de los procesos de justicia por violaciones a los derechos humanos. En el análisis, me circunscribiré a describir brevemente el caso argentino, no sólo porque es el que se supone que conozco en alguna medida, sino también porque su evolución ha tenido tal variedad de circunstancias que presenta todas las facetas de las respuestas posibles a la cuestión, justicia, verdad, reparación, olvido y perdón.

2. MUCHA VERDAD Y LOS JEFES AL BANQUILLO

El gobierno que asumió en la Argentina en diciembre de 1983, el del Dr. Raúl Alfonsín, fue el primero de la región que se encontró en la necesidad de dar una respuesta a los crímenes de una dictadura saliente. La Argentina arrastraba una fuerte inestabilidad institucional, pues a partir del año 1930 se fueron sucediendo distintos gobiernos civiles y regímenes militares, en una promiscuidad de tal naturaleza que la Corte Suprema llegó increíblemente a equiparar a las normas dictadas durante los gobiernos *de facto* con las emanadas del Congreso Nacional. Pero el gobierno militar que dejaba el poder en diciembre de 1983 lo hacía, a diferencia de otros anteriores también militares, con una secuela inédita de crímenes atroces.

Durante la década de los setenta las organizaciones terroristas habían alcanzado su mayor desarrollo e intensidad, extendiéndose en casi todo el país. De acuerdo a las informaciones oficiales, en ese período se cometieron una gran cantidad de atentados que arrojaron la cifra de seiscientos ochenta y siete víctimas fatales. Si bien las fuerzas armadas llevaban el control de la lucha contra el terrorismo y el gobierno de aquel entonces les concedía cada vez mayores facultades, en marzo de 1976 se produjo una revolución militar que desalojó del poder al gobierno constitucional de María Estela Martínez de Perón, invocando como uno de sus objetivos esenciales eliminar la anarquía existente y derrotar definitivamente al terrorismo.

Pero las autoridades militares decidieron enfrentar a esta amenaza cierta a través de un método atroz e ilegal. Se mantuvo una estructura visible y legítima de

represión, que consistía en la división del país en zonas, subzonas y áreas a cargo de fuerzas militares, procedimientos públicos de control, puesta a disposición del Poder Ejecutivo de sospechosos, etc. Sin embargo, dentro de ese marco, en la mas absoluta clandestinidad y riguroso secreto, se procedió a secuestrar a las personas que se consideraba vinculadas al terrorismo de acuerdo a los informes de inteligencia, se las condujo a centros de detención que funcionaban en unidades militares o policiales, se las torturó salvajemente para tratar de obtener información acerca de sus actividades y compañeros, se las mantuvo en condiciones inhumanas de vida para quebrar cualquier resistencia, para luego asesinarlas haciendo desaparecer sus restos, o bien se las “legalizaba” colocándolas a disposición del Poder Ejecutivo o de algún tribunal militar y, en el mejor de los casos, se las dejaba sigilosamente en libertad . Mientras todo esto ocurría, se contestaban negativamente las solicitudes que efectuaban los jueces en los procesos de *habeas corpus* y se rechazaban los pedidos de gobiernos y entidades extranjeras, negando enfáticamente la existencia de personas “desaparecidas”.

A la época de la asunción del primer gobierno democrático, existían numerosas denuncias de organismos de derechos humanos, tanto en el país como en el exterior, acerca de la existencia de secuestros y torturas, como así también que había gran cantidad de personas desaparecidas, pero no se conocía con precisión el modo como se había organizado la represión ilegal y se ignoraba la cantidad de víctimas y las modalidades de los hechos. Por otra parte, importantes sectores de la población creían la versión pública de los militares, en punto a que se trataba de una campaña de falsedades, que habían ocurrido algunos “excesos” pero que éstos se castigaron en su momento, en suma que los “desaparecidos” eran las bajas naturales de una “guerra sucia”, cuyos términos habían sido determinados por los agresores, “guerra” ésta en la que las fuerzas armadas habían resultado vencedoras, y que ello había posibilitado el retorno a la democracia.

El nuevo gobierno intentó efectuar un delicado equilibrio entre la necesidad de resguardar ciertos principios básicos del sistema democrático, como la igualdad ante la ley, la no impunidad de crímenes graves, y a la vez asegurar la continuidad de la democracia, pues los militares tenían un gran descrédito público pero mantenían una gran capacidad de reacción y de veto, pues los autores de tales crímenes permanecían en actividad dentro de las fuerzas armadas y de seguridad, y existía, además, un fuerte espíritu de cuerpo de los restantes integrantes, que veían la revisión de lo sucedido como un ataque a la institución militar.

No existían, por otra parte, precedentes del derecho internacional, salvo los de los Tribunales Militares de Nüremberg y Tokio, impuestos por las naciones

vencedoras de la guerra. El derecho internacional de los derechos humanos no tenía, ni por asomo, el desarrollo que adquirió posteriormente. Por otra parte, Argentina recién ratificó los principales tratados en la materia (la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes) a poco de asumir el nuevo gobierno.

Además, cuando asumió el nuevo gobierno, los países vecinos mantenían sus dictaduras militares (Uruguay, Brasil, Paraguay y Chile) con vínculos con los salientes dictadores argentinos. En ese difícil contexto de toda transición se adoptaron una serie de medidas que trataron de reforzar la valoración social sobre la importancia de los derechos humanos y del respeto al estado de derecho, pero que a la vez permitieran asegurar la estabilidad de la democracia. No hay dudas que todo gobierno de transición intenta resguardar la continuidad democrática de modo prioritario, a fin de prevenir la comisión futura de violaciones a derechos humanos.

Sobre esa base, el gobierno estableció las bases de sus políticas respecto de los crímenes del pasado. En primer lugar, la búsqueda de la verdad de todo lo ocurrido. Luego, concentrar la persecución penal en los máximos responsables, en los jefes que hubieran impartido las órdenes delictuales y exculpar al personal de menor jerarquía². Por cierto, la búsqueda de la verdad es un elemento central en cualquier política de transición, pues satisface el derecho de las víctimas y de sus familiares para conocer lo que pasó, restablece su dignidad y permite el repudio social a prácticas aberrantes, pues toda represión ilegal se produce en la oscuridad, en el silencio. Nadie proclama públicamente la realización de secuestros, torturas o asesinatos. Es necesario entonces desentrañar de manera objetiva lo que en verdad pasó.

Pero no basta cualquier verdad. Es preciso que sea convincente y que se la admita sin retaceos, por lo que las agencias oficiales deben estar integradas por personas creíbles y objetivas³. La Comisión Nacional de Desaparición de Personas (CONADEP), formada a los pocos días del gobierno y compuesta por personalidades de intachable reputación⁴, fue una de las primeras Comisiones de

² Durante la campaña electoral Alfonsín hablaba de tres niveles distintos de responsabilidad, los que dieron las órdenes, los que se excedieron en su cumplimiento y aquellos que se limitaron a obedecerlas en un marco de confusión y coacción.

³ Ver Minow, Martha “*Between vengeance and forgiveness*”, Beacon Press, 1998, pág. 55.

⁴ La presidió el escritor Ernesto Sábato y formaron parte de ellas investigadores científicos, periodistas, filósofos, actores, religiosos y legisladores (curiosamente, las organizaciones de derechos humanos se negaron a integrarla pues sospechaban de su finalidad y requerían una comisión parlamentaria; la oposición justicialista también se opuso a designar representantes).

la Verdad, anterior a la brasileña, a la chilena, a las centroamericanas y a la sudafricana.

La CONADEP produjo en muy poco tiempo un dramático informe, conocido mundialmente como “*Nunca Mas*”, en el que develó la siniestra trama de la represión clandestina, el número aproximado de desaparecidos⁵, la cantidad de centros de detención y tortura, y los caracteres de la organización militar. La difusión del informe comenzó a revelar a la sociedad argentina que las cosas no habían sido como le habían contado, pero lamentablemente no hubo reconocimiento alguno de las fuerzas armadas respecto de los terribles sucesos de los que daba cuenta dicho informe.

Paralelamente, se inició la persecución penal contra todos los integrantes de las Juntas Militares durante el lapso 1976/1983⁶. Llevar a cabo el enjuiciamiento tenía dos dificultades jurídicas que hoy parecen irrelevantes, una ley de autoamnistía que había dictado la dictadura antes de abandonar el poder y la circunstancia de que los delitos comunes cometidos en actos de servicio correspondían a la justicia militar⁷. Respecto de la amnistía se entendió que carecía toda vigencia por su carácter *de facto* y por contrariar una disposición de la constitución argentina acerca de los delitos cometidos con la suma del poder público. En cuanto a la jurisdicción militar el Congreso entendió que debía respetársela⁸, para satisfacer una garantía constitucional relacionada con el juez natural, pero se la limitó introduciendo un mecanismo de control por parte de los jueces civiles sobre los militares a través de un recurso de apelación e, incluso, la posibilidad de que aquellos se avocaran al conocimiento de las causas, en el supuesto de que advirtieran demoras injustificables.

Tal es lo que ocurrió. Debido a que el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas entendió que las órdenes impartidas para reprimir el terrorismo eran “inobjetable” y que no podía predecir el tiempo que le demandaría la sustanciación del proceso, la Cámara Federal en lo Criminal de la ciudad de Buenos Aires se avocó al conocimiento del asunto. El juicio a las juntas militares fue entonces un proceso en el que un tribunal civil aplicó las normas del Código

⁵ El informe da cuenta de 8960, aún cuando esa cifra se ha incrementado posteriormente en un 20% al conocerse nuevos casos a través de los reclamos de reparación.

⁶ Se lo hizo a través de un decreto dictado por el presidente en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, que dispuso iniciar un juicio sumario contra dichos oficiales superiores, de acuerdo a los requerimientos del Código de Justicia Militar vigente en aquella época.

⁷ La Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas allana en la actualidad ambos obstáculos (arts. VII y IX).

⁸ Políticamente se les daba a los militares la posibilidad de seleccionar y sancionar ellos mismos a los responsables. Esta idea, no carente de ingenuidad, fracasó frente al fuerte espíritu corporativo de los hombres de armas.

Penal común, en el marco de un procedimiento militar. No existían antecedentes de que jueces civiles juzgaran crímenes de una dictadura saliente con las reglas del derecho penal ordinario. Los conceptos hoy comunes del derecho penal internacional, carecían de toda vigencia en aquellos años y no hubo entonces aplicación de ninguna disposición de derecho internacional en ese proceso.

El 9 de diciembre de 1985 la Cámara Federal condenó a cinco de los nueve jefes militares a diferentes penas de prisión⁹, por haber ordenado un plan criminal de represión del terrorismo que había dado lugar a la comisión de numerosos delitos por parte de sus subordinados. Se los consideró por ello autores mediatos de los hechos que se les imputó en la audiencia del juicio¹⁰. Además, la sentencia ordenó remitir testimonios a los jueces que resultaran competentes, a fin de que se llevara a cabo el enjuiciamiento de los autores directos de los hechos por los que se había condenado a los ex comandantes.

El juicio no sólo estableció fehacientemente lo ocurrido durante la dictadura, sino que cambió la percepción de la sociedad acerca de ello. Además, expandió las expectativas sobre la posibilidad de realizar plenamente la justicia, lo que colocaba en tensión la política inicial de sancionar sólo a los máximos responsables.

3. LOS LEVANTAMIENTOS MILITARES. EL PERDÓN FORZADO

El juicio a las juntas aparecía, frente a la opinión pública, como el primero de una larga serie de procesos que involucraba a un número indeterminado de autores. Durante el año 1986 diversos tribunales del interior del país comenzaron a solicitar informes al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas sobre los hechos ocurridos en su jurisdicción¹¹. En ese mismo año, la Cámara Federal de la Capital enjuició y condenó a autores mediatos y directos, por delitos cometidos por la Policía de la Provincia de Buenos Aires¹².

⁹ Jorge Rafael Videla y Eduardo Massera recibieron sanciones a perpetuidad por su comportamiento como Comandantes del Ejército y de la Marina, respectivamente, en el período en que se cometieron el mayor número de hechos.

¹⁰ A fin de que el proceso pudiera llevarse a cabo, la Fiscalía seleccionó un conjunto de casos “paradigmáticos”, demostrativos de lo que había ocurrido en todo el país, y se imputó su comisión directamente a los ex comandantes pese a que ellos no habían intervenido personalmente en esos sucesos.

¹¹ Durante la represión el país había sido dividido en zonas que correspondían a los cuerpos de ejército existentes.

¹² Los generales Camps y Riccheri fueron condenados a 25 y 14 años de reclusión, respectivamente, el Comisario Etchecolatz a 23 años de prisión, el médico Jorge Berges a 6 años de prisión y el cabo Cosan a 4 años de prisión.

El malestar dentro de los cuadros de oficiales de las fuerzas armadas comenzó a crecer con insistencia, pues entendían que no se habían cumplido con las promesas de enjuiciar solamente a los oficiales superiores y no existía un panorama cierto acerca de hasta donde iban a llegar los procesos. Simultáneamente, los organismos de derechos humanos multiplicaron sus reclamos de justicia sobre la base de la legitimidad que había otorgado el proceso a las juntas.

En ese contexto, con el objeto de colocar un límite al eventual número de imputados y de esa manera calmar al frente militar, el Congreso sancionó en diciembre de 1986 la ley conocida como de “punto final”. Esta norma contemplaba un breve plazo para que los jueces procesaran o no a los responsables de las violaciones a derechos humanos, pero si no lo hacían la acción penal se extinguía. De esta manera, se creía que al precisar el número de imputados se quebraría la cadena de solidaridad existente en las fuerzas armadas. El resultado fue exactamente el opuesto al buscado, pues los jueces de todo el país temerosos de aparecer como cerrando el camino de los juicios, procesaron a una enorme cantidad de oficiales, en muchos casos sin mayores evidencias acusatorias.

El descontento militar creció notablemente. En abril de 1987 se produjo un alzamiento militar reclamando una “solución política a la guerra contra la subversión”. El gobierno se encontró que no contaba con fuerzas leales para reprimir el levantamiento, y luego de varios días de zozobra e incertidumbre sobre la suerte del régimen constitucional, los rebeldes abandonaron su actitud después de que el propio presidente concurriera personalmente al cuartel donde se encontraban para pedir que se rindieran¹³. El gobierno entendió que su autoridad sobre los cuadros militares había quedado resquebrajada y que existía un riesgo cierto de que se interrumpiera el ciclo institucional, por lo que decidió tomar rápidas medidas para tratar de conjurar el descontento respecto de los juicios.

En el mes siguiente al alzamiento, el Congreso sancionó la ley conocida como de “obediencia debida”, según la cual se presumía sin admitir prueba en contrario, que los subordinados carecían de todo poder de inspección sobre las órdenes recibidas, por lo que no eran responsables de los hechos cometidos. Por supuesto, quienes habían impartido tales directivas con capacidad decisoria, quedaban sujetos a proceso. La ley no se aplicaba tampoco a algunos delitos,

¹³ La opinión pública, que apoyó masivamente el sistema democrático, entendió que las autoridades habían negociado con los rebeldes.

entre ellos el violación o el de sustracción y ocultación de menores o de sustitución de identidad.

Mas allá del ropaje de eximente legal, se trataba en los hechos de una verdadera ley de amnistía para todo el personal militar y de fuerzas de seguridad, salvo para quienes hubieren estado a cargo durante la represión de una zona o subzona con capacidad efectiva de mando. Convalidada la ley rápidamente por la Corte Suprema de Justicia¹⁴, los tribunales la aplicaron de inmediato a los expedientes en trámite en el estado en que estuvieren, cerrando así la persecución penal.

No obstante, quedaron sometidos a juicio alrededor de cuarenta oficiales superiores, lo que permitió sostener al gobierno que se había cumplido lo prometido durante la campaña electoral¹⁵. La sociedad recibió muy críticamente la clausura de la persecución de esa gran cantidad de causas, pues la revelación de la verdad y los juicios realizados habían legitimado e incrementado la demanda de justicia, por lo que la propuesta inicial de las autoridades de castigar sólo a algunos, que en su momento parecía audaz, ahora era percibida como mezquina y fruto de una concesión indebida. La decepción que trajo el dictado de esa ley, más dificultades de orden económico, determinaron que el gobierno sufriera una dura derrota electoral en las elecciones legislativas de ese año 1987, revés electoral que inició el declive definitivo del gobierno de Raúl Alfonsín.

El frente militar tampoco había quedado apaciguado. Problemas internos de disciplina y el constante reclamo de que todos los juicios terminaran, llevaron a que la administración del presidente Alfonsín sufriera dos nuevos alzamientos militares en enero y diciembre de 1988, que superó dificultosamente. Los pocos procesos que habían quedado abiertos siguieron instruyéndose lentamente, sin que recayera sentencia en ninguno de ellos.

No bien se hizo cargo del gobierno, Carlos Menem resolvió terminar directamente con la cuestión. Invocando razones vinculadas con la necesidad de “reconciliación nacional” y de superar las heridas del pasado, en diciembre de 1989 dictó una serie de decretos de indulto respecto de todos los militares que seguían bajo proceso, como así también de los acusados de hechos de terrorismo

¹⁴ La decisión se tomó por mayoría y en la disidencia no hay referencias a las normas del derecho internacional, con excepción de la Convención contra la Tortura que había entrado en vigencia para el derecho argentino pocos días después de la sanción de la ley. Lo que evidencia la nula incidencia que tenía el derecho internacional en aquella época, habida cuenta de su escaso desarrollo.

¹⁵ En cuanto a la responsabilidad de quienes impartieron las ordenes y la exculpación de los que las obedecieron.

y a los que se habían rebelado contra el gobierno anterior. Un año más tarde indultó a los condenados en los juicios de los primeros años de democracia.

4. OLVIDO, REPARACIÓN Y VERDAD SIN JUSTICIA

Se daba comienzo así a una nueva etapa en la revisión de las cuentas del pasado. Se propiciaba el olvido, el perdón y la reconciliación entre víctimas y victimarios. La clausura de toda persecución penal dejó sin sustento a los sectores disconformes de las fuerzas armadas, quienes vieron perder la legitimidad de sus reclamos y la autoridad del presidente se vió reforzada, al punto de poder sofocar rápidamente un nuevo alzamiento a fines del año 1990. La población recibió críticamente a los indultos, aunque ello no tuvo incidencia alguna en materia electoral, pues las preocupaciones populares y el debate público se centraron en la apertura de la economía y en las numerosas privatizaciones que se realizaron en esos tiempos. A la vez, se otorgó gran importancia a la reparación económica, dictándose diversas normas que concedían generosas indemnizaciones a las víctimas y familiares de los delitos de la dictadura.

Entretanto, comenzaba a aparecer en escena un nuevo actor que tendría una importancia decisiva en el futuro: el derecho internacional de los derechos humanos. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Vélasquez Rodríguez" de julio de 1988 estableció claramente la obligación de los estados de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, y que la impunidad incumple el deber de investigar, el que subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte de la persona desaparecida.

En el año 1992 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el Informe número 28 de ese año, en el que se consideraban peticiones de particulares y organizaciones de derechos humanos contra las leyes de "*punto final*" y "*obediencia debida*" y los indultos, considerando que eran incompatibles con la Convención en cuanto impedían a las víctimas obtener una investigación judicial que permitiera individualizar y sancionar a los responsables, recomendando que se otorgaran justas compensaciones y se adoptaran las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos¹⁶. En los años 1993 y 1994, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, respectivamente, por los crímenes de guerra y

¹⁶ Esta resolución implicó un cambio profundo respecto de cuanto decía la Comisión en la década de los ochenta, pues en su Informe Anual 1985/1986, aceptaba la posibilidad de amnistías siempre que fueran sancionadas por el Parlamento.

de lesa humanidad que se habían cometido en las luchas civiles de esos países. En el año 1996 se sancionó el Estatuto de Roma que regula la actuación de una Corte Penal Internacional para juzgar, de modo subsidiario a los estados, los mas graves crímenes del derecho internacional, los de guerra, los de lesa humanidad y el genocidio, culminando una vieja aspiración de la comunidad internacional y precisando en un texto escrito aquellos comportamientos repudiados por las naciones civilizadas, al menos desde fines de la segunda guerra mundial.

Esta expansión del derecho internacional no resultaba indiferente para el derecho argentino. La reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a los principales tratados de derechos humanos, y la Corte Suprema de Justicia entendió que las opiniones de los órganos de aplicación de los tratados debían constituir la guía de interpretación de sus cláusulas. Los jueces y los litigantes comenzaron a citar cada vez más a esos convenios en sustento de sus argumentos.

En 1995, la confesión pública de un oficial de la marina retirado de haber arrojado cuerpos de personas secuestradas al mar conmocionó a la opinión pública y suscitó expectativas acerca de la posibilidad de que se conocieran mas detalles sobre el destino de las víctimas. Se hicieron presentaciones de víctimas y familiares pidiendo saber lo que había ocurrido y la Cámara Federal en lo Criminal de la ciudad de Buenos Aires, que venía autorizando la exhumación de cadáveres para permitir su identificación, consideró que las víctimas tenían un “derecho a la verdad” y al duelo, aunque se careciese de la acción penal para sancionar a los autores de los delitos¹⁷.

A partir de ese momento, varios tribunales del interior del país comenzaron a abrir esos “juicios de la verdad”, en los que se reclamaban informes, se recibían testimonios y se efectuaban audiencias, a los efectos de averiguar los hechos y sus responsables, aunque no se persiguiese penalmente a éstos. Ulteriormente, este “derecho a la verdad” sin castigo penal fue convalidado por la Corte Suprema de Justicia¹⁸ y el estado argentino al arribar a una solución amistosa ante la Comisión Interamericana¹⁹ se comprometió a agotar todos los medios a su alcance y a sancionar las normas que fueran necesarias para llegar a la verdad y establecer la competencia de las Cámaras Federales en lo Penal para conocer de esos asuntos, contrariando lo resuelto por la Corte.

¹⁷ Se utilizó como argumento que la Comisión Interamericana en el Informe 28/92 hubiere recomendado “esclarecer” e “individualizar”, sin decir “castigar”.

¹⁸ Aunque por una vía administrativa o judicial no penal.

¹⁹ En el caso “Lapacó” en el año 1999.

A su vez, en el primer reconocimiento oficial por parte de autoridades militares, el Jefe del Estado Mayor del Ejército, el General Martín Balza, un héroe de la guerra de Malvinas, admitió la comisión de graves delitos en la represión del terrorismo y los condenó. En ese contexto, en 1996 al cumplirse veinte años del golpe militar que había instalado la dictadura, el Congreso derogó las leyes de obediencia debida y punto final. Como la sanción no tuvo efectos retroactivos su importancia sólo fue política y simbólica, pero demostrativa de que se estaba gestando un cambio en la consideración de los delitos del pasado.

Por su parte, los organismos de derechos humanos comenzaron a efectuar presentaciones ante jueces extranjeros de España, Francia, Italia, Alemania y Suiza que, por aplicación del principio universal en materia de delitos de lesa humanidad o bien del de nacionalidad pasiva, podían pretender jurisdicción sobre los delitos cometidos en la dictadura. Estos tribunales solicitaron cooperación a la Argentina e, incluso, se llegó a solicitar la extradición de algunos represores para juzgarlos en el exterior. El gobierno argentino se negó obviamente a dar curso a esos pedidos, porque no podía admitir la vigencia del derecho extranjero respecto de hechos ocurridos en la Argentina, pero quedaba en evidencia la impunidad de la legislación local frente al consenso internacional acerca de la necesidad de juzgar a crímenes tan atroces.

La Corte Suprema concedió la extradición a Italia de un ex oficial alemán, acusado de una masacre durante la segunda guerra, sosteniendo que los delitos de lesa humanidad se sujetan a los principios del *ius cogens* y que no son prescriptibles. Asimismo, como los delitos de apropiación de menores no estaban comprendidos por la ley de obediencia debida, se procesó a los ex comandantes que habían impartido las órdenes del plan criminal de represión y la Cámara Federal de la ciudad de Buenos Aires consideró, a fines de 1999, que el derecho internacional prevalece sobre las normas de derecho interno y que los delitos de lesa humanidad eran imprescriptibles a la luz de las reglas del primero.

5. NUEVAMENTE LA JUSTICIA

Muchas circunstancias se reunían entonces a comienzos del nuevo siglo, para sospechar que la situación respecto de los delitos de la dictadura iba a sufrir un cambio. Las fuerzas armadas habían desaparecido de la arena política, pues se había producido una natural renovación de sus cuadros por el transcurso del tiempo y prácticamente ninguno de los involucrados en los crímenes se encontraba ya en actividad. Las organizaciones de los derechos humanos no habían cesado en su reclamo de justicia y ahora encontraban un apoyo en las normas de derecho internacional y en la interpretación que se efectuaba de los tratados. La incorporación de éstos al derecho interno argentino y la influencia

de los órganos del sistema se incrementaba paulatinamente. En varios puntos del país se encontraban abiertos “juicios de la verdad”, donde se investigaba la suerte corrida por las víctimas. Si bien no existía una demanda por parte de la sociedad, había una sensación extendida acerca de que la impunidad fue arrancada por la fuerza y que la mentada reconciliación no había funcionado. A comienzos de 2001 un juez federal de primera instancia declaró la invalidez constitucional y la nulidad de las leyes de “punto final” y de “obediencia debida”, declarando que violaban las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y reabrió la investigación judicial²⁰. La Cámara de Apelaciones confirmó esta decisión y otros tribunales comenzaron a reabrir los juicios y a recibir nuevas denuncias.

Esa era la situación a mayo de 2003 cuando fue elegido el gobierno de Néstor Kirchner. El nuevo presidente había tenido vínculos al parecer con las organizaciones terroristas de la década del setenta y pese a que no se le conocía, durante su gestión como gobernador de una provincia, ningún antecedente en materia de defensa de los derechos humanos, decidió hacer de la persecución y castigo de los delitos de la dictadura uno de los ejes fundamentales de su gestión de gobierno.

Bajo el impulso del gobierno, pero con la anuencia y conformidad de casi toda la oposición, el Congreso sancionó en agosto de 2003 una ley que “anulaba” las leyes denominadas de impunidad. Pese a que resultaba cuestionable que una ley prive de efectos jurídicos a otra, pues esta tarea es propia de los jueces, la decisión del Congreso llevaba consigo una fuerte carga simbólica acerca de la dirección política que se quería dar a los acontecimientos. Como consecuencia de ello, se produjeron nuevas denuncias de víctimas y familiares y numerosos jueces reabrieron las causas viejas, o bien iniciaron nuevas, declarando también la invalidez de las leyes. El Congreso, en una decisión que tendría significativos efectos jurídicos en el futuro, mediante otra ley otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Sobre la base de esta incesante evolución, era esperable que la Corte Suprema de Justicia convalidara cuanto venía ocurriendo. Así pasó en los años 2004 y 2005 cuando el mencionado tribunal resolvió los casos “Arancibia Clavell” y “Simón”, respectivamente.

²⁰ Se trataba de un caso donde se investigaba la desaparición de una pequeña en un campo de detención ilegal. La acción penal estaba vigente para la niña porque el supuesto de apropiación de menores se hallaba excluido de la ley de “obediencia debida”, pero no para los padres que habían sido salvajamente torturados y luego “desaparecidos”, lo que resultaba una cruel paradoja.

En el primero de ellos, consideró que el asesinato del general chileno Prats y de su mujer en territorio argentino por parte de un agente de inteligencia chileno por orden del régimen militar, constituía un delito de lesa humanidad imprescriptible de acuerdo a la Convención que así lo disponía, que consideró aplicable sin violencia del principio de legalidad, porque consideró que se trataba de hechos que ya eran crímenes contra la humanidad desde antes que ocurriera el hecho, de acuerdo a una norma internacional consuetudinaria previa a Nuremberg. En el segundo²¹, la Corte estableció la contrariedad de las leyes de “punto final” y de “obediencia debida” con los tratados de derechos humanos suscriptos por Argentina, que exigen el juzgamiento de estos delitos en todos los casos, sin excepción alguna. La Corte asignó una importancia decisiva al pronunciamiento de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”²², pues entendió que las decisiones de ese Tribunal le resultaban vinculantes. Además, citó en apoyo de su punto de vista distintos precedentes internacionales, e incluso el propio Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

Este último pronunciamiento de la Corte sumado al que dictó en el año 2007 invalidando, por las mismas razones, los indultos presidenciales de principios de los noventa, despejó definitivamente cualquier obstáculo para la reapertura y prosecución de las antiguas causas que habían quedado paralizadas hacia fines de los ochenta, mas la iniciación de otras nuevas por denuncias que se efectuaron. No obstante, la realización de estos procesos llevaba consigo enormes dificultades técnicas, pues se trataba de juicios que se habían ido archivando en diferentes épocas y con un muy desigual grado de desarrollo, el procedimiento que ahora se aplicaba era el federal común no el militar sumario de los ochenta, y aquellas reglas de procedimiento vigentes en la actualidad, no habían resultado aptas para ventilar casos complejos, por lo que, con mayor razón, no podían llevar adelante con eficiencia los juicios por violaciones a derechos humanos ocurridos hace treinta años en la clandestinidad y con evidencias que se habían esfumado en buena medida.

El gobierno no diseñó una estrategia adecuada para que los procesos pudieran realizarse en un tiempo útil y se limitó a culpar públicamente a los jueces por las demoras. Recién luego de que un testigo desapareciera, se comenzó a implementar un programa de protección de testigos. Lo cierto es que, según los datos de la organización civil que más ha trabajado en el tema²³, existen al parecer alrededor de 200 causas abiertas en todo el país, con cerca de un millar de personas involucradas. El número de juicios realizados hasta el presente no

²¹ Se trataba del mismo caso “Poblete” donde se había declarado por vez primera la invalidez de las leyes “de impunidad”.

²² “Chumbipuma Aguirre contra Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001.

²³ El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

ha sido importante y los condenados superan escasamente la decena. Estas demoras han comenzado a suscitar controversias, pues los defensores de los militares con prisión preventiva plantean, con razón, la violación de la garantía de permanecer en prisión antes de la sentencia en plazo razonable²⁴.

La sociedad acompañó la reapertura de las causas, toda vez que percibía que la ausencia de juzgamientos había sido impuesta por la fuerza, y que no se había producido reconciliación alguna, aunque no se trata de un tema que ocupe, ni por asomo, las preocupaciones cotidianas de la población, se encuentra fuertemente instalada en la conciencia pública que durante la dictadura se cometieron gravísimas atrocidades, lo que otorga a los juicios una sólida base de legitimidad.

6. EL INCONCLUSO BALANCE ARGENTINO

El debate acerca de la eficacia y límites la justicia transicional, iniciado hace apenas dos décadas, se encuentra lejos de haberse agotado. Es preferible el perdón o el castigo?, qué rol desempeña la búsqueda de la verdad y la reparación a las víctimas?, hay soluciones universales o debe dejarse a cada sociedad enfrentar las deudas del pasado?, qué papel debe otorgarse al derecho internacional en la cuestión?, son interrogantes que no han encontrado respuestas pacíficas.

El caso argentino exhibe varias características salientes que lo destacan. Fue el primero que planteó soluciones distintas a los crímenes graves de una dictadura saliente y sus iniciativas dejaron huellas significativas en las diferentes ideas sobre cómo encarar la cuestión. Argentina comenzó con la verdad y una justicia limitada, prosiguió con perdón, olvido, reparación económica y más verdad, para finalizar buscando nuevamente una justicia integral. En los inicios no existía un derecho internacional de los derechos humanos consolidado, y se recurrió exclusivamente a las normas del derecho interno, en la actualidad se ha seguido a la letra el canon de procedimiento que han elaborado los organismos de control de las convenciones de derechos humanos, al punto que puede decirse que la Argentina ha resultado un alumno ejemplar para la recetas que se han efectuado internacionalmente sobre el punto.

²⁴ En diciembre de 2008 la Cámara de Casación Penal dispuso la libertad de conocidos represores del centro clandestino “La Esma”, por haber permanecido en prisión siete años sin juicio. El fallo fue apelado a la Corte pero suscitó una fuerte disputa pública acerca de la ineficiencia de las autoridades para organizar los juicios para que se realicen rápidamente.

Parece claro que las primeras medidas que se tomaron no bien recuperada la democracia, en especial el juicio a las juntas militares ha tenido un efecto muy positivo para la consolidación de la democracia argentina, Además de haber permitido certificar oficialmente los horrores cometidos, con lo que contribuyó decisivamente en el descubrimiento de la verdad, en haber satisfecho el principio cardinal de la democracia de igualdad ante la ley y de no impunidad del poderoso, el juicio significó una condena moral a los golpes de estado militares y a la prepotencia en el ejercicio del poder. Por estas razones ha quedado engarzado como una bisagra fundamental de la transición argentina²⁵

Pero debe destacarse que el ciclo en la Argentina aún no ha terminado, y se encuentra abierto el final. Después de los juicios realizados hace veinte años, de reparar patrimonialmente a las víctimas y de buscar por distintos caminos la verdad, se intenta castigar ahora a todos los culpables. El tiempo transcurrido desde que los hechos se cometieron, treinta años, pareciera contradecir la hipótesis de Jon Elster de que la justicia puede obtenerse mejor si se realiza de modo inmediato a la realización de los hechos, pues el tiempo tiende a desvanecer las emociones y la memoria²⁶.

De cualquier manera, todo proceso penal se sustenta en la legitimidad que posee para la población castigar el apartamiento a los valores que contiene una regla de convivencia que se estima valiosa. La realización de los juicios por los graves crímenes del pasado cuenta en la actualidad argentina con esa legitimidad. Pero, durará de modo indefinido?. Las demoras e inconvenientes en la realización de esos juicios no erosionará esa credibilidad pública?. Por otra parte, la ausencia de neutralidad y el involucramiento del gobierno del matrimonio Kirchner en el castigo a los represores, no conspirará negativamente cuando necesariamente se produzca el desgaste y la caída de ese gobierno?. Sólo el tiempo nos brindará la respuesta a estas inquietudes.

7. ¿ES CONVENIENTE LA OPCIÓN DE LA JUSTICIA?

²⁵ Al cumplirse 25 años de democracia el diario “Clarín” realizó una encuesta ciudadana acerca de los hechos mas importantes de este período, la gente ubicó al juicio a las juntas dentro de los primeros lugares (Clarín del 26 de octubre de 2008). Este relevamiento de opinión resulta contundente frente a la curiosa percepción de Jaime Malamud Goti de que los juicios erosionaron la autoridad de los jueces y no contribuyeron al afianzamiento de la democraca (“Terror y Justicia en la Argentina”Ed. De la Flor 2000, pág 169 y sigtas).

²⁶ Ver “Memoria y Justicia Transicional”, en Memoria y Derecho Penal, colección Más Derecho?, Bs. As. 2008, págs. 38 y 39, también en el mismo sentido ver “Rendición de Cuentas”, trad. Zaidenweg, Paidós 2006, p’sg. 257 y sigts.

Las reglas del derecho internacional de los derechos humanos, tal como han sido interpretadas por los órganos encargados de su aplicación, establecen que los delitos de lesa humanidad, habida cuenta de su gravedad, deben ser siempre juzgados, por lo que no pueden ser ni prescriptibles, ni amnistiables ni indultables. Es decir, que las obligaciones internacionales de los estados sólo se satisfacen, en este punto, si juzgan en todos los casos a los responsables de violaciones gravísimas a los derechos humanos.

La aplicación de este verdadero canon internacional conduce a que los países ineludiblemente deben seguir el camino de la justicia, esto es, investigar y juzgar a los autores. Como se vió en los apartados anteriores, la Corte Suprema de la Argentina ha aceptado integralmente este mandato.

No obstante, este rumbo no se encuentra exento de voces críticas, que esgrimen razones políticas, como morales o bien jurídicas, en contra de esta posición.

Es tradicional el punto de vista de Hanna Arendt, quien entiende que hay ofensas que escapan a la dimensión humana a las que Kant ha denominado el “mal radical”, que no podemos ni castigar ni perdonar²⁷. Respecto de la justicia transicional, Huntington piensa que deben evitarse las persecuciones penales porque son un desincentivo para la colaboración e integración de poderosos sectores de la sociedad y lo que hay que buscar es la reconciliación no la división²⁸. En sentido similar, Juan Linz alude a los efectos deslegitimadores de una política que puede ser vista como de resentimiento²⁹. Por su parte, Bruce Ackerman sostiene que no se debe dilapidar capital moral en la justicia correctiva sino aprovecharse el “momento constitucional” para establecer nuevas reglas institucionales para el futuro³⁰. Malamud Goti cree que la justicia no es el camino adecuado para reconstruir la verdad y se mezcla irremediabilmente con la venganza³¹.

A mi juicio, en sociedades como las latinoamericanas donde es muy débil el acatamiento a la ley, donde las autoridades tienden a colocarse por encima del orden jurídico, donde resulta lugar común la impunidad del poderoso, y existe una baja conciencia acerca de la vigencia irrestricta de derechos fundamentales, la justicia es la mejor opción o la preferible frente a la comisión de delitos que supongan violaciones graves a los derechos humanos.

²⁷ Ver “La condición humana”, trad. Gil Novales, Paidós 1998, pág. 260

²⁸ Ver “La tercera ola”, Paidós 1994, pág. 193 y sigts.

²⁹ Ver “The breakdown of democratic regimes”, Jonh Hopkins University Press 1978, pág. 42.

³⁰ Ver “El futuro de la revolución liberal”, Ariel 1996, págs. 77 y 78.

³¹ Ob. cit. Pág. 215 y sigts.

Si la igualdad ante la ley es uno de los presupuestos básicos de un régimen democrático, no puede justificarse la razón de la no aplicación de aquella cuando se trata, precisamente, de un apartamiento gravísimo de cuanto ella prescribe. Por otra parte, las formas judiciales con su estrictez y rigor, sacralizan la verdad. Es cierto que el proceso judicial puede ser estrecho y defectuoso en la reconstrucción del pasado (y no necesariamente apegado a la verdad histórica), pero le otorga carácter oficial al relato, le dan una fuerza formal de la que carece la crónica histórica. Es la fuerza estatal la que, repito, sacraliza la versión de los hechos. La sentencia que dirime el conflicto significa también resignificar y redignificar a la víctima, darle el carácter de sujeto de derechos y reparar en alguna medida su sufrimiento. Pero de igual manera, importa humanizar al victimario, hacerlo responsable ante la ley en su calidad de persona, no de "enemigo" fuera del derecho. La condena importa el repudio social a ese comportamiento y reafirma la vigencia, para esa comunidad, de los valores que protege la norma violada³².

Estas razones me inclinan a considerar que el camino de la justicia es el más adecuado ante delitos de particular entidad, pues sustancialmente reivindica el papel de la ley como lugar de creencias compartidas y espacio protector de derechos.

³² Carlos Nino sostiene que los juicios promueven la deliberación pública, elemento epistémico de la democracia, sobre estas cuestiones (Juicio al mal absoluto, Emecé 1997, págs. 229/230).

