

Procesos públicos de esclarecimiento y justicia de crímenes contra la humanidad*

**Iván Cepeda Castro
Claudia Girón Ortiz**

Investigadores y defensores de derechos humanos.

EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX, EL desarrollo vertiginoso del derecho internacional, de los derechos humanos y del derecho humanitario conoció, como una de sus consecuencias más destacadas, la creación de un nuevo marco para el debate público sobre las atrocidades del pasado. A partir del Tribunal Militar de Nuremberg, en 1945, este debate ganó como escenarios los estrados judiciales, los procesos por crímenes de guerra y de lesa humanidad, y, más recientemente, las denominadas “comisiones de verdad” creadas después de los conflictos armados o los régimen dictatoriales. La instauración de la Corte Penal Internacional es un aspecto notable de este nuevo marco universal para la sanción de las formas de violencia extrema.

Los múltiples procesos de rememoración, esclarecimiento y justicia son un aporte considerable a la democratización de las sociedades, pues contribuyen a la formación de la opinión y el espacio públicos. La experiencia de la difusión social de los testimonios de las víctimas, la controversia en los medios de comunicación y la divulgación de los informes sobre los crímenes del pasado ayudan a consolidar los espacios democráticos nacientes. En dicho contexto, memorias colectivas –que durante períodos de violencia y dominación han sido desconocidas– encuentran, poco a poco, espacios de reconocimiento.

No obstante, el reconocimiento público de las víctimas de los crímenes atroces cometidos en una guerra o bajo un régimen dictatorial requiere un conjunto de transformaciones que conduzcan al establecimiento del vínculo colectivo lesionado o destruido por la violencia generalizada. Esas transformaciones se operan en situaciones conflictivas y controversiales. Por eso los problemas propios de los procesos sociales de superación de los crímenes del pasado exigen una reflexión particular.

En el presente texto se desarrolla una serie de conceptos y tesis pertenecientes a la teoría de la

* El presente artículo es resultado de la experiencia de los autores en el trabajo con víctimas de la violencia en Colombia. La reflexión acerca de esta labor ha sido efectuada en la investigación “La memoria de las víctimas de la violencia y la guerra” (2000-2003), realizada con el apoyo del Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología “Francisco José de Caldas” (Colciencias) y del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Católica de Lyon.

memoria, la verdad y la justicia en situaciones anteriores, simultáneas o posteriores a transiciones a la democracia o negociaciones de conflictos armados. A través de este análisis se pretende demostrar que todo camino de superación real de la violencia y la guerra debe tener un carácter público (transparencia) y procesal (esclarecimiento). O en otros términos, que el trabajo de rememoración, el establecimiento de la justicia y la elaboración de la verdad contribuyen efectivamente a la democratización, siempre y cuando comprometan a todos los estamentos sociales en diversas modalidades de transparencia, esclarecimiento y sanción de las acciones criminales que han desestructurado el cuerpo social.

Para argumentar estas ideas se realiza un estudio en dos partes¹. En la primera, se aborda la cuestión del vínculo entre el trabajo de rememoración y los principios de la teoría de los derechos humanos y el derecho humanitario. Así son tomados en consideración asuntos como la deducción del *principio de sustancialidad del pasado* en el marco de la teoría contractual; el papel de la memoria en relación a la legitimación del poder estatal; el contenido de la memoria en situaciones en que la potestad de uso de la fuerza se emplea para fines arbitrarios o en que la sociedad se encuentra en medio de un conflicto ar-

mado, etc. En la segunda parte, los temas de la reflexión son la realización del derecho a la verdad y la justicia, así como el carácter de las comisiones extrajudiciales de esclarecimiento. Allí se examinan las diversas formulaciones que el derecho internacional ha elaborado con relación a los principios, procedimientos e instrumentos que deben ser puestos en práctica para garantizar la dignidad de las personas y la de los grupos que han sido afectados por situaciones de violencia extrema.

El énfasis de los dos análisis mencionados se centra en las fuentes de la teoría política que fundamenta determinados aspectos del derecho público internacional, y en las fuentes normativas de los derechos humanos y del derecho humanitario: los instrumentos internacionales –convenciones, pactos, cartas o declaraciones–; los informes producidos por los sistemas de protección y promoción internacional de los derechos humanos, y algunos aspectos de la jurisprudencia emitida por los tribunales *ad hoc* creados para el juzgamiento de los crímenes internacionales².

Las nociones de crímenes de guerra y de lesa humanidad³ son aspectos primordiales de ambas secciones, pues la definición de su naturaleza, sus modalidades específicas de perpetración y

¹ En la investigación, el tratamiento de la problemática se realiza a través de un recorrido por las múltiples facetas que tiene el trabajo de rememoración en el espacio público en situaciones simultáneas o posteriores a conflictos armados o régimes dictatoriales. A lo largo de la primera sección se descompone el contenido del concepto de la memoria de las víctimas en tres preguntas que corresponden a los primeros tres capítulos del estudio: ¿Cuál es el contenido de esta memoria? ¿Quiénes son sus sujetos y en qué espacio se construye? ¿A través de qué modalidades y prácticas se ejerce? En la segunda parte se abordan los vínculos contradictorios que ligan la memoria y la historia, así como sus afinidades, diferencias y oposiciones. Con este objetivo se analizan dichos vínculos desde la perspectiva del estudio de la historiografía, para luego enfocar el trabajo de memoria en el espacio público y los procesos inherentes a la controversia social sobre los acontecimientos de violencia generalizada. En el último capítulo de esta sección se hace un acercamiento a la teoría de los vestigios materiales del pasado. La tercera parte está dedicada a la configuración de las categorías de víctimas y victimarios, a la institucionalización de las prácticas sociales alrededor de la victimización y a las formas de resistencia que son inherentes al trabajo de rememoración. En los tres capítulos finales del estudio se aborda la memoria de las víctimas desde el campo del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario. Este recorrido incluye tres momentos: la presentación del principio sustancialidad del pasado en la teoría general del contrato social, el problema del derecho de las víctimas a la verdad y la justicia, y la cuestión del reconocimiento social de la inocencia de las víctimas y la responsabilidad de los victimarios en el espacio público. El fragmento que se entrega a la revista *Análisis político* corresponde a esta parte final y se concentra además en la cuestión del trabajo de las comisiones extrajudiciales de esclarecimiento y reparación (“comisiones de verdad”) por medio de la labor de rememoración en el espacio público destinado a la superación de la violencia y a la construcción de la democracia.

² A excepción del sistema interamericano de protección de derechos humanos, no se hará alusión detallada en esta presentación a la doctrina que han elaborado otros mecanismos de protección regional o convencional sobre el deber de memoria, el derecho a la verdad y el derecho a la justicia.

³ La definición de estos crímenes encuentra una amplia gama de denominaciones en el campo del derecho y de las ciencias sociales: formas de violencia extrema, crímenes en masa, crímenes internacionales, delitos atroces, etc. En este texto se utilizan indiscriminadamente para designar siempre el mismo tipo de prácticas criminales.

sus consecuencias a la luz de la desarticulación del cuerpo social, permite la comprensión del carácter de los procesos sociales tendientes a su superación. Otro concepto primordial de análisis es el de “espacio público”, pues da cuenta de las situaciones e instancias en las que opera la acción social que garantiza la posibilidad de vivir en comunidad y de construir las relaciones intersubjetivas.

Una última acotación preliminar. El objeto del presente estudio no se circumscribe a la crítica de las condiciones de impunidad, o a la consideración de la superación de las atrocidades en una situación de violencia específica o en un conflicto armado particular. No obstante, salta a la vista que el tratamiento conceptual de la problemática planteada se ajusta bien a las exigencias del actual contexto colombiano. Entre las situaciones de conflicto armado o de transición en las sociedades latinoamericanas, la colombiana muestra un nivel de singular complejidad que se desprende de la pluralidad de expresiones de violencia, y también, por qué no decirlo, de las manifestaciones civilistas que reclaman la salida de la violencia. La ausencia de experiencias públicas de memoria, verdad y justicia sobre las modalidades de violencia, y la proliferación de expresiones crónicas de impunidad y corrupción, agregan niveles de dificultad adicionales a la tarea de superación de los aspectos más destructivos de los períodos históricos marcados por la confrontación armada. A la complejidad de un tal panorama debe corresponder entonces un trabajo de rememoración, verdad y justicia proporcionalmente diverso y complejo. El lector percibirá, por tanto, que muchas de las tesis expuestas están dirigidas a pensar los caminos de la salida de la violencia en Colombia.

MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS Y PACTO SOCIAL

¿En qué consiste la relación que guardan los conceptos de memoria, verdad y justicia enmarcados en una situación de violencia generalizada? Como se verá a continuación, la respuesta a ese interrogante parte del análisis de la conducta que establecen el poder estatal o las partes de un conflicto armado hacia determinados aspectos de sus propias actuaciones, concretamente aquellas en las que está comprometido el uso de la fuerza y su justificación. Asimismo, ese análisis concierne a la posición que asume la sociedad (los individuos, grupos e instituciones) con relación a esas situaciones particulares, y en

especial, a la manera en que las víctimas y los autores de los actos de violencia enfrentan la tensión que gira en torno a la elaboración real o el acomodamiento y negación de las atrocidades del pasado.

Una perspectiva adecuada para la comprensión de estos fenómenos es el estudio de los orígenes y de la teoría contemporánea de los derechos humanos y del derecho humanitario, así como el estudio de las categorías políticas que los fundamentan. La historia de la emergencia de los derechos humanos está orgánicamente ligada a la cuestión de la resistencia y la oposición ante los desafueros u omisiones del poder estatal. Por su parte, la formación del derecho humanitario atañe a la necesidad de limitar al máximo la acción bélica y la destrucción producidas dentro de un conflicto armado.

Como es bien sabido, los derechos humanos se inscriben en la tradición liberal de la filosofía contractual de la soberanía política, desarrollada especialmente en la Europa del siglo XVIII. Exuestos sumariamente, los elementos básicos de esta concepción se concentran en el estado de naturaleza, que da cuenta de una situación originaria ideal en la cual los seres humanos se enfrentan entre sí para realizar su derecho natural a satisfacer sus deseos. En este modelo inaugural, la lucha por la supervivencia se degrada irremediablemente en una situación de guerra en la que el miedo a no poder garantizar la seguridad y el bienestar propios conduce a la violencia, y en la que esta última genera un nuevo sentimiento de miedo en un círculo vicioso sin fin.

Como se advierte, en esta representación inicial de la filosofía contractual son atribuidos a los individuos una serie de derechos “naturales” que emanan de su propia esencia y que son, a diferencia de los derechos positivos promulgados por el legislador, de carácter inalienable e inderogable, o en otras palabras, que están por encima de cualquier limitación que sea dispuesta o impuesta exteriormente a esa condición inmanente.

El requisito para la salida del estado de naturaleza, y el paso al estado político, es la celebración de un pacto que permita garantizar de manera permanente los derechos naturales puestos en peligro en la lucha encarnizada de todos contra todos. Existen diferentes modelos de este pacto, pero todos coinciden en la constitución de una instancia artificial garante de la palabra dada por quienes se someten conscientemente al compromiso (T. Hobbes) o en la integración de

una “voluntad general” del cuerpo social (J. J. Rousseau) o de un consenso político que haga efectivo el respeto de los derechos naturales a la igualdad y la libertad (J. Locke). El contrato se efectúa entre los individuos, pero igualmente entre éstos y el Estado, la nueva entidad social que surge en las condiciones políticas del pacto.

Para la teoría general de los derechos humanos es fundamental la pregunta acerca de las obligaciones que genera el pacto colectivo o su negación. Dicho en otros términos, la definición de los derechos humanos –su sentido y orientación generales– se materializa con relación al tipo de soberanía que emana del contrato, o de un acto de imposición, y de las implicaciones que ello tiene para quienes se someten, o son sometidos, a las formas de soberanía. En las condiciones de las sociedades democráticas, cualquier debilitamiento, relajación o anulación del control que debieran ejercer quienes se acogen al poder estatal sobre este último abre el espacio para que proliferen formas de arbitrariedad o de autoritarismo. En estos casos, la protección de los derechos fundamentales, por medio de la justicia institucional y la actuación pública de la sociedad, es una mediación indispensable. Cuando se trata de regímenes impuestos *de facto*, la resistencia a la dominación asume la forma del trabajo por el establecimiento del primado del derecho sobre la fuerza.

Para detallar el sistema de relaciones políticas que se entabla en los regímenes de soberanía contractual cabe preguntar entonces en qué consiste el contrato social en sí mismo. Del lado de los individuos, el contrato representa el compromiso de respetar mutuamente sus derechos y de acatar la autoridad del Estado. A su turno, este último adquiere también una doble obligación que consiste, de una parte, en velar por el respeto de los intereses de los asociados, y de otra, en mantener el orden público, es decir, el respeto de los individuos hacia la autoridad que él representa. La complejidad del carácter dual de este compromiso radica en que el poder político ejerce al mismo tiempo dos funciones que, a primera vista, parecerían contradictorias e incluso excluyentes: garantizar los derechos de los individuos y garantizar el respeto de su propia autoridad. El poder debe controlar que en sus relaciones los individuos respeten mutuamente

sus derechos e igualmente, por así decirlo, debe “auto-controlarse” para que su acción u omisión no lesione esos mismos derechos. Del cumplimiento fiel de esta “regla de oro” –entendida en términos del ejercicio ecuánime de esas dos funciones– depende que exista la legitimidad del poder, que los individuos permanezcan ligados al contrato y, por tanto, que no apelen a la desobediencia civil y al derecho, legítimo en este caso, de resistencia a la opresión que corresponde a la aspiración de todo ser humano a la libertad y la dignidad⁴.

La incompatibilidad de las facultades de control social y de autocontrol, que practica simultáneamente el poder político, plantea el problema de si ese ejercicio puede llevarse a cabo de manera legítima y equilibrada. Esta situación problemática ha tratado de ser resuelta a través de la teoría de la independencia de los tres poderes públicos, por medio de la cual la especificidad de tareas y el control recíproco que ejercen entre sí el poder ejecutivo, el poder legislativo y el sistema judicial resolvería, al menos parcialmente, el carácter antinómico de la doble función del Estado⁵. Se dice “al menos parcialmente”, pues el problema del control social y del autocontrol contiene varias facetas. La primera de ellas atañe directamente al modo en que el Estado administra su potestad de punición de los delitos e ilegalidades cometidos en el seno de la sociedad, y por tanto del uso justificado de la fuerza. Si el aparato estatal no está en capacidad de garantizar la vida y seguridad de sus asociados, si no ejerce el monopolio de la fuerza y si la impunidad es “moneda corriente” en la sociedad, la legitimidad del poder político queda cuestionada. Lo anterior es válido también para la situación opuesta, o sea ante cualquier acto en el que la potestad estatal de punición o el uso de la fuerza hayan sido desviados hacia fines diferentes a los de la protección del individuo y, por ende, en el que se contradigan o violen sus derechos. Si a esta última circunstancia se agrega la impunidad de este acto ilegal cometido por los agentes estatales, estamos ante la anulación plena de la función de autocontrol del poder político y ante la ruptura de la frontera que separa un Estado de derecho de un régimen autoritario o totalitario.

Otra circunstancia de este tipo concierne a la posibilidad de que el poder político incurra en

⁴ Así lo enuncian tanto J. Locke (*Traité du gouvernement civil*, 1689) como H. D. Thoreau (*El deber de la desobediencia civil*, 1849).

⁵ Esta es la concepción que Montesquieu expone en *De l'esprit des lois*, 1748.

la *arbitrariedad*, esto es, en la sustitución arbitaria de las normas vigentes, llevada a cabo de manera continua o en las situaciones calificadas de excepcionales. El peligro latente de la arbitrariedad hace que el principio de la división de los poderes públicos deba ser complementado y acompañado en todo momento por el principio de la seguridad jurídica, es decir, por la garantía de que un cierto conjunto de leyes –dentro de las cuales ocupan un lugar central aquellas que contienen los llamados derechos fundamentales– será mantenido y puesto en práctica en todo momento⁶. Por último, también existe la posibilidad del exceso o defecto en el ejercicio de las funciones de control social y de autocontrol del Estado, que se expresa bajo la forma de intervención abusiva o no intervención negligente. Los excesos de la intervención estatal transgreden aquellos derechos cuya especificidad exige que el Estado respete la esfera privada del individuo y las libertades fundamentales que son correlativas a esa esfera. Por el contrario, la no intervención del Estado lesiona los derechos económicos y sociales, cuya vigencia depende en buena parte de la prestación de los servicios públicos que hacen realidad el disfrute de esos derechos.

En consecuencia, y como se dijo anteriormente, la oposición contra cualquiera de estas desviaciones en las funciones de control y de autocontrol del Estado está en el núcleo conceptual y práctico de los derechos humanos, cuya razón de ser es la crítica social y la acción civil contra cualquier expresión de arbitrariedad del poder.

¿Cuál es la relación entre la recapitulación (memoria) de las violaciones a los derechos humanos y los conceptos que conforman el marco de referencia de la teoría política hasta aquí expuesta? Para resolver este interrogante se tiene que aludir a un principio que compete, en este caso, a la condición temporal que subyace al reconocimiento del pacto social y de la autoridad pública. Tal principio es el de la *sustancialidad del pasado* como trasfondo referencial y criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad del poder.

Algo que parece evidente –pero que no lo es de ningún modo para todo régimen político– es que dentro de las condiciones de la legitimidad del ejercicio de la soberanía debe estar contenida la posibilidad de que el pasado *exista* y sea

aceptado, esto es, reconocido por el propio poder. Hablamos del reconocimiento del pasado como fruto de la elaboración social en el espacio público de la historia colectiva y no como la “fabricación” del pasado por el poder a su imagen y semejanza por medio de una especie de “Ministerio de la Verdad” para “oficializar” la historia (utilizando la figura literaria que George Orwell acuñó, en su obra, 1984).

Quizá la más nítida afirmación del principio de sustancialidad temporal la hallamos en las enunciaciones solemnes con las que comienzan los instrumentos fundadores del derecho internacional de los derechos humanos que rememoran los sufrimientos y las lecciones que han dejado los crímenes del pasado. La *Carta de Naciones Unidas* (1945) comienza con la siguiente consideración:

Nosotros, pueblos de Naciones Unidas, resueltos a preservar las generaciones futuras de la calamidad de la guerra que dos veces en el espacio de una vida humana ha infligido a la humanidad indecibles sufrimientos....

La *Declaración Universal de Derechos humanos* (1948) en su preámbulo señala:

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad....

En fin, el preámbulo de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (1948) contiene la siguiente constatación:

Reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad....

El principio de la sustancialidad del pasado significa dos cosas: que el Estado desempeña el papel de “memoria del contrato”, es decir, que las instituciones estatales “recuerdan” permanentemente a los asociados las obligaciones que han contraído en la sociedad política, pero que, al mismo tiempo, su legitimidad se fundamenta en el hecho de que los sujetos sociales puedan, en todo momento y en toda circunstancia, recordarle al poder –y especialmente a los órganos encar-

⁶ La noción de los derechos humanos como lucha contra la arbitrariedad del poder político es desarrollada por G. Haarscher en *Philosophie des droits de l'homme*, 1993, pp. 25-34. Como otros principios complementarios encaminados a evitar la arbitrariedad, el autor menciona el derecho al debido proceso, la imparcialidad de la justicia y el recurso al *Habeas corpus*.

gados del autocontrol estatal– todos aquellos aspectos que atañen a los compromisos que éste ha hecho en el pasado próximo o remoto. Es más, podría aseverarse que el ejercicio de memoria permanente en el que la sociedad recuerda al poder político quién es él (cuáles son sus funciones, cómo las ha ejercido, cuáles son sus compromisos, etc.) es una función normal de toda verdadera democracia y una práctica preventiva contra todos los desmanes autoritarios.

La negación de aspectos –o de épocas enteras– del pasado adquiere características variadas en función de los diferentes régimenes políticos y de sus modos de legitimación social.

La idea de que existen “pueblos sin historia” es, por ejemplo, un aspecto notable de la antropología evolucionista que animó la división entre “barbarie y civilización” como base ideológica del poder colonial. La escritura de la historia del pueblo colonizado y su anexión como capítulo de la historiografía de las metrópolis occidentales fue el camino que estas últimas adoptaron para construir el modelo más perfeccionado de oficialización del pasado, la “Historia universal”.

A su turno, en las llamadas democracias representativas la relación que guardan los elegidos y los electores tiende a diluirse en la medida en que se distancia el momento de las elecciones de las promesas y los compromisos adquiridos. No ha de perderse de vista en esta dirección, que un síntoma de que la dinámica de la arbitrariedad comienza a instaurarse en una democracia representativa es que los representantes “tienden a olvidar” sus obligaciones con los representados y a buscar que la sociedad misma también los olvide. Por ello, en este modelo político puede suceder que en un clima de elecciones regulares, la distancia entre gobernados y gobernantes se supla con sistemas a doble nivel en los que la institucionalidad estatal legal encubre estructuras paraestatales que practican todo tipo de métodos violentos. En tales casos puede llegar a la situación de que en nombre de los valores democráticos, y de los propios derechos humanos proclamados, se obstruya la elaboración pública de la memoria de las víctimas y se hagan desaparecer los indicios que sirven de referencia para el trabajo de rememoración.

En los modelos de autoritarismo y de dominación totalitaria, las prácticas de negación o instrumentalización del pasado toman una forma más cruda y radical en un proceso que va

desde la destrucción de la biografía individual – pasando por la revisión de los acontecimientos y la destrucción total de la historia– hasta la elaboración de un relato ficticio del mundo histórico.

Por el contrario, en el ejercicio auténticamente democrático, la sociedad debe recordar continuamente al poder político –y aquí la expresión “recordar” adquiere toda la fuerza del trabajo de rememoración– el principio de *pacta sunt servanda*⁷ según el cual, las partes que ratifican un pacto quedan ligadas a él y, por ello, les incumbe comprometerse a cumplirlo. Recordar sus compromisos a quienes representan la autoridad es un principio directamente relacionado a su pretensión de legitimidad pública.

Este principio de recordación será válido, con mayor razón, cuando se trate de episodios de violaciones graves a los derechos de la población o de actos criminales generalizados de especial crueldad en los que hayan incurrido agentes o instituciones del Estado en el desempeño de sus funciones, o por fuera de ellas. Como puede advertirse, la rememoración de esta clase de violaciones ocupa un lugar central, y a la vez delicado, dado el grado en que ellas afectan la integridad, la dignidad e incluso la misma posibilidad de existencia de las personas o los grupos sociales. De ahí la importancia que tiene la consideración de la manera en que se legitiman o “anulan” las acciones en las que se produce el uso ilimitado de la violencia; acciones en que las condiciones esenciales de existencia del ser humano son lesionadas por excelencia. Las prácticas de olvido o de memoria en estos casos –que van desde la supresión de las huellas de las víctimas hasta la sacralización del pasado– conciernen los motivos, modalidades y consecuencias que ha tenido la utilización de la fuerza.

Como se verá a continuación, entre los niveles variables de utilización de la violencia, requieren una atención especial aquellos en los que se produce la manifestación de expresiones de violencia indiscriminada e ilimitada. Los estados de guerra o las condiciones socio-políticas en que se perpetran crímenes en masa de manera sistemática encarnan ese tipo de situaciones, y su legitimación implica el desconocimiento del principio de sustancialidad del pasado. Si se acepta entonces este razonamiento, cabe indagar sobre cuál es el aspecto esencial del contenido del pasado –léase de la violencia– cuya resonancia y significado se quiere reprimir a toda costa, y que por ello mis-

⁷ Consagrado en la convención relativa al derecho público de los tratados, conocida como Convención de Viena (1969).

mo, debe ser puesto a la luz como base de la exigencia al poder político, o a las partes de un conflicto armado, del respeto de los derechos fundamentales y de las normas humanitarias. O enunciado en otros términos, se impone explicitar qué tipo de acontecimientos son los que el poder político y las partes involucradas en un conflicto armado tienden a querer olvidar con mayor urgencia.

LOS CRÍMENES DE LEZA HUMANIDAD

Los delitos que se cometan en situaciones de guerra o de violencia generalizada portan significaciones diferentes en cuanto a la magnitud de los efectos que tienen para la sociedad. Siendo así, la práctica criminal que se repite metódicamente y que, por sus objetivos, muestra cierto grado de coherencia destructora se diferencia de una violación individual y episódica. Las violaciones de carácter más pernicioso, y de alcances más globales para la sociedad, están tipificadas en los instrumentos del derecho internacional y conciernen, en primer lugar, a los crímenes de lesa humanidad, las graves violaciones a los derechos humanos y los crímenes de guerra⁸. Se mencionarán a continuación, sin ánimo exhaustivo, algunos de los rasgos más relevantes de la definición de estos crímenes en el derecho internacional.

En términos generales, se entiende por crimen de lesa humanidad toda práctica violatoria de los derechos fundamentales –como el genocidio, la ejecución extrajudicial, la tortura, las penas o los tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, la deportación, la reducción a la esclavitud, la detención ilegal seguida de la desapa-

ración forzada, etc.– llevada a cabo en forma generalizada y sistemática, y organizada y ejecutada de acuerdo con un plan centralizado o con estrategias independientes coordinadas.

Los adjetivos “generalizado” y “sistemático” han expresado en la historia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario la especificidad de estos crímenes tendientes a “destruir la humanidad”⁹. Caracterizar de “generalizados” o “masivos” estos actos de violencia significa que ellos privan a la humanidad de su pluralidad intrínseca a través de la exclusión de una cantidad significativa de sus miembros, sea por efecto de su eliminación o de la anulación de su identidad. Por su parte, el carácter “sistemático” alude a que la perpetración a gran escala de estas atrocidades requiere un *aparato administrativo*. En efecto, a diferencia de los delitos comunes cometidos por particulares, los delitos de lesa humanidad no pueden ser planificados y ejecutados sino como resultado de una política concertada, cuyos fines está en capacidad de ejecutar un aparato complejo como el Estado librado al uso indiscriminado de la fuerza. Es por eso que cuando se investigan a fondo los numerosos casos que integran el vasto espectro de estos crímenes se llega a la comprobación de que tras la aparente singularidad inconexa de cada hecho individual se encuentra en realidad un “servicio público criminal”, una “criminalidad de sistema”, como se dijo en el proceso de Nuremberg¹⁰.

El desequilibrio que entraña esta situación consiste en que mientras, de un lado, el victimario actúa como componente de una maquinaria –y por tanto, su acción goza de la potencia destruc-

⁸ La llamada violencia estructural, socioeconómica, también tiene una connotación general para la sociedad. No es menos cierto entonces que el principio de sustancialidad del pasado sea válido para este tipo de violaciones a los derechos fundamentales y que podamos hablar de la memoria de las víctimas de la violencia estructural. No obstante, los límites del objeto de esta reflexión nos impiden dedicar mayor atención a este tema crucial.

⁹ Algunas de las formulaciones más destacadas que tipifican los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra están enunciadas en los siguientes instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario: las cartas de los tribunales militares internacionales de Nuremberg (1945) y Tokio (1946); la *Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio* (1948), la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad (1968), el Protocolo adicional a las convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I, 1977). Recientemente se han producido nuevos desarrollos de estas definiciones, especialmente contenidos en los estatutos de los tribunales *ad hoc* creados para la antigua Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994) así como en los artículos 7 y 8 del estatuto que reglamenta la Corte Penal Internacional (1998).

¹⁰ Como indica Antoine Garapon en *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner* (2002, pp. 145-147), en este proceso al lado de los altos responsables del régimen nazi fueron acusadas instituciones del tercer Reich entre las que se cuentan el Estado Mayor y el Alto Mando, la SS, la Gestapo y el cuerpo de jefes del partido nacionalsocialista (SD). Tres de ellas fueron condenadas por el tribunal: la Gestapo, la SS y el SD.

tora que esa maquinaria pone en marcha– del otro lado, la víctima se encuentra reducida a su condición individual, y frecuentemente enfrentada, por añadidura, a la dificultad de demostrar el carácter concertado de la acción del victimario para que exista un reconocimiento público.

Sin embargo, la puesta en obra de la política criminal va más allá de esta maquinaria. Su carácter totalitario invade la sociedad entera, fragilizando las resistencias hasta comprometer todos sus niveles e instituciones y activar los recursos –o forjar el consenso–, de las instancias políticas, culturales, académicas y, por supuesto, de los medios de comunicación para la máxima eficiencia de sus objetivos. Como lo señaló en su momento H. Arendt, la expresión más acabada de esta hegemonía totalitaria, de la política criminal es su infiltración del propio sistema de justicia que pierde toda independencia y que termina, él también, por ceder a la arbitrariedad.

Ningún crimen de lesa humanidad ilustra mejor estas afirmaciones que el crimen de genocidio. La especificidad de la intención destructiva que representa el genocidio es la negación a la existencia de un grupo por su origen, por su nacimiento –como lo indica la etimología de la palabra– o por sus convicciones compartidas. A este respecto, la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio estipula que los actos encaminados a la destrucción de grupos humanos enteros que caben bajo esta definición son: el asesinato contra los miembros del grupo en cuestión, los atentados graves a la integridad física o mental de sus miembros, la sumisión intencional a condiciones de existencia que entrañen la destrucción física total o parcial, las medidas tendientes a entrabar los nacimientos en el seno del grupo o la transferencia forzada de sus niños.

LOS CONFLICTOS ARMADOS Y LOS CRÍMENES DE GUERRA

Entre los ciento ochenta millones de víctimas de la guerra y la violencia que dejó el siglo XX, la mayoría eran civiles que fueron blanco de los ataques de ejércitos y grupos armados de sus propios países. La definición de los crímenes de guerra concierne a los actos cometidos contra las personas y grupos protegidos por su condición de no combatientes (población civil) o que están “fuera de combate”. Estos actos son calificados como infracciones graves a las disposiciones de las convenciones de Ginebra (1949) y sus dos protocolos adicionales (1977)¹¹.

El derecho humanitario ha establecido que los crímenes de guerra pueden presentarse en conjunto con los crímenes de lesa humanidad y que acontecen en el marco de un conflicto armado internacional o interno, por medio de un ataque general o de ataques acumulativos de las violaciones. Tal reconocimiento de las infracciones graves al derecho humanitario ha sido progresivo. La aceptación por parte de los Estados de que los crímenes de guerra se cometan también en el marco de los conflictos armados no internacionales es un hecho reciente en el campo del derecho internacional. A pesar de la prohibición de tales actos, en algunos de los textos del derecho humanitario (artículo 3 común a las convenciones de Ginebra y Protocolo II adicional) la noción prevaleciente en las relaciones entre Estados (*opinio juris*) era circunscribir la interpretación del campo de aplicación de los crímenes de guerra a conflictos armados interestatales. La jurisprudencia del Tribunal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia, especialmente en el ya celebre caso Tadic, y luego el Estatuto de la Corte Penal Internacional han ampliado la inter-

¹¹ El artículo 85 del Protocolo I, adicional a las convenciones de Ginebra, enumera que son considerados como crímenes de guerra los actos cometidos contra las personas y colectividades protegidas por los instrumentos del derecho humanitario, tales como: la mutilación física y experimentación médica o científica; el sometimiento a la población civil a un ataque; el lanzamiento de un ataque indiscriminado contra personas o bienes civiles a sabiendas que ese ataque causará pérdida de vidas humanas; el lanzamiento de un ataque contra las instalaciones que contengan fuerzas peligrosas para la vida (tales como represas, centrales nucleares, etc.); la transferencia de población con fines de ocupación de un territorio o la deportación de la población originaria de ese territorio; las prácticas de *apartheid* y las prácticas crueles, inhumanas y degradantes, fundadas sobre la discriminación racial o de otra índole que den lugar a ultrajes de la dignidad personal; los ataques contra bienes culturales y consagrados al culto religioso; la privación del derecho a un debido proceso con las garantías necesarias concernientes a la imparcialidad del tribunal, y en el caso de la justicia penal, al principio de no-retroactividad de la ley. El Protocolo II y el artículo 3 común a las convenciones contienen la mención de la mayor parte de estos actos como infracciones graves al derecho humanitario en las condiciones de un conflicto armado interno, a las que se suma la prohibición del secuestro. En los estatutos de los tribunales *ad hoc* y en el de la Corte Penal Internacional ha aparecido la mención de los “crímenes de agresión”, cuya definición, sin embargo, no ha sido aún debidamente desarrollada.

pretación de las infracciones a la normatividad humanitaria¹².

Esta clase de restricciones en la interpretación de las normas humanitarias refleja la práctica de justificación de la criminalidad de guerra como elemento de la estrategia dentro de los conflictos armados.

La guerra de memorias es una dimensión de la guerra en general, y como bien dice el aforismo, “en la guerra la primera víctima es la verdad”. Así, es frecuente la utilización del principio del derecho penal alusivo a la legítima defensa de las personas y los bienes para respaldar todos los desmanes que se cometan en el desarrollo de un plan de confrontación. Es común también que se acuda a la idea de que la dinámica de la guerra es inexorable e involucra a sus actores, independientemente de su voluntad. Proclamar el derecho a la guerra (*jus ad bellum*) requiere una interpretación de determinados acontecimientos del pasado que justifiquen el llamado a las armas, y que susciten el entusiasmo colectivo por el empleo ilimitado de la fuerza. La relectura de las relaciones comunitarias a través

del descubrimiento de diferencias irreconciliables o de la “legítima defensa” se opera no pocas veces a partir de la elaboración de una versión histórica. Igualmente, durante el desarrollo de un conflicto armado, las partes tienden a considerar que el reconocimiento de los actos pasados de violencia indiscriminada significa una desventaja estratégica y por ello crean sus propias versiones de los hechos. Al final de las hostilidades, si se presenta el triunfo de una de las partes del conflicto, los vencedores juzgan las atrocidades de los vencidos, pero no hacen lo mismo con aquellas atrocidades perpetradas por ellos mismos. Si el conflicto se resuelve por medio de una negociación existe siempre el peligro de que uno de los primeros acuerdos de los combatientes sea acordarse recíprocamente la amnistía de los crímenes cometidos. Por tanto, la exigencia del respeto efectivo de las normas del derecho humanitario concierne también al hecho de que los Estados, los grupos paramilitares y los grupos disidentes reconozcan que las infracciones que tienen lugar en desarrollo de las hostilidades no son actos de guerra legítimos y necesarios¹³.

[60]

¹² Los estatutos de la Corte Penal Internacional y de los dos tribunales internacionales *ad hoc* pueden ser considerados como puntos de convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario. En el caso de Dusko Tadic, guardián de un campo de concentración en Bosnia, la defensa sostuvo que el derecho aplicable por un tribunal internacional *ad hoc* era el de los conflictos armados no internacionales y, que por tanto, la instancia judicial carecía de competencia para juzgar la acusación de crímenes de guerra propios de los conflictos internacionales. En su sentencia, el tribunal se pronunció reconociendo que el derecho internacional ha evolucionado en la caracterización del derecho aplicable en los conflictos armados no internacionales y que existe determinado tipo de prácticas que son consideradas indistintamente en los conflictos armados internos e internacionales.

¹³ Como se sabe, el derecho humanitario es el derecho que toma por objeto la guerra para limitarla (*jus in bello*) y no para justificarla (*jus ad bellum*). A diferencia del derecho internacional de los derechos humanos –cuya vigencia es permanente–, el derecho humanitario se restringe en términos temporales y espaciales a las situaciones de conflicto armado. La evolución que ha tenido esta última noción puede ser examinada desde el punto de vista del despliegue de tres etapas diferentes, que sirven a la vez para estudiar los diversos períodos de la historia del derecho humanitario. En una primera etapa –aquella que va hasta el final de la Primera Guerra Mundial y que corresponde a una concepción de la guerra en términos clásicos–, la preocupación principal era aminorar los males causados a los combatientes, fijando límites a las hostilidades y los armamentos. Después, al final de la Segunda Guerra Mundial, con el empleo de las llamadas armas de destrucción masiva y la utilización de métodos de combate indiscriminados, el derecho humanitario reconoció que la guerra no es una confrontación que afecta únicamente a los militares, y que los civiles son regularmente sus víctimas principales y más cuantiosas. Finalmente, en la década de los años sesenta del siglo XX, con la irrupción de las llamadas guerras de liberación nacional y la proliferación de los conflictos armados internos, el derecho humanitario extendió sus normas a un plano doméstico. Cada una de estas etapas corresponde en su orden a la formulación del derecho humanitario. La primera corresponde al denominado derecho de La Haya; la segunda se expresa en las cuatro convenciones suscritas en 1949 en Ginebra, y la tercera halló su codificación en 1977 en los dos protocolos adicionales a esas convenciones. De estos dos últimos instrumentos, el segundo está consagrado a los conflictos de carácter no internacional, o conflictos internos, y se añade a los preceptos ya contenidos en el artículo 3 común a las cuatro convenciones. En la actualidad se discute si el derecho humanitario ha entrado ya en una cuarta etapa de su historia que requeriría un tercer protocolo adicional. Como aspecto destacado de esta controversia se cuestiona el sentido de la diferencia radical de la normatividad vigente para los conflictos de carácter internacional y los de carácter no internacional, y el tema de la ampliación de la normatividad humanitaria, obedeciendo a las nuevas circunstancias de los conflictos armados no internacionales.

En las condiciones en las que se imponen la negación e impunidad de estos episodios de violencia extrema, la memoria de quienes han sido victimizados es un espacio de resistencia a la “represión” (en sentido político y psíquico) del pasado. La memoria de las víctimas se convierte en una de las fuentes que nutren la protección de la dignidad humana y en una forma de control social al poder político, de oposición a la arbitrariedad y de limitación de la guerra. Por eso, una vez expuesto el principio de sustancialidad del pasado en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario, cabe ahora abordar los postulados e instancias que han sido concebidos en estos ámbitos para garantizar los procedimientos públicos de esclarecimiento y justicia de los crímenes atroces del pasado.

EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD Y LA JUSTICIA

En las últimas décadas, los intentos de *refundación del pacto social*, que han representado las llamadas transiciones democráticas y los procesos de paz, se han enfrentado a múltiples desafíos e impedimentos. Tres de ellos merecen ser destacados.

En primer lugar, las tentativas de transformación posteriores a los conflictos armados o a regímenes dictatoriales se dan en “sociedades periféricas” –como las ha denominado la sociología contemporánea– que mantienen relaciones (económicas, políticas, culturales) esencialmente asimétricas con las sociedades centrales e industrializadas. De ahí que los esfuerzos de renovación nacional emprendidos para la superación de regímenes dictatoriales o conflictos armados internos se hagan a menudo incompatibles con las condiciones generales que dictan esas relaciones. En el contexto de expansión de las interacciones globales, sin que paralelamente se produzcan cambios que democratizan la sociedad internacional, los intentos de transformación nacional, y los problemas de índole global que

conciernen a tales intentos, se ven limitados por lo regular a tímidas modificaciones de los regímenes políticos anteriores, o de las situaciones que generaron los conflictos armados. Esto, sumado al carácter formal de los acuerdos y las frágiles bases de la transición, ha provocado que los pactos de refundación social desemboquen en situaciones altamente conflictivas y de permanente inestabilidad social¹⁴.

En segunda instancia, los intentos de transición se han presentado en el marco de una crisis acentuada del modelo de Estado propio de la teoría contractual clásica y del derecho público internacional que le es intrínseco, es decir, del derecho basado en los tratados interestatales (bilaterales o multilaterales). Si bien los Estados se mantienen como mediaciones necesarias de las relaciones internacionales, entre los efectos de esta crisis cabe destacar el surgimiento de un nuevo tipo de hegemonía: la consolidación progresiva de una especie de poder imperial al que le es consustancial una nueva noción de derecho y soberanía supranacional. Este fenómeno, que viene acentuándose especialmente después de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, implica la extrapolación de un derecho nacional particular (el derecho interno de los Estados Unidos y su concepción de seguridad nacional) como derecho objetivo internacional¹⁵. Al intervenir y diseñar a su voluntad la manera en que terminan los conflictos armados internos o los sistemas políticos transicionales, el sistema y el *jus gentium* imperiales acaban con el contenido democrático de tales procesos. No obstante, la crisis y la ineeficacia del derecho internacional tradicional para erigir un orden mundial democrático no es una razón válida ni suficiente para renunciar a las conquistas más valiosas a las que ha dado lugar su construcción. Tal es el caso del papel que desempeñan los mecanismos y jurisdicciones internacionales en materia de protección de los derechos humanos y del derecho humanitario¹⁶.

¹⁴ Varios ejemplos en América Latina ilustran bien la situación en que “transiciones a la democracia” terminan desembocando en un estado de crisis económica y social crónica. En El Salvador, la tasa de criminalidad actual, producto de la violencia social, supera a la del momento más álgido del conflicto armado que vivió ese país centroamericano. En Argentina, la crisis financiera ha creado las condiciones para una nueva desestabilización política.

¹⁵ Como lo han indicado T. Negri y M. Hardt, a esta nueva concepción de soberanía le son correlativos un *derecho de policía* y un *derecho de intervención o de injerencia*. Mientras que el primero actúa sobre la base de la instauración de un “Estado de excepción global” que niega los derechos fundamentales, el segundo es una forma de actualización del derecho a la guerra justa (*jus ad bellum*), que niega la normatividad del derecho humanitario, esta vez bajo la modalidad del derecho a la “guerra preventiva”. (Cf. *Empire*, 2000, pp. 25-69).

¹⁶ Cf. Monique Chemillier-Gendreau en *Droit international et démocratie mondiale* (2002) y Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions internationales* (2002).

Una tercera dificultad, que atañe directamente al tema tratado aquí, es que los contextos de transición o de acuerdos de paz requieren soluciones que transformen estructuralmente la sociedad con relación a la situación de guerra o de dominación precedentes. En este campo, el problema de dejar pendiente la erradicación –o de cimentar la impunidad– de los crímenes de guerra y de lesa humanidad se convierte en una cuestión que condiciona el futuro de la sociedad¹⁷. En este orden de ideas, evitar toda negación del pasado e impedir el intento por borrar el recuerdo de la ruptura del pacto colectivo inicial, con todo lo que ello implicó, son exigencias para colocar bases reales a la refundación del contrato social.

Las dificultades para la realización de vigorosos procesos de rememoración, verdad y justicia en estas condiciones no se desprenden únicamente de la voluntad negacionista de los victimarios y de los sectores de la sociedad que colaboraron o aceptaron resignadamente la perpetración de sus crímenes. A esto se agregan las secuelas de los actos criminales que han tenido lugar en el despliegue de la violencia y la guerra.

Entre las muchas consecuencias negativas que traen las formas de violencia extrema es que ellas no solamente desvirtúan la naturaleza y los fines del ordenamiento jurídico, sino que además se constituyen en un desafío a todas las categorías esenciales con las que éste opera regularmente¹⁸.

Así ocurre cuando en situaciones de violencia el sistema judicial pasa a integrar el aparato criminal, sea como dependencia que ejecuta leyes draconianas contra los opositores al sistema, o sea como órgano legitimador de la acción de los autores de los delitos en masa mediante la práctica sistemática de la impunidad. Pero incluso cuando el sistema judicial ha preservado cierto grado de autonomía, se presenta la dificultad de que las instancias judiciales son incapaces de es-

tablecer la responsabilidad en los casos de la criminalidad en masa sobre las bases jurídicas y los recursos empleados para los tiempos de paz y las situaciones de “normalidad jurídica”.

Esa circunstancia la ilustra bien la justicia penal ordinaria. Destinada a tratar transgresiones privadas, ella se muestra insuficiente para reprimir las atrocidades masivas cometidas por agentes del propio poder estatal, quienes actúan en ejecución de una política dirigida a suprimir los derechos fundamentales de la población, a menudo apoyados por estructuras para-estatales y respaldados por influyentes estamentos de la sociedad. Si se trata de un conflicto armado interno, a este panorama ya de por sí complejo se suman las infracciones al derecho humanitario cometidas por el Estado, las estructuras para-estatales y los grupos disidentes. Ante la dimensión colosal de este conjunto de delitos, los medios con los que opera de ordinario la justicia se muestran insuficientes. El trabajo probatorio y la determinación de la responsabilidad penal – imputabilidad– adquieren también dimensiones colosales¹⁹.

Los medios de la justicia represiva (penal) y de la justicia retributiva (contencioso-administrativa) requieren, por ende, ser complementados con vastos procesos en los que se exprese, democráticamente, la repulsión a los crímenes de guerra y de lesa humanidad, y se contribuya a involucrar los niveles e instituciones de la sociedad que otrora han sido movilizados para forjar el consenso en torno a la violencia.

De tales procesos complementarios hace parte el trabajo de rememoración colectiva y de esclarecimiento de la verdad, cuyos fundamentos podemos resumir en tres condiciones básicas: primero, que exista una *opinión pública* que sea el motor de la controversia social sobre la naturaleza de las atrocidades perpetradas y que acompañe a la justicia institucional en su trabajo de

¹⁷ Baste nombrar aquí nuevamente la situación de algunos países latinoamericanos que se han debatido en una constante oscilación y controversia social acerca de la justicia de las atrocidades del pasado luego de leyes de impunidad, o medidas indiscriminadas de indulto y amnistía. En Guatemala, el incumplimiento de los acuerdos relativos a los derechos de las mayorías de los pueblos indígenas y la situación de impunidad han conducido a que los militares indultados continúen ejerciendo su poder sobre la vida política. La sociedad chilena ha tenido que volver, una y otra vez, sobre el caso Pinochet y sobre los crímenes cometidos bajo su dictadura. En Argentina, las leyes de “punto final” han sido impuestas y derogadas sucesivamente.

¹⁸ Antoine Garapon presenta un cuadro completo de estas dificultades de la justicia penal en su texto citado anteriormente, p. 152.

¹⁹ Teniendo en cuenta el tiempo que toma actualmente un proceso en el marco del Tribunal Penal Internacional creado para el juzgamiento de los delitos concernientes al genocidio cometido en Ruanda, se han hecho cálculos que estiman que el lapso necesario para juzgar la totalidad de inculpados (135.000) es de más de un siglo.

establecimiento de las responsabilidades, de erradicación de las estructuras que las posibilitaron y de las modalidades para superar las secuelas que han dejado. Segundo, que exista el *espacio público* en el que se produzca la controversia, que no se le niegue el acceso a este espacio a ninguna de las víctimas, y que para ello existan las instancias (oficiales y no oficiales) apropiadas para el trabajo de esclarecimiento. Tercero, que *se elabore públicamente el relato de lo que sucedió*, que el esclarecimiento de la verdad no sea un acto de enunciación formal y tenga el carácter de un proceso. O en otros términos, que las víctimas puedan hablar *en detalle* (pues es la laboriosa reconstrucción del detalle de las cuantiosas atrocidades lo que permite vislumbrar, en toda su magnitud, los devastadores alcances de lo acontecido) y que los victimarios hablen de sus responsabilidades, no como formalidad para obtener la amnistía o como un nuevo intento de justificación de sus acciones, sino como un auténtico acto de reconocimiento del daño causado a la sociedad.

La evolución de la conciencia jurídica sobre la necesidad de erradicar las atrocidades en masa y su impunidad se ha ido plasmado en instrumentos y mecanismos que han enriquecido el sistema internacional de protección de los derechos humanos y del derecho humanitario²⁰.

Esa evolución se ha nutrido de las especificidades regionales de la protección de los derechos fundamentales. En América Latina, por ejemplo, la creación de la doctrina y la práctica de erradicación de los delitos atroces y su impunidad ha tenido que ver con el tratamiento de esta clase de violaciones en contextos de conflictos armados o de regímenes dictatoriales en la región. Uno de los resultados palpables de esos desarrollos es la doctrina del sistema interamericano de protección de los derechos humanos sobre la perpetración metódica de la desaparición forzada como modalidad de represión y exterminio en algunos países del continente. En 1985, la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que: “Toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estimado en dos de sus sentencias²¹ que el derecho a saber es violado cuando el Estado o sus agentes niegan a las víctimas y sus familiares el acceso a una investigación exhaustiva con el fin de establecer qué fue lo que a ciencia cierta ocurrió en los casos de crímenes de lesa humanidad y, en particular, en los casos de “desaparición forzada”. Según la Corte, este derecho es por esencia de carácter colectivo/general e individual/personal, pues permite al conjunto de la sociedad, y no solamente a los individuos cercanos a quienes padecieron directamente estas prácticas, el conocimiento de la historia del pasado inmediato. Esa tendencia progresiva en su jurisprudencia fue ratificada por el tribunal regional en su histórica sentencia en el caso Barrios Altos contra Perú, en la que afirma, por primera vez, que las leyes de amnistía y punto final para crímenes atroces carecen de valor jurídico y deben ser anuladas, pues violan derechos inderogables y son una aberración inadmisible para la conciencia de la humanidad²². En la misma dirección doctrinal del sistema interamericano de protección, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, fruto de los acuerdos de paz en Guatemala, sostiene en su informe final, “Guatemala memoria del silencio” (1999) que: “La memoria de las víctimas es un aspecto fundamental de la memoria histórica y permite rescatar los valores y las luchas por la dignidad humana”.

En el plano universal, la enunciación más completa de las condiciones para la erradicación de las atrocidades del pasado en el ámbito del derecho internacional se halla en el “Conjunto de principios para la protección y la promoción

²⁰ De tal evolución ha hecho parte la configuración de la justicia penal internacional, en cuya trayectoria de articulación, además de los tribunales de Nuremberg y Tokio (1945), se encuentran los procesos judiciales contra autores o colaboradores de crímenes de guerra y de lesa humanidad, que durante los años sesenta y setenta tuvieron lugar en Alemania, en Francia (casos Barbie y Papon) y en Israel (enjuiciamiento de Eichmann, 1961).

²¹ La primera es la sentencia en el caso Castillo Páez del 3 de noviembre de 1997 y la segunda es la del caso Bámaca Velásquez del 25 de noviembre de 2000.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos (Fondo), sentencia del 14 de marzo de 2001. En esta decisión la Corte declaró sin efectos jurídicos dos leyes de amnistía del Perú por su incompatibilidad con la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”²³. Este instrumento sienta los principios de la complementariedad de la verdad, la justicia y la reparación como fundamento indispensable para la superación integral de la violencia extrema y sus secuelas.

La primera formulación de este texto que debe ser mencionada es aquella que afirma que frente a todo proyecto de negación de los crímenes del pasado se hace necesario poner de presente que: “El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse”.

El derecho internacional consagra, por tanto que, como aspecto insoslayable del proceso de erradicación y reconocimiento de los crímenes del pasado, toda persona tiene el derecho a saber (o derecho a la verdad) y el derecho a la justicia.

DERECHO A SABER Y DEBER DE MEMORIA

El derecho a saber hunde sus raíces en la historia de lo acontecido y equivale a que toda persona tenga acceso a la verdad y a su difusión pública “para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones”. El “Conjunto de principios” enuncia que “cada pueblo tiene el derecho inalienable de conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes”.

Desde esta perspectiva, al Estado le corresponde, como parte del derecho a saber, el “deber de recordar”, es decir, la obligación de garantizar las condiciones para el debate social acerca de los crímenes del pasado que evite en el futuro su revisión o su negación parcial o total. Mediante la formulación de este deber no se atribuye al poder la facultad de crear una “política de la memoria” a través de la cual pueda “corregir” cualquier tergi-

versación de la historia –lo que sería equivalente a acordarle la función de redactor o “guardián oficial” de la historiografía– sino, más bien, de velar porque se den las condiciones indispensables para el proceso público de esclarecimiento y para la difusión de los resultados de ese proceso, tanto en el presente como en el futuro.

¿Qué significa entonces que el límite estricto de tal obligación sea el de garantizar las condiciones para la controversia pública sobre el pasado? Esta obligación se sitúa en el vértice que conjuga un doble compromiso estatal. En primera instancia, como lo consagra el derecho a la libertad de opinión y de expresión²⁴, todo individuo tiene derecho a no ser perseguido por sus opiniones –en este caso por sus opiniones sobre la historia de su sociedad– y a investigar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda especie sin consideración de fronteras, bajo la forma oral, escrita, impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección. Este primer nexo de la obligación del Estado de garantizar la libre controversia en el espacio público está estipulado en términos negativos e incumbe a la no interferencia, incluida la no censura, de las diversas interpretaciones que puedan hacerse, en particular, de las responsabilidades de los crímenes del pasado y las circunstancias en que éstos fueron perpetrados.

Pero al mismo tiempo –y ésta es la segunda línea del vértice en la que se ubica el “deber de recordar”– es imprescindible advertir que garantizar las condiciones para el debate público entraña también la obligación, positiva en este caso, de garantizar el acceso de todos los sujetos sociales al espacio público que, como se dijo, es la esfera en la que se confrontan e integran las memorias colectivas. En esa medida, es menester indicar el nexo de esta formulación con el derecho que toda persona tiene a participar en la vida pública, lo que significa participar también en la elucidación

²³ Informe del Relator Especial sobre la impunidad, L. Joinet (Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1). Este informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) fue preparado de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de la lucha contra las medidas discriminatorias y de la protección de las minorías. El contenido de este informe se enmarca en el espíritu del Programa de Acción de Viena –resultado de la Tercera Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993)– que subrayó el significado que tiene la lucha contra la impunidad en el contexto internacional. El informe propone a la Asamblea General de Naciones Unidas la adopción de un conjunto de principios para la protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Lamentablemente, este texto tiene hasta ahora el carácter de recomendación no vinculante en términos jurídicos para los Estados.

²⁴ Formulado, entre otros instrumentos, en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948, artículo 19) y en el *Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos*, 1966, artículo 19.

de todos los acontecimientos significativos de la historia de la sociedad²⁵.

LAS COMISIONES EXRAJUDICIALES DE ESCLARECIMIENTO

Entre los mecanismos para garantizar el derecho a la verdad se destaca la creación de múltiples instancias públicas que recojan esta memoria viviente y que la preserven para la posteridad, entre las cuales se destacan las comisiones extrajudiciales de esclarecimiento de los crímenes de lesa humanidad y de las infracciones al derecho humanitario. Con esta finalidad, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó en 1985 la *Declaración de los principios fundamentales de justicia relativos a las víctimas de la criminalidad y de los abusos del poder* en la que se estipula que cuando en un Estado no es posible investigar por parte de las autoridades judiciales regulares se deben constituir estas comisiones.

Sobre este particular, el “Conjunto de principios” agrega que como parte del proceso de esclarecimiento de la verdad, las víctimas, y toda persona concernida, tienen derecho a testimoniar ante las autoridades judiciales y ante una comisión extrajudicial de investigación que, rodeada de amplias garantías, se encargue de investigar, documentar, compilar y evitar la desaparición de las pruebas de los actos violentos. Además, se dice expresamente que esta clase de instancias no pretenden suplantar a la justicia, sino contribuir a salvaguardar la memoria, guiándose por el afán de hacer reconocer la “parte de verdad” que hasta entonces se negó constantemente.

El carácter específico de la elaboración de la verdad de las atrocidades del pasado radica en que debe satisfacer una doble condición: ser pública (transparente) y ser procesal (esclarecedora).

Ya se enunciaron anteriormente las razones por las cuales la elaboración de la verdad de los crímenes masivos y sistemáticos requiere cumplir el requisito del esclarecimiento: los rasgos esenciales que tienen los actos de violencia extrema, su dimensión fuera de toda norma ordinaria, la constelación de sucesos y elementos fácticos que

encarna su ejecución, la necesidad de una laboriosa reconstrucción de los detalles que muestran todas las consecuencias que tiene su perpetración, etc. Es entonces coherente deducir que el *proceso cognitivo* de esta clase de acontecimientos adquiere la complejidad propia de este objeto desmesurado.

El carácter transparente de la elaboración de la verdad en estos casos corresponde al hecho de que ellos excluyen, por una parte, a las víctimas de la comunidad humana, y por otra, en que afectan al conjunto de la sociedad. Así, los acontecimientos de violencia generalizada desestructuran el espacio público como espacio de coexistencia, al mantener a las víctimas fuera del marco social, o al margen de éste. La desestructuración del espacio público significa la imposición de determinada distribución política del espacio social, asignando a algunos sujetos la facultad de transformar sus proyectos en hechos compartidos socialmente, y negando a otros esa misma posibilidad a través de la exclusión o de la privatización de sus posiciones. La cuestión de la conformidad con esta exclusión o de la construcción de los procesos de memoria y verdad en el marco social más extenso posible representa para las víctimas el corazón problemático del sentido de su acción. Pero al mismo tiempo concierne a la oportunidad de que la sociedad misma se convierta en sujeto colectivo de la memoria y la historia. La cuestión del carácter transparente del proceso de verdad de los actos atroces del pasado implica entonces el establecimiento y la ampliación progresiva del espacio público como el poder propio de la comunidad humana, que se revela como la conjunción del poder singular de los distintos sujetos que la componen. El grado de exclusión de un grupo particular, o de todo un sector social, habla de la debilidad del vínculo colectivo de una sociedad.

En consecuencia, las labores de las “comisiones de verdad” se centran en el *esclarecimiento público* de la identidad de las personas acusadas de ser autoras o cómplices de violaciones a los derechos humanos y de infracciones al derecho hu-

²⁵ Estipulado por el artículo 15 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos Sociales y Culturales, 1966. De ese mismo derecho hace parte la interpretación del principio de garantía de acceso a las manifestaciones de la vida cultural en el espacio público. El Programa de Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (Unesco) ha subrayado que este principio democrático incumbe a toda la sociedad y, especialmente, a quienes no han tenido acceso históricamente a la cultura, sus manifestaciones y beneficios. Tal es el caso del testimonio de las víctimas que en los períodos de violencia extrema y de impunidad ha sido sometido al impedimento o la instrumentalización. (Informe final de la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales, México, 1982, Unesco, CLT/MD/1, pp. 39-44).

manitario, así como de la forma en que éstas participaron presuntamente en la planificación y ejecución de tales actos. En el desarrollo de su trabajo, las comisiones deben ser un espacio para analizar y describir los mecanismos que fueron utilizados para cometer estos crímenes. Su informe final ha de ser difundido lo más ampliamente posible y en él han de estar contenidas, además, las recomendaciones para la institucionalización de medidas que garanticen la no repetición de las violaciones.

El rasgo predominante en el desarrollo de estas instancias ha sido la creciente diversificación de sus competencias. A medida que se han venido extendiendo a contextos disímiles, las comisiones han Enriquecido sus alcances. Inicialmente el carácter de su trabajo era primordialmente confidencial e investigativo, como fue el caso de las primeras integradas por expertos para los llamados procesos de transición en América Latina²⁶. En experiencias recientes, ellas han adquirido facultades más variadas, y parte significativa de su actividad se ha concentrado en las sesiones públicas dedicadas a escuchar el testimonio de las víctimas. El resultado de esta ampliación de mandato y competencias es que las sesiones “a puertas abiertas” de las comisiones se transforman en el escenario de la puesta en común de las memorias colectivas. Sus resultados, por tanto, han ganado mayor difusión e incidencia social y han contribuido a respaldar la acción de las instancias judiciales. Los mejores resultados en este terreno se han presentado cuando los testigos y sobrevivientes de los hechos de violencia han podido tomar la palabra ante los victimarios y confrontarlos con sus responsabilidades de cara a la sociedad. Cuando esto ha ocurrido, la difusión social del testimonio ha aportado significativamente a la formación y el afianzamiento de la opinión pública, y ha servido, en un plano general, para que diversos sectores participen en la democratización social.

De esta manera, el derecho a saber ha venido

experimentando dos evoluciones significativas. De un lado, de ser un proceso investigativo especializado ha pasado a ser un proceso cada vez más socializado en el que el trabajo de los expertos se combina con el testimonio público de las víctimas. Del otro, frente a la disyuntiva que planteaba optar por un proceso de esclarecimiento *a cambio* de un proceso de justicia, la experiencia acumulada y las nuevas posibilidades que brinda la justicia penal internacional han demostrado que lo ideal son múltiples procesos de esclarecimiento que complementen la acción de diversas instancias de justicia (doméstica e internacional).

Acerca del debate público que implica el proceso de esclarecimiento que pone en marcha la creación y el funcionamiento de las comisiones extrajudiciales es pertinente puntualizar cuáles son los rasgos distintivos de dicho debate e indicar su separación tajante de la incitación de la opinión pública al odio y la venganza. Es conveniente establecer esta diferenciación, puesto que un argumento de los partidarios de las leyes de “perdón y olvido”, que promulgan la amnistía incondicional, es que la invocación de los acontecimientos del pasado es un factor de riesgo que desemboca en el retroceso a un nuevo período autoritario o de guerra. Según esta posición, al profundizar en la investigación de la verdad y, con mayor razón, al hacer avanzar la investigación judicial se rompe el frágil equilibrio de fuerzas logrado en la incipiente apertura democrática.

Felizmente el derecho internacional ha consagrado ya los parámetros para establecer tal diferencia. En este orden de ideas, el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 20, estipula que toda propaganda en favor de la guerra y toda incitación pública al odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia es contraria a la libertad de opinión. La Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio

²⁶ En América Latina las primeras comisiones fueron creadas en vista de la ineficacia probada de las vías de recurso a la justicia como efecto de la no independencia del poder judicial. Las comisiones surgieron además como respuesta a los procesos de amnistía y “punto final”, que consagraban la impunidad de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra. Su trabajo se concentró en la recolección, a puerta cerrada, de testimonios y en la investigación de los archivos de carácter oficial o privado. Esta circunstancia dio lugar a que su trabajo fuera limitado y en ocasiones parcializado. Ese fue el caso de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Chile, puesto que dos de sus ocho integrantes eran miembros del gobierno de Pinochet y algunos otros pertenecían a partidos políticos que durante la dictadura militar guardaron silencio ante las atrocidades. Cf. E. Cuya, *Las comisiones de la verdad en América Latina* (1996).

considera como crimen de derecho de gentes la incitación directa y pública a cometer genocidio²⁷. La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la represión de las ideologías racistas* (1966) señala, en su artículo 1, que los Estados partes condenan “toda propaganda y toda organización que inspire ideas o teorías fundadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas [...] o que pretenda justificar o alentar toda forma de odio o de discriminación racial”.

El trabajo de rememoración y esclarecimiento de los actos atroces cometidos durante la guerra o bajo un régimen autoritario no debe ser confundido con prácticas de instrumentalización ideológica, que buscan despertar pulsiones destructivas o promover los llamados abusos ideológicos de la memoria. Por el contrario, la rememoración –como trabajo de elaboración y no como práctica de repetición abusiva– implica precisamente la superación de tales pulsiones mediante la elucidación minuciosa de los episodios de violencia extrema del pasado, encamada al reconocimiento social. Su único propósito es servir como referente tutelar para recordarle al nuevo poder político y a todos los miembros de la sociedad las consecuencias que ha traído en el pasado el desconocimiento de los derechos fundamentales. Su función *preventiva* radica precisamente en que el esclarecimiento del pasado genere el reconocimiento público del significado que la guerra, los crímenes cometidos y sus efectos han tenido sobre el conjunto de la sociedad. La línea divisoria entre el trabajo de rememoración y la instrumentalización de la memoria es, entonces, aquella que separa el proceso social de

conocimiento de la verdad histórica de sus interpretaciones destinadas a la incitación al odio y la violencia.

Por otra parte, la labor de las comisiones no debe ser desnaturalizada por los intentos de legitimación por parte de quienes han cometido los crímenes lesa humanidad y de guerra, cuya naturaleza no admite justificación posible. El carácter monstruoso de estos delitos hace irrelevante cualquier intento de explicación que, en las circunstancias de un proceso de esclarecimiento, adquiere el carácter de mecanismo de impunidad y de encubrimiento²⁸.

EL DERECHO A LA JUSTICIA

La creación de instancias de justicia penal internacional y la paulatina legitimación de la competencia universal de la justicia de crímenes de lesa humanidad vienen a complementar el panorama que ofrece la riqueza de la experiencia de las comisiones de verdad. Como se mencionó anteriormente, la experiencia acumulada en esta materia indica que en el marco de un mismo proceso nacional de transición o de paz pueden concurrir múltiples procesos de esclarecimiento y justicia complementarios y convergentes²⁹.

La sanción de la justicia es en este caso un acto que consagra el reconocimiento social. O expresado de otro modo, el proceso de elucidación de la verdad que opera en el seno de las comisiones extrajudiciales se conjuga con la palabra y la actuación pública de la justicia, que actúan a su turno como corolarios del reconocimiento colectivo de los crímenes masivos y sistemáticos.

Según el “Conjunto de principios”, el derecho a la justicia implica que toda víctima tenga la posi-

²⁷ En esta dirección ha sentado jurisprudencia la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, del 1 de junio de 2000, en la que se condena a Georges Henry Joseph Ruggiu, experiodista y locutor de Radio Televisión Libre des Mille Collines (RTLM), tras haber sido hallado culpable de los cargos de *incitación pública y directa a la comisión de genocidio y de crímenes contra la humanidad*. Ruggiu fue condenado a 12 años de prisión por el primero de los cargos y a otros 12 años por el segundo.

²⁸ Es el caso de ciertos aspectos que tuvo el desenvolvimiento de la Comisión de Verdad y Reconciliación en Sudáfrica. Allí la forma original que asumió el proceso de elaboración de la verdad mostró el papel catártico y liberador del testimonio pronunciado ante la comunidad como modalidad del trabajo de rememoración. Sin embargo, el balance de esta experiencia es contradictorio. De una parte, en las audiencias públicas las víctimas pudieron testimoniar su historia y nombrar e identificar a los victimarios. De otra, la confesión que estos últimos hicieron tuvo frecuentemente el carácter de un acto en el que el relato de las atrocidades no estuvo acompañado del reconocimiento auténtico de la injusticia cometida. Como señala Sophie Pons, en *Apartheid. L'aveu et le pardon* (2000), los victimarios hicieron la economía de las reglas de juego de la confesión –como simple uso convencional del lenguaje– y convirtieron el acto de la confesión en arrepentimiento artificial que perseguía, como único fin, la amnistía de sus delitos.

²⁹ A pesar de las limitaciones que ha presentado, el proceso de verdad y justicia en Ruanda ha mostrado una gran variedad de formas. Además del Tribunal Internacional *ad hoc*, se han puesto en marcha los procesos de justicia comunitaria (*gacaca*) y una comisión de verdad y reconciliación.

bilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso equitativo “para lograr que su opresor sea juzgado”. La enunciación de este derecho se hace tomando en cuenta que no existe reconciliación justa y duradera si no se satisface la necesidad de justicia y si el resultado del proceso de transición es el mantenimiento de la situación de impunidad que ha imperado en la sociedad³⁰. Este derecho supone además el principio de imprescriptibilidad y el hecho de que los autores de las violaciones no podrán beneficiarse de ninguna clase de amnistía mientras las víctimas no hayan obtenido justicia³¹.

Existen al menos tres aspectos que han sido objeto de intensa discusión pública con relación al derecho de las víctimas a la justicia. En primer lugar, se ha puesto en tela de juicio la validez de los procesos judiciales de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Asimismo, se ha criticado el fenómeno del llamado “activismo judicial”, entendido como la omnipresencia de los jueces en la resolución de asuntos que podrían ser objeto de otro tipo de tratamientos, y prioritariamente, de una solución política. Por último, se ha puesto en duda el “modelo de Nuremberg”, esto es, la imparcialidad de los tribunales internacionales, y en general, el recurso a la justicia penal internacional como vía de superación de la impunidad en un contexto doméstico.

El cuestionamiento de la pertinencia de efectuar, en el marco de la transición democrática, grandes procesos en los que los presuntos autores de graves violaciones e infracciones al derecho internacional sean enjuiciados, proviene de argumentos de diversa índole. Una primera dificultad, de carácter pragmático, es que los “costos políticos” de este tipo de justicia son muy altos. Generalmente, los autores de los crímenes en estos casos no han sido vencidos y ejercen aún poder en la sociedad. Según esta posición, la vulnerabilidad política de la sociedad podría significar el impedimento de la transición hacia la democracia o la amenaza de los acuerdos de paz. Desde esta perspectiva, los juicios además di-

viden y polarizan a la opinión pública, que es altamente sensible a cualquier referencia al pasado una vez superado el período de violencia y arbitrariedad anterior. Por otra parte, se presenta el problema de orden jurídico de la “frugalidad adjudicativa”, que significa que, dada la reducida capacidad institucional de las sociedades en transición, la atribución de las responsabilidades penales recae sobre unos pocos individuos que representan sólo “piezas sueltas” de la estructura del poder en un régimen autoritario, y en el caso de un conflicto armado, de un ejército o de los grupos disidentes³².

El segundo grupo de cuestionamientos se dirige a impugnar el fenómeno de la decadencia de lo político con relación al fortalecimiento creciente de lo judicial. Desde este punto de vista, se trata de la infiltración jurídica en todas las esferas de la sociedad que desnaturaliza el espacio protegido y distante que debe guardar el juez frente al debate público, y que banaliza la deliberación política al delegar en los tribunales las decisiones sobre los temas cruciales de la sociedad. Esta discusión se hace pertinente en las condiciones de transición y de paz al plantearse el problema sobre cuál es el espacio respectivo que deben ocupar la política y la justicia en la solución de los desafíos que se desprenden de las transformaciones sociales urgentes.

En tercera instancia, se debate acerca del “modelo de Nuremberg”: los tribunales internacionales, en tanto que expresión de una correlación de fuerzas en la que el vencedor impone las reglas del juego, niegan el principio de independencia e imparcialidad de la justicia, y con ello socavan el fundamento mismo de la legitimidad del derecho internacional. La sumisión de la justicia a la voluntad del vencedor es la negación *de facto* del derecho al debido proceso para una parte de la humanidad –aquella que ha resultado derrotada en la guerra– que no posee el poder necesario para lograr el acceso a un tribunal internacional independiente. Esta última categoría de argumentos críticos tiende a ser invocada para la descalificación de la Corte Penal Interna-

³⁰ El *Conjunto de principios* afirma que el acto del perdón supone “como condición de toda reconciliación que la víctima conozca el autor de las violaciones y que éste haya tenido la posibilidad de manifestar su arrepentimiento [...] Para que pueda ser concedido el perdón, es menester que haya sido previamente solicitado”.

³¹ Así lo afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Barrios Altos contra Perú, citada anteriormente. La Corte agrega que la amnistía de los autores de graves violaciones es incompatible con el derecho que toda persona tiene a ser escuchada por un tribunal imparcial e independiente.

³² Esta línea de argumentación es seguida por P. De Greiff en *Tribunales internacionales y transiciones a la democracia*, 1997.

cional o de la competencia universal, para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra bajo el pretexto de la ruptura del principio de soberanía política y judicial. En el caso de la llamada competencia universal se trata del problema suscitado por el inicio en diversos puntos del planeta de procesos judiciales contra antiguos dictadores y reconocidos autores de delitos atroces. Sin embargo, es pertinente llamar la atención acerca de que las limitaciones de los procedimientos de conformación y funcionamiento de estos tribunales no pueden ser utilizadas, en una misma línea de argumentación, para negar la esencia del principio de competencia del derecho penal internacional para erradicar las atrocidades en masa, esencia que proviene del derecho público y del derecho de gentes.

La respuesta a las críticas a la justicia penal (doméstica e internacional) hasta ahora enunciadas viene dada desde la propia definición del carácter de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, formulada en este mismo texto.

Nada más diciente sobre el particular que la experiencia histórica acumulada por la humanidad tras siglos de guerra y violencia. Dadas la envergadura y complejidad de los crímenes en masa, su naturaleza catastrófica y la propagación de sus secuelas sólo son percibidas integralmente por la sociedad con el paso del tiempo. A veces se requiere la sucesión de varias generaciones para efectuar el balance definitivo de sus profundas repercusiones sobre el conjunto de la vida colectiva, pues sólo en la perspectiva de la distancia temporal se muestra, en toda su crudeza, el impacto de sus consecuencias originales y secundarias.

Estas repercusiones son aún más significativas si no se logra constituir el consenso general acerca de la injusticia que encarna este tipo de delitos, si se legitima la impunidad y si los daños causados no son reparados de manera adecuada. La ausencia de la sanción de la sociedad equivale a prolongar indefinidamente estos efectos en el tiempo. Por todas estas razones, el principio jurí-

dico de la prescripción, de la extinción en el tiempo de toda acción pública, no puede ser invocado con relación a este tipo de crímenes. La imprescriptibilidad es el correlato jurídico del trabajo de larga duración que debe realizar la sociedad para lograr superar las secuelas de la violencia extrema³³.

Por esta vía se llega al asunto de cuáles son los límites de la función que cumple la justicia en un proceso de democratización de la sociedad. No es éste el caso de los excesos propios de un “activismo judicial”. Por el contrario, las sociedades en proceso de transición generalmente han conocido altos índices de impunidad frente a todo tipo de delitos y no han conocido *a lo largo de su historia* la actuación de la justicia penal de los delitos de lesa humanidad ni los crímenes de guerra. En las condiciones de una dictadura, de un régimen de *apartheid* o de una guerra civil, el poder judicial, cuando éste existe como tal, tiende a convertirse en una mera prolongación del poder ejecutivo³⁴. En estos casos, la parcialidad de la justicia se expresa en que al lado de una abrumadora impunidad coexiste el hecho de que los tribunales –y en los casos más extremos los tribunales militares– están reservados exclusivamente a los opositores del régimen. La *ausencia histórica* de la justicia penal frente a las atrocidades en masa tiene implicaciones de todo orden para una sociedad. La inexistencia o la parcialidad de la justicia institucional abren el espacio para proliferación caótica de “justicias particulares”, cuando no para el imperio del “ajuste de cuentas” por mano propia³⁵. En el proceso de refundación del pacto social, la continuidad de esta situación seguirá siendo un *vacio histórico* que terminará, tarde o temprano, en un nuevo estallido violento de los conflictos sociales.

Por último, conviene decir algunas palabras sobre el tema de los efectos de la controversia social acerca de la justicia penal en el espacio público en tiempos de transición democrática. En contraposición a la creencia de que la polémica abierta, fruto de la acción judicial, representa un “factor de riesgo” para la democratización, es útil poner de relieve el punto de vista antitético. Está demos-

³³ Principio estipulado en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, 1968.

³⁴ La justicia en estos casos es un *objeto inexistente*, pues su carácter formal no corresponde a una experiencia histórica real de la sociedad. Acerca del contenido de esta última noción puede consultarse Cepeda, Iván y Girón, Claudia, *Procesos de inculturación*, 1999, p. 175.

³⁵ Así lo demuestran ampliamente Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, 2001.

trado que el debate público producido por los grandes procesos penales en los que se juzgan los crímenes del pasado vigoriza el ejercicio normal de toda sociedad democrática, esto es, incentiva la controversia abierta sobre las cuestiones que afectan a todos los miembros de una comunidad determinada. La sesión pública de los grandes procesos de justicia da lugar al *disenso social* que estimula la formación de la opinión pública y que desarrolla la capacidad de expresión colectiva de muchos sectores de la sociedad hasta ahora excluidos³⁶. Este ejercicio, en vez de romper los frágiles equilibrios pactados, se convierte, por el contrario, en la experiencia participativa por medio de la cual la sociedad recupera el hábito del debate social y emprende la instauración del principio de la no exclusión del espacio público de las opiniones disidentes. En este sentido, levantar el tabú sobre los crímenes del pasado (por medio de las comisiones de verdad, de la acción de la justicia penal y del trabajo público de rememoración) es parte indispensable de la práctica del disenso no violento, y en esta medida, de la democratización de la sociedad.

Poco a poco la concepción determinista de la impunidad –aquella que sostiene su carácter inexorable para el advenimiento de la paz y la democracia– viene siendo desafiada por procesos públicos de esclarecimiento y justicia cada vez más extensos, variados y ambiciosos. La humanidad admitió durante un largo trayecto de su historia que los actos de violencia extrema cayeran en el olvido y la negación, concediendo amnistías incondicionales a los perpetradores de crímenes de toda especie contra poblaciones inermes. El reconocimiento de un principio de sustancialidad del pasado, marcado por los acontecimientos atroces, como base de la legitimidad de la soberanía, sólo ha conseguido afianzarse con la democratización de la sociedad y con la configuración de su espacio público. Esa evolución se ha materializado en la elaboración de sistemas, procedimientos e instrumentos universales; en la creación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, y en la articulación contemporánea de variados mecanismos de justicia penal internacional.

En el contexto internacional, estas conquistas se plasman en múltiples mecanismos y procedimientos novedosos: instauración de un tribunal permanente o de tribunales *ad hoc* para el juzgamiento de los crímenes masivos y sistemáticos;

desarrollo del principio de competencia universal de la justicia; fortalecimiento de las jurisdicciones regionales de derechos humanos (especialmente en Europa, América y África), en fin, ampliación de las competencias de las comisiones de elucidación de los delitos atroces y publicidad de sus procedimientos y conclusiones. Las jurisdicciones nacionales encuentran de este modo un extenso y variado campo de referentes que complementan y estimulan su propia acción.

Ciertamente, el camino de construcción de los nuevos procedimientos presenta limitaciones y problemas inéditos. La Corte Penal Internacional restringe su acción temporal y encuentra obstáculos para que su acción territorial se haga válida para la totalidad de los Estados. El principio de competencia universal está abierto a las interpretaciones del juez nacional, y por tanto no encuentra todavía estándares internacionales para su aplicación uniforme. Las jurisdicciones regionales hallan obstáculos para el cumplimiento de sus sentencias, y en ciertos casos, como el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no disponen de acceso para los recursos presentados por individuos. Pese a sus avances, el trabajo y los resultados de las comisiones de esclarecimiento son todavía claramente insuficientes con relación a las proporciones de las formas de violencia de las que deben dar cuenta.

No obstante, todas estas limitaciones se ven atenuadas por el rol que en los procesos de esclarecimiento y sanción ocupan la opinión y el espacio públicos, así como la controversia abierta de la sociedad acerca de las responsabilidades y las repercusiones de los actos atroces. El fortalecimiento del espacio público aparece como condición fundamental para que la sociedad labore las memorias de la violencia. Pero al mismo tiempo, la controversia pública y plural sobre los crímenes del pasado es un ejercicio que contribuye a dicho fortalecimiento y, por ende, que coloca las bases para la participación democrática.

Los procesos públicos de erradicación de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra son indispensables en sociedades que han sufrido la debilidad crónica del espacio público a causa de conflictos armados de larga duración. Tal es el caso de la sociedad colombiana, caracterizada tanto por su diversidad intrínseca como por el formalismo de su modelo de democracia representativa que impide o restringe la participa-

³⁶ Ver Osiel, M. *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, 1997.

ción. La duración y brutalidad de su conflicto armado, así como la multiplicidad de expresiones de violencia que tienen lugar en su seno se han constituido en el marco de toda clase de acciones criminales, actos de corrupción y dinámicas de destrucción. Las secuelas de esa violencia, sistemática y anómica a la vez, sólo podrán ser reparadas por acciones sociales de verdad y justicia en el espacio público. En el marco de las transformaciones hacia la democratización de la sociedad colombiana, el trabajo de superación de la violencia generalizada en el espacio público tiene que ser *amplio* y *variado*. Amplio, en términos de que en el esclarecimiento de los acontecimientos que han marcado la historia contemporánea del país deben tener cabida todos los estamentos sociales y deben testimoniar su experiencia todas las víctimas afectadas. Variado, en la medida en que combine múltiples modalidades de sanción, repa-

ración y reconocimiento de los actos atroces que han sido perpetrados.

La experiencia internacional ha probado reiteradamente las consecuencias que tiene aplazar o impedir tales procedimientos públicos de superación de la violencia. En América Latina, la situación de impunidad que ha acompañado los procesos de transición y de paz ha demostrado, hasta la saciedad, que sin un trabajo rico en diversas manifestaciones de rememoración, esclarecimiento y justicia todo intento de democratización es escasamente transformador. De tales lecciones del pasado y del presente de sociedades cercanas, pero igualmente de las consecuencias fatales que ha traído la denegación de la justicia en la historia nacional, tendrá que nutrirse todo intento auténticamente instaurador de la convivencia no violenta en Colombia.

FECHA DE RECEPCIÓN: 11/05/2003

FECHA DE APROBACIÓN: 19/08/2003