

Conferencia Mathew O. Tobriner

Equilibrar Imperativos Éticos y Restricciones Políticas El dilema de las democracias nuevas que encaran violaciones de los derechos humanos ocurridas en el pasado*

José Zalaquett

Señoras y señores:

Es un verdadero honor para mí que se me haya invitado a dar la Conferencia Mathew O. Tobriner, instituida en memoria de tan ilustre jurista y juez. Su trayectoria es un ejemplo señero de excelencia en la prosecución de los ideales más elevados de nuestra profesión.

Han pasado cuarenta y tres años desde que se proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos y treinta desde la fundación de Amnesty International. Hace unos quince años, el Presidente Carter anunció que los derechos humanos constituirían una de las piedras angulares de la política exterior de su gobierno. Parece que sólo ayer la mayor parte de América Latina estaba bajo el dominio militar. Y al reunirnos hoy aquí, los efectos de los acontecimientos políticos que condujeron al estruendoso derrumbe del Muro de Berlín siguen sucediéndose con consecuencias dramáticas.

El carácter y la importancia de estos hitos son disímiles. No obstante, cada uno marca una fase nueva en el constante avance a nivel internacional, de la causa de los derechos humanos. Aunque sus raíces son muy antiguas, los derechos humanos se incorporaron a la escena internacional sólo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando los Estados independientes de la época los proclamaron. Al comienzo estuvieron limitados a las Naciones Unidas y demás foros intergubernamentales. Más adelante, en los años sesenta, los derechos humanos comenzaron a constituirse en un marco común de referencia para el activismo de personas comunes y corrientes en favor de otras personas que sufrían persecución en diversos lugares del mundo. A partir de los años setenta, los derechos humanos surgieron abierta y oficialmente como punto recurrente en los temarios, tanto de las cumbres de las superpotencias como de otras relaciones bilaterales entre Estados. Por último, es posible

* Traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización de *Hastings Law Journal*. © 1992 University of California, Hastings College of the Law.

afirmar que, en años recientes, las normas de derechos humanos han alcanzado una aceptación indiscutida, cruzando fronteras y divisiones religiosas o políticas. Hoy este tema se asocia fuertemente con las instituciones de un régimen democrático y goza de un amplio reconocimiento como la cuestión predominante de ética política en nuestro tiempo.

Sí, ha habido progreso. Más aún, se podría decir tal vez que ha llegado a su término todo un capítulo de la historia de los derechos humanos como causa internacional. No cabe, sin embargo, la complacencia. Las violaciones de los derechos humanos, si bien han disminuido en muchos lugares, en otros persisten o vuelven a estallar, hecho que nos recuerda que el carácter indiscutible de los preceptos nunca ha garantizado, de por sí, que las violaciones vayan a cesar. Además, los propios cambios políticos que han contribuido a reforzar la idea de los derechos humanos a nivel mundial, han acarreado desafíos políticos y éticos nuevos, lo que sirve para recordarnos que el rasgo característico de las verdaderas soluciones es que plantean problemas inéditos.

Dos problemas nuevos se han destacado últimamente en el campo de los derechos humanos.

El primero está relacionado con la protección de los derechos humanos en diversas situaciones de conflicto armado y violencia política. En términos más precisos, se refiere a la promoción de los que podríamos denominar, genéricamente, principios básicos de la conducta humanitaria, para hacer valer sobre esa base la responsabilidad de todos los actores políticos por igual: tanto de gobiernos como de grupos de oposición; tanto de quienes gobiernan como de quienes procuran llegar al gobierno.

Hace unos diez o doce años, la transgresión típica que ocupaba a los activistas de derechos humanos era la cometida por algún gobierno dictatorial que pisoteaba los derechos de los opositores pacíficos. Hoy, tanto los gobiernos como los grupos armados no gubernamentales cometen la mayoría de las atrocidades, en un contexto (o bajo el pretexto) de guerra convencional, resistencia armada contra la ocupación, guerra civil, campañas de insurgencia o de contrainsurgencia, y violencia separatista, religiosa u otras formas semejantes de violencia interétnica o intercomunitaria.

Desde hace largo tiempo, la intervención humanitaria en los conflictos armados ha sido campo de competencia del Comité Internacional de la Cruz Roja, pero su labor adolece de limitaciones inherentes tanto al tipo de conflictos en los cuales puede intervenir como al tipo de actuaciones que puede emprender. En los últimos tiempos, las organizaciones de derechos humanos también se han visto llevadas, a menudo con renuencia, a concentrarse en situaciones de conflicto armado. A medida que su trabajo las empujaba cada vez más a ocuparse de situaciones políticas confusas, marcadas por la violencia generalizada, dichas organizaciones comprobaron que ya no era posible la simple aplicación del antiguo marco conceptual de los derechos humanos. Resultaba difícil hacer denuncias claras sobre los hechos, más aún sobre responsabilidades. En una situación de concurrencia de atrocidades de distinta clase, a veces interrelacionadas y cometidas por diversos actores, resultaba artificial procurar extraer solamente aquellos hechos que podrían calzar con el concepto de una violación de los derechos humanos cometida por un gobierno, en su estricta connotación tradicional.

En consecuencia, muchas organizaciones de derechos humanos se encuentran ahora lidiando con la disyuntiva de actuar o no actuar contra los abusos cometidos por grupos políticos no gubernamentales, y sobre cuál sería la mejor manera de hacerlo. Algunas de las interrogantes que entran en esta disyuntiva son normativas y conceptuales. Por ejemplo, ¿qué normas son aplicables a diferentes situaciones de enfrentamiento armado? ¿Cómo resolver la superposición y los vacíos que aparecen cuando los derechos humanos y las normas de Derecho Internacional Humanitario, es decir, las leyes de la guerra, se toman en cuenta conjuntamente? ¿A qué se podría llamar, con propiedad, “violación de los derechos humanos” en oposición digamos a un “crimen”, un “acto terrorista” o una “violación grave de las Convenciones de Ginebra”? Otras materias dicen relación con técnicas y estrategias, entre ellas, qué métodos de acción son eficaces en dichas situaciones y, específicamente, cómo tratar con grupos combatientes no gubernamentales.

El segundo problema importante en el campo de los derechos humanos, aparecido en los últimos años, es la manera cómo las democracias emergentes debieran enfrentar las atrocidades de su pasado reciente, en una situación en que quienes las cometieron todavía ejercen poder militar o político considerable. Este es el tema central de esta conferencia. Sin embargo, lo que se dijo anteriormente en relación a la labor de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado o de violencia política es siempre pertinente, porque con frecuencia quienes cometieron las atrocidades del pasado suelen ser no sólo gobiernos sino también grupos armados de oposición.

Este segundo problema importante se manifestó con evidencia y urgencia sólo en los últimos años. Como ya se dijo, a partir de los años sesenta, las organizaciones no gubernamentales que forman la columna vertebral del movimiento de derechos humanos, se desarrollaron tanto en el plano internacional como en numerosos países donde existía una situación de represión política. Durante casi veinte años, estas organizaciones, y en especial Amnesty International, se ocuparon principalmente de las violaciones de los derechos humanos que cometían los gobiernos. Estaba en manos de dichos gobiernos tanto continuar dichas prácticas como suspenderlas. Así, la demanda de que cesaran inmediatamente no sólo se basaba en normas claras y convicciones sólidas, sino que, además, los gobiernos no podían argumentar que les era imposible acatarlas. Sin embargo, las demandas dirigidas a los gobiernos posteriores, en el sentido de que cumplan la obligación positiva de hacer justicia en cuanto a los crímenes del pasado (a diferencia de la obligación negativa de abstenerse de cometerlos), tienen un carácter completamente distinto.

Desde 1974 hasta el comienzo de los años ochenta, Amnesty International y demás organizaciones de derechos humanos tuvieron que tomar posiciones frente a políticas gubernamentales sobre presuntos crímenes cometidos por gobiernos depuestos, en países como Grecia, después de la caída del gobierno militar, en 1974, Vietnam, después del triunfo del régimen de Hanoi, y Nicaragua, una vez derrocado el gobierno de Somoza, en 1979, cuando los sandinistas llevaron a juicio a miles de supuestos agentes o colaboradores del dictador caído.

En los tres casos, los nuevos gobiernos tenían el poder necesario para enjuiciar y castigar. Los gobernantes de Vietnam y Nicaragua habían ganado una victoria militar decisiva. En Grecia, el ejército acababa de sufrir una derrota en Chipre, a manos de Turquía, y

la desmoralización consiguiente le impidió lograr la cohesión necesaria para oponerse al enjuiciamiento de algunos de sus líderes (o aun, tal vez, de abrigar el verdadero deseo de hacerlo). Las organizaciones de derechos humanos tuvieron que hacer frente, no tanto a la inacción, como a la posible arbitrariedad de las medidas de justicia que se tomaban.

No obstante, luego de los cambios políticos posteriores que tuvieron lugar en los años ochenta, quedó en claro todo el conjunto de dificultades éticas, legales y políticas relacionadas con algunos de las transiciones de la dictadura a la democracia. En ciertos países, como Argentina, Uruguay y Filipinas, reconocidos por sus abusos contra los derechos humanos, un gobierno elegido por votación popular vino a reemplazar el anterior régimen dictatorial. A estos cambios pronto siguieron otros y, por último, el precipitoso proceso de liberalización política que hemos presenciado en los últimos años en Europa Oriental y en muchas regiones del mundo. La atención de las organizaciones de derechos humanos comenzó entonces a concentrarse, no sólo en la posibilidad de juicios injustos o de castigos arbitrarios por acusaciones de crímenes cometidos en el pasado, sino en la efectiva probabilidad de la impunidad.

El ejemplo más connotado, al comienzo y a mediados de los años ochenta, fue el muy difundido caso de Argentina. El gobierno de Alfonsín, que llegó al poder en 1983, sometió a juicio a los jefes de las juntas militares anteriores. También publicó un informe titulado “Nunca Más”, obra de una comisión presidencial nombrada para investigar miles de casos de desapariciones políticas durante el período de gobierno militar. Tal como ocurrió en Grecia, las fuerzas armadas argentinas habían sido humilladas fuera del territorio continental por una potencia extranjera. Esto facilitó el proceso de enjuiciar a sus principales jefes, pero, a medida que el ejército recobraba su cohesión y determinación, resultaba más difícil hacer justicia por las violaciones de los derechos humanos en el pasado. Más tarde, bajo fuerte presión militar, el gobierno de Alfonsín juzgó necesario echar pie atrás y adoptar medidas de indulgencia. Este proceder debilitó su postura inicial, fundada firmemente en convicciones éticas, y socavó la autoridad de su gobierno. Si bien no cabe duda que el Presidente Alfonsín actuó con las mejores intenciones y que su política exhibe ciertos logros notables, el resultado indica que se jugó por una posición que al final no pudo sostener.

En la época del proceso argentino, la visión de la mayoría de las organizaciones de derechos humanos y de los observadores internacionales se vio influenciada, en gran medida, por el legado ético y jurídico que dejó el caso señero de nuestra época: los juicios de Núremberg y Tokio, así como las medidas punitivas que adoptaron algunos países europeos contra los criminales de guerra. En consecuencia, destacaron el deber que impone la conciencia de la humanidad y diversas normas de Derecho Internacional, en el sentido de llevar a juicio y castigar ciertos crímenes, y la necesidad de tales medidas para conservar la memoria colectiva y establecer un disuasivo eficaz. La aplicación de dicha política a criminales de guerra, aun varias décadas después de terminada la Segunda Guerra Mundial, contribuyó aún más, a grabar ese modelo en la conciencia de la opinión pública internacional.

En consecuencia, al seguir los acontecimientos en Argentina, las organizaciones de derechos humanos aplaudieron los juicios y lamentaron la indulgencia posterior. Con base en un modelo ético diferente, la esencia de la crítica podría haber sido la misma, pero el punto medular es que el modelo en sí no fue el más apropiado.

De hecho, los criminales de guerra enjuiciados después de la Segunda Guerra Mundial habían perdido no sólo el poder político sino también sus armas. Su derrota fue absoluta y los vencedores no tuvieron que lidiar con cuestiones de correlación de fuerzas. Más bien, tuvieron que dejarse guiar por su propio sentido de justicia y por consideraciones relativas a los efectos que tendrían sus políticas a largo plazo.

En Argentina, tal como sucedió años antes en Grecia, quienes cometieron las atrocidades pasadas no perdieron el monopolio de las armas dentro del país. La humillación militar fue el factor principal que los debilitó y permitió, en alguna medida, el castigo, pero las limitaciones de éste se dejaron ver muy pronto.

¿Qué se podía esperar entonces de países en los que las restricciones políticas eran aún mayores? Por ejemplo, ¿en aquellos casos en que el gobierno goza de legitimidad por haber sido elegido democráticamente, pero en que las fuerzas armadas siguen constituyendo una fuerza cohesionada con control sobre las armas? ¿O cuando los gobernantes del pasado o el partido que representaron, todavía disfrutaban de apoyo político importante entre algunos sectores de la ciudadanía? ¿O cuando ha ocurrido un cambio de gobierno en el marco de una paz o tregua negociada después de una enconada guerra civil, en la que ambos bandos cometieron muchas atrocidades y ninguna de las fuerzas combatientes resultó victoriosa?

Estas interrogantes surgieron en torno a muchos de los casos de transición política que tuvieron lugar en la época de los juicios argentinos o poco después. En Brasil, Uruguay, Guatemala o Filipinas; en Polonia, Hungría o Checoslovaquia; y, más recientemente, en Chile, Nicaragua y El Salvador, los responsables por crímenes del pasado todavía ostentan un grado considerable de poder político o militar, o bien se encuentran insertos inextricablemente en la malla de las instituciones estatales.

Fue así como se perfilaron con toda claridad las consecuencias de los dilemas que surgían de ciertas situaciones de transición política. Para destacar aún más lo anterior, consideremos un caso hipotético, pero ya no poco plausible, dados los recientes cambios: el caso de Sudáfrica. ¿Qué sucedería si Nelson Mandela accediera al poder político luego de un acuerdo negociado debido al cual, digamos, los blancos retuvieran importantes cuotas de control militar y policial, y cierta medida de veto político? La comunidad internacional ¿le exigiría a Mandela que su gobierno enjuicie a todos quienes participaron en el *apartheid* desde una posición de autoridad? ¿Lo haría sin considerar el poder efectivo de Mandela para cumplir con tal demanda ni las consecuencias previsibles e imprevisibles que semejante medida significaría para la paz y la estabilidad del país? Lo más probable es que no. Las políticas de ese gobierno hipotético consistirían globalmente en dar a conocer toda la verdad sobre el *apartheid*, conservar la memoria colectiva acerca del odioso pasado, buscar compensaciones para las víctimas de los peores abusos y quizás investigar algunos de los crímenes más atroces.

En situaciones ambiguas de transición, enfrentar un pasado de violaciones de los derechos humanos es un problema ético y político verdaderamente angustioso. Con todo, no hay reglas definidas sobre la forma de proceder. Los principios éticos ofrecen una orientación, pero no una respuesta definitiva. Los líderes políticos no pueden darse el lujo de dejarse llevar

sólo por sus convicciones, sin preocuparse de las limitaciones que impone la vida real, no sea que, en último término, los propios principios éticos que desean defender sufran debido a una reacción política o militar. Frente a una catástrofe causada por sus propios actos desorientados, el político no puede alegar, para justificarse, que nunca cedió en asuntos de convicción. Tal actitud sería tan presumida como inútil, y por cierto que no serviría de consuelo a las personas que deben soportar las consecuencias.

Los puristas ideológicos de todos los colores suelen proponer una variante de dicha postura: que es preferible sufrir por más tiempo bajo la tiranía, con la esperanza de un resultado político plenamente satisfactorio, que avanzar mediante acomodos no del todo limpios. Esta actitud lleva implícita la arrogante expectativa de que el futuro habrá de acomodarse a nuestros deseos y un desdén por el costo terrible de una apuesta tan temeraria. Hay que decir con firmeza, sin embargo, que los políticos tampoco podrían invocar la necesidad de mostrarse prudente, con el fin de embellecer lo que es pura contemporización y negligencia. Si no se les exorciza en la mayor medida posible, los fantasmas del pasado seguirán rondando a la nación en el futuro. Los líderes políticos deben tratar de actuar de la mejor manera posible. Sólo en casos extremos, si quedare en claro que las restricciones son tan drásticas que las acciones del nuevo gobierno no tienen otro efecto que otorgar un barniz de legitimidad para una situación en que en realidad las fuerzas del antiguo régimen continúan gobernando y abusando, la renuncia al poder podría servir mejor los principios que se persigue.

En situaciones de transición tan difíciles, el enfoque de los líderes democráticos debería, pues, basarse en aquella máxima clásica que Max Weber caracterizó en su famosa conferencia “La Política como Vocación”, dictada en 1919, en Munich; esto es, la ética de la responsabilidad contrapuesta a la ética de la convicción (este último término, *gesinnungsethisch*, ha sido traducido también como la “ética de los fines últimos”).

Por cierto, Weber aclara que una ética de convicción no significa falta de responsabilidad, así como una ética de responsabilidad no es sinónimo de falta de convicción. Más bien, destaca la diferencia fundamental que hay entre actuar de acuerdo con un precepto ético, sin preocuparse por el resultado, y actuar tomando en cuenta las consecuencias predecibles de nuestras acciones.

En su opinión, los políticos deben orientarse siempre según una ética de responsabilidad. Más aún, debemos concluir, tendrían que adherir a dicha máxima en aquellos casos cuyos riesgos para la sociedad entera son tan grandes como en los tipos de situaciones que hemos venido considerando.

Examinemos, pues, las dos consideraciones que es preciso equilibrar: los principios éticos que se debe perseguir y las oportunidades y restricciones políticas efectivas que se debe tomar en cuenta, de modo que los principios se cumplan efectivamente en la mayor medida posible.

Comenzaré por resumir brevemente los principios, luego los analizaré con más detalle cuando presente el caso de mi propio país: Chile.

No hay ninguna convención internacional ni conjunto de normas en que se pueda encontrar dichos principios. Es preciso darles forma a partir de normas internacionales ya existentes, de postulados éticos, y de meros criterios propios, tomando en cuenta todas las experiencias pertinentes.

Planteo que dichos principios deberían ser los siguientes:

(a) Una política destinada a tratar los abusos de los derechos humanos en el pasado debe tener dos objetivos generales: prevenir la repetición de tales abusos y, en la medida de lo posible, reparar el perjuicio que han causado.

(b) Para que una política sea legítima, primero, se debe adoptar con conocimiento cabal de la verdad acerca de las violaciones de los derechos humanos en el pasado. Segundo, se debe adoptar mediante mecanismos democráticos de toma de decisiones, esto es, por medio de un cuerpo de representantes elegidos democráticamente, o a través de otro mecanismo que refleje con claridad la voluntad soberana de la nación.

(c) En este marco, las naciones tienen amplia discreción para fijar el contenido de la política. Ésta puede tender al rigor o a la clemencia. Sin embargo, dicha discreción soberana tiene límites que impone el Derecho Internacional. El trato que se dé a los presuntos culpables, incluso su proceso y castigo, no puede ser tal que viole sus propios derechos. El Derecho Internacional también limita las medidas de magnanimidad, por cuanto impone el deber de someter siempre a juicio ciertos crímenes.

En cuanto a la posibilidad efectiva de poner en práctica estos principios en la vida real, los ejemplos que he dado hasta aquí ilustran diversas situaciones típicas de oportunidades y restricciones políticas. En un extremo, si los culpables han quedado completamente vencidos, por regla general, el nuevo gobierno goza de la mayor latitud para actuar; pero la experiencia indica que contar con poder ilimitado para castigar es, en sí mismo, un factor de riesgo para la justicia. En el otro extremo, si los culpables forman una fuerza unida y resuelta que goza de monopolio sobre la fuerza armada, los obstáculos que se oponen a la justicia son los más graves. No obstante, las situaciones políticas distan mucho de mantenerse estáticas y si el nuevo gobierno se atiene siempre al mejor enfoque posible, por limitantes que sean las circunstancias que debe encarar, es posible que en el camino se abran nuevas alternativas.

En la vida real, muchos otros factores se combinan para que cada situación sea singular. A continuación cito algunos ejemplos:

(a) Quienes cometieron los abusos de derechos humanos pueden haberse convencido ellos mismos y haber convencido a los demás de que dichos actos, aunque no son de desear, resultan inevitables cuando hay que impedir la subversión o una guerra civil inminente. Si bien esta justificación es, desde luego, inaceptable, puede reforzar su determinación de oponerse a juicios y castigos.

(b) La paz se obtuvo después de una prolongada guerra civil o de un conflicto armado semejante, pero ninguno de los bandos salió derrotado ni desea que sus integrantes sean sometidos a juicio.

(c) Algunos opositores del régimen dictatorial depuesto también recurrieron a la violencia, a veces contra objetivos inocentes, o violaron las reglas básicas de la conducta humana. La culpabilidad de estas personas, a causa de dichos actos de resistencia, puede servir a los partidarios del régimen anterior para presionar a favor de una amnistía general o la impunidad de los agentes de la dictadura.

(d) Divisiones étnicas, religiosas o nacionalistas conspiran contra la posibilidad de adoptar una política que sea aceptada generalmente como equitativa e imparcial.

Es en tales circunstancias tan cambiantes y complejas, que los líderes políticos deben responder al llamado a actuar con responsabilidad. Como no hay directrices preestablecidas que asienten sus actos, tienen que actuar de acuerdo a su buen criterio.

La responsabilidad también exige que se tome en cuenta los logros y fracasos de otros países que han enfrentado desafíos parecidos. Y esto nos trae a la experiencia reciente del gobierno democrático en Chile.

Cuando el Presidente Aylwin asumió el mando, en marzo de 1990, Chile fue el último, entre los países del Cono Sur gobernados por dictaduras de corte semejante, en lograr la restauración de la democracia. Dudoso privilegio que, sin embargo, dio a los políticos chilenos la oportunidad de aprender a partir del ejemplo de sus vecinos así como de los acontecimientos mundiales de fines de los años ochenta. Todavía es muy temprano para sacar conclusiones en cuanto a que se haya aprovechado dicho aprendizaje en la mejor forma posible, pero es indudable que el gobierno de Chile ha procurado guiarse por la ética de la responsabilidad, con resultados, hasta aquí, prometedores.

A diferencia de Argentina, en Chile la transición se llevó a cabo de acuerdo con reglas del juego negociadas y con unas fuerzas armadas unidas, no vencidas, que siguieron gozando de un importante, aunque minoritario, apoyo político. A pesar de dicha diferencia, el caso argentino fue muy decidor para los chilenos. En él se probó la importancia de un esfuerzo sistemático para revelar la verdad. También demostró en qué medida pierde autoridad un gobierno que despierta expectativas que no es capaz de cumplir.

La transición uruguaya se realizó en condiciones más parecidas a las de Chile, pero el gobierno del Uruguay adoptó un enfoque demasiado cauteloso que evitó no sólo los juicios por crímenes del gobierno militar, sino también una revelación oficial cabal de la verdad relativa a las violaciones pasadas. La oposición ciudadana a esta actitud desembocó en una campaña nacional de recolección de firmas. Más de 25 por ciento de los votantes inscritos firmaron. Así, la campaña logró cumplir el requisito constitucional de llamar a plebiscito para decidir mantener o derogar la ley que concedía impunidad. En último término, el voto de la mayoría estuvo a favor de conservarla. El asunto dividió a la opinión pública y concentró la atención del país durante años.

El gobierno de Aylwin adoptó la postura de que los objetivos globales de las políticas relativas a las pasadas violaciones de los derechos humanos debían ser la reparación y la prevención. Enderezar un entuerto y resolver que no se volverá a cometer es, en el fondo, la

misma filosofía en que se apoya la doctrina judeo-cristiana acerca del arrepentimiento, el perdón y la reconciliación.

Pero la penitencia, a nivel societal, se traduce en justicia criminal. No obstante, la evaluación que hizo el gobierno chileno de la situación lo condujo a concluir que había que dar prioridad a la revelación de la verdad, la que se consideró un imperativo insoslayable. No se dejaría de lado el hacer justicia, sino que se la buscaría en la medida de lo posible. Ciertas formas de justicia, distintas del procesamiento de los crímenes del pasado, como, por ejemplo, reivindicar a las víctimas e indemnizar a sus familiares, se podrían cumplir más cabalmente.

El supuesto subyacente (que yo comparto) era que si, en las condiciones de Chile, se atribuyera la misma importancia a la verdad y a la justicia, bien podría ocurrir que no se obtuviera ninguna de las dos; porque, temerosas de que las iniciativas dirigidas a establecer la verdad oficialmente fueran el primer paso hacia un enjuiciamiento de carácter general, las fuerzas armadas se habrían opuesto resueltamente a dichas iniciativas, desde un comienzo.

La verdad se veía como un valor absoluto e irrenunciable, por muchas razones. Para poder disponer medidas de reparación y prevención, hay que conocer claramente qué es lo que se debe reparar y prevenir. Más aún, la sociedad no puede tachar sin más un capítulo de su historia, no puede negar los hechos de su pasado, por diferentes que puedan ser las maneras de interpretarlos. El vacío se llenaría inevitablemente de mentiras o de versiones confusas y contradictorias. La unidad de una nación depende de una identidad compartida y ésta, a su vez, depende en gran medida de una memoria compartida. La verdad trae también cierta medida de saludable catarsis social y ayuda a impedir que el pasado se repita. Además, sacar los hechos a la luz es, en cierto modo, una forma de castigo -si bien tenue- en la medida en que provoca la censura de la sociedad contra los culpables o contra las instituciones o grupos a los cuales aquéllos pertenecían. Y aún cuando la verdad no puede de por sí hacer justicia, sí pone fin a muchas injusticias que se venían perpetuando: no devuelve la vida a los muertos, pero sí los saca del silencio; más aún, para las familias de los desaparecidos, la verdad acerca de su destino significaría, por fin, el término de una búsqueda angustiosa e interminable.

Para que la verdad logre estos propósitos, lo ideal es que se establezca con toda la solemnidad y formalidad que sea posible, y de una manera que merezca amplio reconocimiento por objetiva y rigurosa. Debe cubrir todos los hechos pertinentes que susciten dudas, discusión o incredulidad en el público, además de todos los antecedentes y circunstancias necesarios para comprender por qué y cómo esos hechos llegaron a acontecer.

Con el fin de establecer la verdad, el Presidente Aylwin nombró a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, una mesa de ocho personas pertenecientes a todo el espectro político. Fuera de garantizar amplia credibilidad, el número par de sus integrantes envió una señal que no pasó inadvertida para los observadores políticos, en el sentido de que no se tomaba ninguna precaución para asegurar un voto mayoritario en caso de que las opiniones estuvieran divididas, que el ejercicio se emprendía de buena fe y que la materia era demasiado importante para darle un tratamiento partidista. En el hecho, la Comisión presentó un informe unánime, en todas sus partes.

El mandato de la Comisión era triple. En primer lugar, describir cómo funcionaba el sistema represivo, sus antecedentes y circunstancias. Segundo, dar cuenta de cada uno de los muertos y desaparecidos. ¿Por qué estos crímenes y no los demás? Porque el gobierno militar nunca negó los casos de exilio y prisión, pero sí negó que hubiera muertos y desaparecidos. Estas últimas formas de violación de los derechos humanos eran, a la vez, las más graves. La Comisión investigó también la tortura, una práctica que el régimen militar negaba, pero la describió como un fenómeno, sin tomar decisiones acerca de las acusaciones individuales, porque hubiera sido imposible juzgar todos los reclamos de manera satisfactoria. Además, la Comisión dio cuenta de los crímenes que cometieron grupos de oposición. Si bien muchos opinan que estos crímenes no pueden ser conceptualizados como violaciones de derechos humanos, ellos son, al menos, similares en naturaleza, puesto que violan las reglas básicas del comportamiento humanitario, el cual debe ser respetado no sólo por aquellos que tienen el poder sino también por aquellos que aspiran a él. El tercer aspecto del mandato de la Comisión fue proponer medidas de reparación y prevención. Con tal fin, la Comisión recabó la opinión de gran número de organizaciones sociales, religiosas y políticas chilenas, además de recurrir a la experiencia de las organizaciones de derechos humanos, tanto en Chile como en el extranjero.

Durante nueve meses de trabajo, con un equipo de sesenta personas, la Comisión analizó más de 4.000 denuncias provenientes de todo el país, escuchó a los familiares y a incontables testigos. La documentación accesible era por lo general abundante y sólida, en especial la de la Vicaría de la Solidaridad, la organización de derechos humanos más respetada de Chile. La Comisión tuvo acceso a documentos oficiales, entre ellos informes de autopsias y transcripciones de investigaciones judiciales pasadas que, si bien, en general, no habían llegado a término, así y todo proporcionaron informaciones útiles. Además, la Comisión escuchó los testimonios de militares y carabineros retirados, y aun ex funcionarios de la policía secreta del régimen. Por intermedio de las embajadas de Chile, recibió las declaraciones juradas de testigos residentes en el exterior. En cada caso, a la rama de las fuerzas armadas o carabineros que aparecía implicada se le pidió sus observaciones. Aunque hubo respuestas a casi todas las solicitudes, fueron escasas las que traían contenido útil.

Entre todos los casos que se analizó, unos 3.000 cabían dentro del mandato de la Comisión. De este total, en 2.025 casos la Comisión declaró que se trataba de víctimas fatales de violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes del Estado; 90 fueron víctimas mortales de grupos de oposición violentos; y 164 fueron víctimas mortales de la violencia política de alguno de los dos bandos, que no fue posible caracterizar con claridad como violación de los derechos humanos. En otros 614 casos, la Comisión no pudo llegar a una conclusión definitiva, por falta de pruebas suficientes, y recomendó medidas dirigidas a proseguir las investigaciones respectivas.

En febrero de 1991, la Comisión presentó un informe de 1.800 páginas, que contenía su decisión relativa a cada uno de los casos por separado; varios capítulos de antecedentes históricos, políticos y jurídicos; y una sección pormenorizada de recomendaciones, tanto para la reparación como para la prevención. En el informe se proponía pensiones para las familias de los muertos y desaparecidos, otras medidas de asistencia y recomendaciones destinadas a conmemorar los acontecimientos y honrar a las víctimas. Además, se sugería reformas

legales, institucionales y educacionales dirigidas a destacar la promoción y protección de los derechos humanos.

En un discurso transmitido por televisión abierta, el Presidente Aylwin presentó las conclusiones de la Comisión y, en su calidad de Jefe del Estado, pidió perdón por los crímenes cometidos por sus agentes.

El informe de la Comisión se publicó en Chile y fue objeto de amplia difusión y discusión en el país. El Congreso tiene en estudio un proyecto de ley que dispone reparaciones para las familias de las víctimas y pone en vigencia muchas otras recomendaciones de la Comisión.

La controversia en torno al informe, incluyendo refutaciones públicas del general Pinochet y del Comandante en Jefe de la Armada, se centró principalmente en sus interpretaciones históricas u otras referencias contextuales. No se ha impugnado ninguna de las conclusiones del informe, en cuanto a víctimas individuales. Al contrario, en todo el espectro político se ha reconocido explícitamente que esas conclusiones constituyen la verdad.

El informe tuvo límites autoimpuestos. En él no se nombra a los culpables, pero sí se indica, en cada caso, que el victimario fue agente del Estado (o pertenecía a un grupo de oposición, según el caso); se señala la rama y la unidad respectiva de las fuerzas armadas o el grupo político responsable del crimen, pero traspasa a los tribunales de justicia todos los antecedentes precisos que adjudican responsabilidad criminal a personas determinadas. Nombrar a los culpables por intermedio de una comisión oficial nombrada por el Ejecutivo, desprovista de facultades de citación, que no llevaba adelante un juicio ni podía hacerlo, hubiera sido análogo a acusar públicamente a personas fuera del debido proceso.

La Comisión declaró estar convencida de que los desaparecidos estaban muertos, pero, por su carencia de facultades de citar a personas a comparecer ante ella, sólo en una minoría de los casos pudo proporcionar antecedentes precisos acerca de los restos mortales. La Comisión propuso que se creara un organismo que ayudara a los familiares en su búsqueda.

La política global del gobierno de Chile está sometida a otras limitaciones. Los procesamientos han quedado drásticamente impedidos debido a una Ley de Amnistía que el régimen militar aprobó en 1978, cuyo efecto es la impunidad por las violaciones de los derechos humanos cometidas entre 1973, el año del golpe de estado, y 1978. Este lapso fue el peor: la represión estaba bajo el control de la DINA, la temida policía secreta del régimen, que acostumbraba efectuar desapariciones de manera sistemática. La Corte Suprema ha sostenido la validez de esta amnistía ilegal. No obstante, un crimen importante quedó exceptuado de aquella amnistía: el asesinato del ex embajador de Chile en los Estados Unidos, Orlando Letelier, y su colega Ronni Moffitt, ciudadana estadounidense, en septiembre de 1976, en las calles de Washington D.C., por medio de la activación de una bomba colocada debajo del automóvil de Letelier. Chile se negó a extraditar a Estados Unidos al jefe de la DINA y a uno de sus subordinados, que eran requeridos por ese país para someterlos a juicio por este crimen; posteriormente, los tribunales militares chilenos siguieron una investigación superficial que duró varios años y no condujo a nada. Sin embargo, debido a las últimas reformas legales, el caso pasó a la jurisdicción de la justicia civil. Hace algunas semanas, un juez especial,

nombrado para continuar la investigación, procesó a los dos ex altos funcionarios de la policía secreta y ordenó su detención mientras se inicia el juicio.

La política del gobierno se ha ceñido a aceptar la decisión de la Corte Suprema en cuanto a la validez de la amnistía de 1978, pero insistiendo en que, no obstante esa decisión, se realicen las investigaciones judiciales correspondientes, pues, aun cuando tal vez no conduzcan a un fallo condenatorio, las investigaciones son necesarias para ayudar a determinar la suerte de las víctimas. Al mismo tiempo, el gobierno se ha abstenido de proponer nuevas medidas de amnistía por crímenes cometidos por agentes del Estado.

Algunas de las atrocidades que se perpetraron antes de 1978 y que quedaron amparadas por la ley de amnistía se pueden caracterizar como crímenes contra la humanidad o, al menos, como análogas a dicho concepto y se podría sostener que el Estado de Chile tiene el deber de someterlas a juicio. Aun cuando el gobierno civil no tenga las atribuciones legales para ello, por lo menos debe abstenerse de hacer nada que reafirme la validez de la amnistía ilegítima de 1978. Así, si en el futuro pareciere conveniente promulgar alguna medida general de perdón, aquellos actos análogos a crímenes contra la humanidad deben quedar excluidos. Aun cuando no se les pueda enjuiciar, es importante no establecer el precedente nefasto de que un gobierno democrático les concedió la amnistía oficial.

Los tribunales chilenos también están llevando a cabo la investigación de crímenes cometidos después de la fecha de vigencia de la ley de amnistía de 1978; pero, en la mayoría de los casos, es difícil obtener pruebas, por falta de cooperación de las fuerzas armadas y carabineros.

Por otra parte, las restricciones legales han impedido que el gobierno ponga en libertad a todos los opositores que están sometidos a proceso judicial o a quienes se han declarado culpables de asesinato o de otros delitos por motivos políticos, cometidos durante el régimen militar. A estos presos no se les ha seguido un juicio justo y la mayoría de ellos, cuando no todos, sufrieron torturas durante las investigaciones. Además, llevan años detenidos. El Presidente perdonó a muchos, pero sus facultades en tal sentido son limitadas. Pese a que el gobierno de Aylwin no cuenta con los votos suficientes en el Congreso para pasar leyes sin entrar en transacciones, este cuerpo legislativo aprobó normas que permitieron la libertad de muchos otros. A esta fecha, en su gran mayoría han salido de la cárcel pero, a 19 meses de la restauración de la democracia en Chile, unos ochenta siguen encarcelados.

Así, pues, de manera imperfecta, pero siempre buscando con seriedad la mejor forma viable de actuar, Chile ha procurado resolver esta difícilísima cuestión de restañar las heridas del pasado. Al mirar atrás, se hubiera podido hacer ciertas cosas de otro modo. Quizás otros podrán evitar nuestros errores. Con todo, este enfoque responsable ha producido resultados importantes y saludables.

Antes de concluir, permítaseme algunos recuerdos y reflexiones muy personales. Tuve el honor de pertenecer a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Viajé por todo Chile. Conocí cientos de casos. El contacto con tantos familiares de víctimas me convenció de la importancia capital y del poder catártico que había en procurar determinar la verdad. Fue un asunto muy personal, preguntar a los que acudían a nosotros lo que le pasó a la familia,

no solamente a la víctima. Durante años se negaron a permitir que las autoridades del gobierno anterior los vieran llorar cuando andaban en busca de sus seres queridos. Ahora se les recibía con respeto y se les ofrecía asiento y una taza de café, una bandera chilena se encontraba sobre el escritorio, como corresponde a una comisión oficial. Ante esto, en muchas ocasiones se quebraron, porque ahora podían permitirse esta medida de desahogo. El solo procedimiento de buscar la verdad fue, pues, simultáneamente y sin que al comienzo nos percatáramos de ello, un acto paciente de limpiar las heridas, una por una.

Los parientes de las víctimas se mostraron muy generosos. Muchos de ellos, desde luego, pedían justicia, pero casi nadie manifestó un deseo de venganza. En su mayoría, destacaron que, en último término, lo que de veras les importaba era conocer la verdad, saber que la memoria de su ser querido no sería denigrada ni olvidada, y que esas cosas no volvieran a suceder jamás.

Para mí, como para muchos de mis amigos y colegas del movimiento de derechos humanos en Chile, se avecina el fin de un período de dieciocho años, desde el momento en que comenzamos a organizar la defensa de los derechos humanos en el país, después del golpe de estado de septiembre de 1973, hasta las iniciativas actuales para sobreponernos a este oscuro capítulo de la historia de nuestra patria. Durante este lapso, el movimiento de los derechos humanos ha ganado fuerza. Ha habido grandes cambios en Chile y en el mundo. Hemos aprendido de ellos.

Entre las numerosas lecciones aprendidas, me referiré a una sola. Allá en los azarosos días de fines de 1973, todos mis amigos y colegas del movimiento de derechos humanos estuvieron expuestos al peligro, todos los días. Ninguno de ellos ha pretendido que estuvo dotado de valentía innata. En cambio, comprendieron que el valor no es sino otra manera de aprender a vivir con los temores propios. Ahora último, todos hemos llegado a darnos cuenta de que, en circunstancias distintas, hace falta un tipo de valor menos ostensible. Es el valor de dejar de lado la rectitud fácil, aprender a vivir con las restricciones de la vida real, pero pugnar siempre por adelantar nuestros valores más caros, día tras día, en la medida de lo posible. Sin desmayar. Con responsabilidad.

Muchas gracias.

Título original: "The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence", publicado en The Role of the Nation-State in the 21st Century. Human Rights, International Organizations and Foreign Policy. Essays in Honour of Peter Baehr, Monique Castermans-Holleman, Fried van Hoof & Jacqueline Smith (eds.), Kluwer Law International, La Haya (1998), pp. 117-134.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las Mujeres, con Particular Referencia a la Violencia*

Cecilia Medina

1. Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión), órgano adscrito tanto a la Organización de Estados Americanos (OEA) como a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, posee un amplio mandato en el campo de los derechos humanos: se le han entregado funciones de promoción y poderes de supervisión de diferentes tipos en lo referente tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales. Este extenso mandato ha sido utilizado en forma adecuada por la Comisión: ha desarrollado mecanismos para investigar las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y mecanismos para enfrentar las violaciones aisladas; ha generado criterios para evaluar el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales; y ha desempeñado, en varias ocasiones, el papel de mediador en problemas políticos importantes que tienen un fuerte componente de derechos humanos¹. No obstante, las mujeres parecen haber estado ausentes de las preocupaciones de la Comisión. Durante muchos años, específicamente desde 1960 hasta 1994, la Comisión no estimó que la difícil situación de las mujeres de la región tuviera suficiente importancia como para incluirla en sus actividades de promoción y supervisión.

Se podría argumentar que la existencia de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) relevó a la Comisión del ejercicio de sus poderes en cuanto a los derechos de la mujer, pero eso sería un grave error. En primer lugar, porque la CIM – creada para lograr el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de las mujeres en la región y cuyos poderes se ampliaron posteriormente para incluir otras áreas – tiene como objetivo el progreso de la situación de la mujer pero, a diferencia de la Comisión, carece de poderes de supervisión. Además, porque la CIM es un organismo intergubernamental, mientras que la Comisión está compuesta de expertos, y un organismo que opera sobre la base de integrantes que actúan en

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands.

¹ Un análisis integral de las facultades y actividades de la Comisión aparece en C. Medina, *The Battle of Human Rights. Gross, systematic violations and the Inter-American system*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, en particular en los Capítulos IV y VI.

su capacidad individual tiene una ventaja considerable en relación con otro compuesto por miembros que representan a sus respectivos países.

Recientemente, los esfuerzos realizados por las mujeres y por las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos se han concentrado en abordar el problema de la violencia física y psicológica contra las mujeres, distinguiéndola en principio de otras formas que se utilizan para mantener la subordinación de las mujeres, porque estiman correctamente que esta forma de violación de los derechos humanos de las mujeres es la más grave². Sin embargo, la violencia es la culminación, la manifestación más severa de la situación de subordinación en la cual se encuentran las mujeres. Se ejerce en contra de las mujeres porque son consideradas inferiores a los hombres y, efectivamente, están colocadas en una situación de subordinación. En verdad, la vida de la mujer transcurre en medio de la violencia, si se usa el término de manera amplia. A menudo, durante una parte importante de su vida las mujeres deben desempeñar labores que no desean hacer, debido a que son objeto de diferentes formas de agresión, o de una violencia sutil y a veces no tan sutil. Parece evidente, en consecuencia, que para poder abordar eficazmente la violencia ejercida contra las mujeres es vital enfrentar el problema de la situación general de las mujeres en la sociedad.

Prueba de la situación en que se encuentran las mujeres es la reacción de la sociedad ante la violencia física y psicológica propiamente tales. La violencia grave, y sobre todo la violencia física en general, no solamente la que va dirigida contra las mujeres, es un problema serio en el continente americano. Las estadísticas indican, por ejemplo, que en 1993 murieron cada día 1.250 personas a causa de la violencia en América Latina y las islas del Caribe³. Los gobiernos, los órganos legislativos, la comunidad en general, se preocupan enormemente por esta situación y estudian formas de enfrentar el problema ya que la violencia en general es repudiada claramente por la sociedad. Por el contrario, la violencia ejercida en contra de las mujeres no causa la misma preocupación. A menudo se la explica como una cuestión cultural e incluso es, a veces, aceptada. Sólo recientemente han comenzado los organismos internacionales a reaccionar frente al problema. Los mismos Estados, si bien están enfrentando la violencia física y psicológica al promulgar leyes específicas para encarar el problema, no han dado el primer paso para investigar a fondo el fenómeno a nivel nacional y se muestran muy reacios a realizar esfuerzos para modificar la cultura y así poner a las mujeres en una posición de mayor poder frente a los hombres, que es lo que las mujeres necesitan para poder liberarse de la violencia o por lo menos para reducir su intensidad.

Las personas subordinadas son candidatos de primer nivel para el maltrato y no es dable esperar que se encuentre una fórmula para erradicar la tendencia que muchos tienen de aprovecharse de los más débiles. En mi opinión, una forma importante de proteger a los débiles es fortaleciéndolos. Desde el punto de vista legal, uno es más fuerte cuando tiene la posibilidad de tener derechos y cuando existe una red de protección confiable que comienza a operar plenamente en cuanto esos derechos se violan. Por otra parte, desde un punto de vista

² El Artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Violencia contra la Mujer establece que "...debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

³ OPS, OMS, *Sociedad, Violencia y Salud*, Memorias de Conferencia Interamericana sobre Sociedad, Violencia y Salud, noviembre de 1994, Washington, 1996, p.3.

fáctico, la fuerza está vinculada a las percepciones y éstas están vinculadas a la cultura. Lograr que un sector de la población sea más fuerte implica hacer un esfuerzo por cambiar la percepción de la gente en general respecto de ese sector como también cambiar la percepción que el grupo en sí tiene respecto de sí mismo. Ambas tareas, la legal y la factual, son necesarias para lograr un cambio a favor de las mujeres que podría tener por resultado una disminución del nivel de violencia que ellas enfrentan, y es en relación con estas tareas que se debe evaluar a la Comisión. El desempeño de la Comisión se medirá no sólo con los parámetros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴ sino también con los del tratado interamericano específico que aborda el tema de la violencia, a saber, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (la Convención sobre Violencia contra la Mujer)⁵.

La percepción que actualmente tienen las mujeres del sistema es que lo que se ha hecho hasta ahora en cuanto a investigación y acción ha sido realizado principalmente por ellas mismas o ha sido motivado por el impulso que ellas le han dado. Efectivamente, las mujeres han logrado que se incluya el asunto en el temario; ha llegado ahora el momento de que los Estados y los órganos interestatales sigan el ejemplo y actúen.

2. El Grado de Violencia en Contra de las Mujeres en América Latina y la Respuesta de los Estados

De las múltiples formas que puede tomar la violencia contra las mujeres, haré una breve descripción, usando tres ejemplos, de las formas más severas de violencia que ocurren en algunos países de la región, los asesinatos y las torturas perpetrados por agentes del Estado o por particulares dentro del hogar, y de la forma en que las autoridades han reaccionado ante estos hechos.

La violencia documentada en contra de las mujeres, ejecutada por agentes del Estado, aparece en el informe de la Comisión de 1995 sobre Haití. El informe señala que mujeres de diferentes edades y condiciones, desde embarazadas hasta niñas de cinco años de edad, fueron víctimas de violencia sexual, particularmente después de 1993 y luego del fracaso de los Acuerdos de Governors Island. Era frecuente que se perpetraran violaciones en presencia de niños o de otros integrantes de la familia; a veces se obligaba a las mujeres a presenciar la violación o asesinato de una hija u otro miembro de la familia antes de ser violadas ellas mismas. Un caso informaba de un joven de 15 años que fue obligado a violar a su propia madre. También se golpeaba a las mujeres en el pecho y el abdomen, con el fin de provocar

⁴ La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. La Convención entró en vigencia el 18 de julio de 1978. A partir de abril de 1998, la Convención cuenta con 25 Estados Miembros. Trinidad y Tobago notificó su retiro de acuerdo con el Artículo 78 de la Convención Americana y dejará de ser Parte a contar de un año luego de dicha notificación.

⁵ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer fue suscrita durante la VI Asamblea Extraordinaria de Delegados a la Comisión Interamericana de Mujeres, el 19 de abril de 1994. El texto aparece en OEA/Ser.P, AG/doc. 3090/94, 10 de mayo de 1994. A partir de abril de 1998 cuenta con 27 Estados Miembros.

un aborto o eliminar sus posibilidades de procreación⁶. ¿Cómo reaccionaron las autoridades frente a esta situación? Aparte del hecho de que la vergüenza de las víctimas de la violación u otros abusos sexuales impedía a las mujeres realizar las denuncias respectivas,⁷ el informe de la Comisión del año 1995 da cuenta de que las mujeres haitianas rara vez denunciaban las violaciones u otras formas de tortura porque, muy a menudo, los actores y los investigadores del caso eran los mismos. En los excepcionales casos en que las mujeres denunciaban las violaciones cometidas por el Ejército o sus colaboradores, las autoridades las amenazaban con tomar represalias o sencillamente hacían caso omiso de la queja.

Otro ejemplo de violencia documentada a manos de agentes del Estado aparece en un informe de Human Rights Watch sobre Perú⁹. El informe señala que “[s]oldados del gobierno han usado la violación como herramienta para castigar, intimidar, coaccionar, humillar y degradar”, y que

“[a] pesar del grado de generalización del abuso, muy pocos policías, y un número aún menor de integrantes de las fuerzas de seguridad, han sido procesados, aun cuando los casos fueron denunciados a las autoridades pertinentes. Por el contrario, las pruebas demuestran que la policía y el ejército protegen activamente a los violadores de sus filas y a veces siguen ascendéndolos, condonando sus crímenes en forma implícita”¹⁰.

Aunque parezca increíble que personal militar cometa violaciones “como parte de su deber” - ciertamente no es posible sostener que es un arma legítima en una guerra - la legislación de emergencia en el Perú le atribuye jurisdicción a los tribunales militares para este tipo de casos sobre la base de que forman parte de la realización de las funciones de los militares. En un caso sobre una masacre de civiles en el Perú, por ejemplo, el tribunal militar solamente sentenció a uno de los participantes involucrados en la violación y asesinato de mujeres y el cargo fue de “abuso de autoridad con desobediencia”¹¹. Las autoridades militares justifican estas acciones sobre la base de que:

“[e]stos muchachos están lejos de sus familias y sufren grandes tensiones debido a la naturaleza del combate (...) [y que] muchas de las mujeres que denuncian violaciones son subversivas que intentan dañar la imagen de las Fuerzas Armadas”.

Human Rights Watch informa que, de acuerdo con la información que ellos tienen, desde 1990 no se ha sancionado a ningún policía por violación¹².

⁶ *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití*, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc 10. rev., 9 de febrero de 1995, pp. 39-40.

⁷ *Ibidem*, p. 41.

⁹ Human Rights Watch, *The Human Rights Watch Global Report on Women's Human Rights* [Informe Global de HRW sobre Derechos Humanos de las Mujeres], Human Rights Watch, Nueva York, agosto de 1995.

¹⁰ *Ibidem*, p. 74.

¹¹ *Ibidem*, p. 80.

¹² Entrevista al General E.P. Petronio Fernández Dávila, Subsecretario de Derechos Humanos y Pacificación del Ministerio de Defensa, realizada por Human Rights Watch y reproducida en *Ibidem*, p. 75.

Un tercer ejemplo documentado de violencia contra mujeres, esta vez a manos de particulares, aparece en el informe de la misión a Brasil de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer¹³. Las cifras hablan por sí solas: de las víctimas de violencia física, el 88,8% eran dueñas de casa; la mayoría de las agresiones habían ocurrido en el hogar, particularmente aquellas dirigidas contra mujeres casadas de entre 18 a 29 años de edad¹⁴. Otra fuente proporcionó a la Relatora información señalando que se registraban a diario 336 casos de violencia en contra de las mujeres en Sao Paulo y que la mayoría eran cometidos por sus propios parientes o amigos¹⁵; que en 1995 se habían registrado 130.000 casos de violencia en contra de mujeres, y que se habían denunciado 50.000 casos entre enero y marzo de 1996¹⁶. Por último, una investigación de un académico había demostrado que, en Brasil, cada cuatro minutos una mujer es golpeada por un hombre¹⁷. A partir de sus entrevistas, la Relatora Especial tuvo la convicción de que las estadísticas existentes solamente revelaban la punta del iceberg¹⁸.

Las autoridades brasileñas parecieran estar preocupadas por el problema. Se han establecido delegaciones de policía especializadas en atención a la mujer (delegacia especializada de atendimento à mulher, o DEAM) en varias partes del país y se ha creado un Consejo de Estado para los Derechos de la Mujer, con particular énfasis en la violencia doméstica. El poder legislativo brasileño aprobó una asignación presupuestaria específica para este Consejo y se estableció una Comisión Parlamentaria de Investigación para examinar la cuestión de la violencia en contra la mujer. No obstante, la magnitud del problema demuestra que Brasil no está tomando todavía medidas suficientes. La carencia de recursos económicos, el sistema judicial y las reglas de procedimiento, así como la conducta de la policía, parecen ser los causantes de parte del problema. El informe de la Relatora Especial comienza con tres conmovedores casos de violencia y abuso que producen una sensación de impotencia e indignación en cuanto a la forma en que el sistema legal y la policía en particular reaccionaron ante ellos¹⁹. El poder judicial no funciona mucho mejor: según la opinión de un experto incluida en el informe, “sólo el 2% de los autores de violencia contra la mujer son efectivamente condenados y las sentencias en casos de violencia en el hogar suelen ser inferiores a un año”. El informe señala, asimismo, que “los miembros de la judicatura no juzgan un comportamiento delictivo, sino la función social que desempeñan tanto el autor como la víctima” de modo tal que si se presenta a una mujer como a “una buena ama de casa, sumisa y sexualmente inactiva”, las posibilidades de que su agresor sea condenado son mayores²⁰.

¹³ *Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, con inclusión de sus Causas y Consecuencias*, Sra. Radhika Coomaraswamy, Informe sobre la misión de la Relatora Especial al Brasil, sobre la cuestión de la violencia en el hogar] (en adelante Informe de la Relatora Especial sobre Brasil), 15-26 de julio de 1996, E/CN.4/1997/47/Add.2, 21 de enero de 1997.

¹⁴ Estos datos fueron tomados por la Relatora Especial de la Comisión Parlamentaria de Investigación: Informe Nacional a la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer [Relatório geral sobre a mulher na sociedade brasileira]. Véase el Informe sobre Brasil de la Relatora Especial, *op. cit.*, (Nota N° 12), párrafo 18.

¹⁵ *Ibidem*, párrafo 19.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 20.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, párrafo 22.

¹⁹ *Ibidem*, párrafos 7-17.

²⁰ *Ibidem*, párrafo 75.

La situación objetiva no es mucho mejor en otros países²¹. Sin embargo, los Estados finalmente están reaccionando ante el problema y se han promulgado leyes especiales para hacer frente a la violencia intrafamiliar (y en consecuencia no solamente a la violencia dirigida contra las mujeres) por lo menos en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Puerto Rico y Uruguay. Las leyes son demasiado nuevas todavía como para que se las pueda evaluar pero, en general, sus inicios han sido difíciles. Los principales problemas parecieran tener relación con la falta de recursos necesarios para el personal y la infraestructura; la falta de capacitación en temas de género del personal que ya está trabajando en su puesta en práctica; y el hecho de que las leyes tienden a proteger a la familia como una unidad y no a la víctima de la violencia misma²².

En cuanto a la situación puramente legal, también es necesario tomar en cuenta que, en América Latina, los tratados ratificados automáticamente se convierten en parte del orden legal interno y por lo tanto, la Convención sobre Violencia contra la Mujer forma parte de dicho orden legal en la mayoría de los países de la región; en consecuencia, los tribunales nacionales pueden aplicar las disposiciones de la Convención cada vez que sean autoejecutables.

3. La Comisión, Normas Generales de Derechos Humanos y la Difícil Situación de las Mujeres

3.1. Introducción

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos está consciente de la necesidad de actuar en vista de la situación *de jure* y *de facto* de las mujeres. En la esfera de lo legal, el principio básico en el cual se basa la idea de los derechos humanos, establecido en todos los instrumentos de derechos humanos de naturaleza general²³, es el de la no discriminación, que

²¹ Véase, por ejemplo, Centro de Apoyo Aquelarre, *La violencia contra las mujeres en la República Dominicana*, Dinnys, Luciano Ferdinand, Santo Domingo, 1996; G. León (Directora de Investigación) *Del Encubrimiento a la Impunidad, Diagnóstico sobre Violencia de Género*, CEIME Ediciones, Ecuador, 1995; M. Ellsberg *et al*, *Confites en el Infierno, Prevalencia y Características de la Violencia Conyugal hacia las Mujeres en Nicaragua*, Asociación de Mujeres Profesionales por la Democracia en el Desarrollo, Unan-Leon y Universidad de Umea (publicado en inglés bajo el título *The Reality of Battered Women in Nicaragua*); Profamilia, *Violencia y los derechos humanos de la mujer*, Bogotá, 1992; Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe, *El Derecho a Vivir sin Violencia, Propuestas de Mujeres y Acciones*, Colección de Salud de Mujeres/1, Santiago, 1996. Un cuadro del predominio del abuso en contra de las esposas en países seleccionados, entre los cuales se incluyen varios países americanos aparece en L.H. Heise, junto con J. Pitanguy y A. Germain, *Violence against Women. The Hidden Health Burden [Violencia contra las mujeres. La carga oculta de salud]*, 225 World Bank Discussion Papers, Banco Mundial, Washington, D.C., sin fecha, pp. 6-9.

²² Véase comentarios sobre algunas de las leyes en A. Dávila (Ed.) *Legislación Andina y Violencia contra la Mujer*. Vicepresidencia de la República, Ministerio de Desarrollo Humano, La Paz, 1996; *Boletín*, Red Feminista Latinoamericana contra la Violencia Doméstica y Sexual, ISIS Internacional N° 14 (diciembre de 1996) y N° 15 (marzo de 1997); y R.P. Sewall, A. Vasan y M.A. Schuler (Eds.) *State Responses to Domestic Violence [Respuestas del Estado ante la Violencia Doméstica]*, The Institute for Women, Law and Development, 1996.

²³ Carta de las Naciones Unidas, Artículos 1(3), 13, 55 y 76; Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 1; Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Artículo 2(1); Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 2(2); Convención Europea para la Protección de los

prohíbe cualquier distinción en cuanto al disfrute del ejercicio de los derechos humanos basada, *inter alia*, en el género. Sin embargo, quienes redactaron los documentos principales de derechos humanos²⁴ quisieron asegurarse y establecieron explícitamente que el principio de no discriminación implicaba que los hombres y las mujeres merecían el mismo tipo de trato²⁵. Con esto, los redactores reconocían que preveían dificultades en la implementación de los derechos humanos para las mujeres y advertían al mundo que estimaban el problema de importancia suficiente como para recalcar el hecho de que las mujeres también eran seres humanos, por redundante que esto fuera.

La fijación de normas en el sistema interamericano no consideró la situación de las mujeres de manera tan explícita como se hizo a nivel universal²⁶. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (que presagiaba la discriminación en su solo título)²⁷ no incluía un lenguaje específico que pudiera contribuir a la lucha para superar la discriminación existente. No obstante esto, la Declaración reconoció los derechos como pertenecientes “a todas las personas” y estableció el derecho a la igualdad ante la ley sin distinción en cuanto al sexo²⁸.

Mediante la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1959²⁹ y la aprobación del Estatuto de la Comisión³⁰ por parte del Consejo de la OEA, la Declaración Americana se convirtió en la norma para medir la conducta de los Estados pertenecientes a la OEA frente a las personas que estaban bajo su jurisdicción. La aprobación y entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue más allá al establecer un conjunto jurídicamente vinculante de derechos y deberes humanos para que los Estados Partes se comprometieran a

Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Artículo 14; Carta Africana de Derechos Humanos, Artículo 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 1(1).

²⁴ Me refiero al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos aprobados mediante la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1966. El primer Pacto entró en vigencia el 23 de marzo de 1976 mientras que el segundo comenzó a regir el 3 de enero del mismo año.

²⁵ El Artículo 3 de ambos Pactos establece que los Estados Partes de los Pactos asumen la obligación de garantizar la igualdad de los hombres y las mujeres en cuanto a gozar de los mismos derechos establecidos en los Pactos.

²⁶ Cabe destacar que se creó una Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) en 1928 al interior de la Unión Panamericana, lo cual muestra una preocupación notable respecto de la situación de la mujer en esa época. Sin embargo, los poderes otorgados a la CIM le impidieron llevar a cabo cabalmente su misión, de modo que para el logro de sus objetivos dependía y sigue dependiendo de los órganos políticos de la OEA, en la cual el trabajo de la CIM no ha logrado atraer la atención que merece, hecho que queda demostrado por el tipo de discusión que habitualmente tiene lugar cuando se presenta para discusión el Informe Anual de la CIM en las sesiones de la Asamblea General de la OEA.

²⁷ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en 1948 en la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos, en Bogotá, Colombia, bajo la Resolución XXX de dicha Conferencia. El texto aparece bajo OEA, *Documentos Básicos en el Campo de los Derechos Humanos* (actualizado a mayo de 1996), OEA/Ser. L.V/II.92, Doc. 31 rev 3, 3 de mayo de 1996, original: español.

²⁸ Declaración Americana, Artículo II.

²⁹ La Comisión Interamericana fue creada por medio de la Resolución VIII de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (organismo de la Organización de Estados Americanos), aprobada en Santiago, Chile, en agosto de 1959.

³⁰ El Estatuto de la Comisión fue aprobado el 15 de mayo de 1960.

“respetar los derechos y libertades reconocidos [en la Convención] y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de (...) sexo...”³¹.

El catálogo de la Convención incluye derechos para las mujeres tan importantes como el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la personalidad jurídica. Además, formula todos los derechos en forma neutral, reconociéndolos para “todos” o para “cada persona”. En su Artículo 17, acerca de los derechos de la familia, recalca que los Estados deben respetar el principio de no discriminación al establecer las condiciones para contraer matrimonio y constituir una familia y obliga a los Estados a “tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”. Por último, el Artículo 24 establece el derecho de igualdad ante la ley.

3.2. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Como se señaló anteriormente, la Comisión cuenta con un amplio mandato en el campo de los derechos humanos, el que se ejerce principalmente por medio de dos mecanismos: el análisis de la situación general de los derechos humanos en un país, que se lleva a cabo realizando un informe sobre el país o mediante la inclusión de una sección especial en sus informes anuales, y el examen de casos específicos de violaciones a los derechos humanos, los cuales generalmente son iniciados por una víctima o por una persona o grupo en representación de la víctima como demandas individuales.

3.2.1. *Informes*

Desde sus inicios, la Comisión ha tenido la facultad de formular recomendaciones a los Estados en cuanto a la adopción de medidas progresivas a favor de los derechos humanos y de preparar aquellos estudios o informes que considere recomendables en el desempeño de sus deberes³². Haciendo uso de estas facultades, la Comisión ha preparado más de 40 “informes de países”³³ y ha supervisado la situación de la mayoría de los Estados de la OEA en sus informes anuales³⁴. Sin embargo, los derechos humanos de las mujeres, hasta fechas muy recientes, no han estado dentro del ámbito de los esfuerzos de la Comisión. Jamás en informe alguno incluyó la Comisión como una de sus preocupaciones la discriminación descarada contra las mujeres existente en todos y cada uno de los Estados Miembros de la OEA y ni una

³¹ Convención Americana, Artículo I.

³² Estatuto de la Comisión de 1960, Artículo 9, letras (b) y (c). El texto de dicho Estatuto aparece en CIDH, Documentos Básicos, OEA/Ser.L/V/II.3, 1 de diciembre de 1960.

³³ La Comisión ha preparado varios “informes de países” sobre Chile (4), Cuba (7), Guatemala (5) y Haití (7) además de informes sobre Argentina, Bolivia, Colombia, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay. En lo referente a informes sobre países, véase C. Medina, “The Role of Country Reports in the Inter-American System of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 15, N° 4, pp. 457-473.

³⁴ Véase, por ejemplo, la Sección IV del Informe Anual de 1978. OEA/Ser.L/V/II.47, Doc. 13 rev. 1, 29 de junio de 1979; el capítulo IV del Informe Anual de 1993 OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev. 11 de febrero de 1994; y el capítulo V del Informe Anual de 1996 OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev. 1, 14 de marzo de 1997.

sola vez realizó investigaciones de las evidentes violaciones de los derechos humanos establecidos ya sea en la Convención o en la Declaración, las que permanecieron impunes y sin reparación en dichos Estados cuando se daba el caso que las víctimas eran mujeres. Esto, a pesar de que muchas de las violaciones eran masivas y sistemáticas³⁵ y que muchas de ellas estaban firmemente establecidas en las leyes mismas³⁶.

En 1993, por primera vez, la Comisión se ocupó de la situación de las mujeres de la región, no por su propia iniciativa sino en cumplimiento de una recomendación de la Asamblea General de la OEA acerca del “Fortalecimiento de la OEA en materia de derechos humanos”³⁷. El tema fue abordado en una sección del informe anual³⁸ preparada, según la Comisión, sobre la base de

“la información suministrada por los Estados Miembros de la OEA, de conformidad con la solicitud que se les formuló (...) y con material de consulta e informes presentados por los Gobiernos a diversos foros de protección de los derechos humanos, especialmente a la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) ...”³⁹.

En esa época, solamente siete Estados respondieron a la solicitud de la Comisión y la información que proporcionaron demostraba una clara discriminación en contra de las mujeres en todos los campos. La Comisión llegó a la conclusión que “aún existe desigualdad en lo que al *goce* de sus derechos se refiere” (énfasis agregado; CM) y recomendó a los Estados una serie de medidas para superar el problema, entre las cuales se contaba, por ejemplo:

“promocionar la creación de leyes especiales que le garanticen a la mujer la igualdad de derechos en cuanto al orden laboral, comercial y civil — herencia, matrimonio, divorcio, nacionalidad, patria potestad de los hijos ...”⁴⁰.

Esta recomendación específica sugiere que la Comisión estaba consciente de que la desigualdad era mayor que la mera discriminación de hecho, ya que existía en el otorgamiento o reconocimiento mismo de los derechos por el ordenamiento legal y, sin embargo, jamás se había pronunciado al respecto desde 1960 hasta la fecha del Informe Anual en cuestión.

Como se señaló en el Informe Anual de 1994, la Comisión decidió establecer en su 85o Período de Sesiones un grupo de trabajo para preparar un informe sobre la compatibilidad de la legislación nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el tema de

³⁵ Considérese que tan solo en Brasil (hasta hace poco) la defensa del honor del esposo podía eliminar la responsabilidad criminal por asesinar a una esposa adúltera. Véase Americas Watch, *Criminal Injustice. Violence against Women in Brazil*. [Injusticia Criminal. Violencia contra las mujeres en Brasil.] Americas Watch, Nueva York, 1991.

³⁶ Disposiciones que establecían la capacidad legal reducida de la mujer casada y la existencia del poder del marido sobre la propiedad y la persona de la esposa (potestad marital) eran hechos comunes en todos los Códigos Civiles de América Latina.

³⁷ AG/RES. 1112 (XXI-0/91).

³⁸ Véase *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993*, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14, corr I, 12 de marzo de 1993, capítulo V, sección V.

³⁹ *Ibidem*, p. 252.

⁴⁰ *Ibidem*, pp 262 y 263.

las mujeres y, en particular, sobre la discriminación *de jure* en contra de las mujeres⁴¹, para lo cual nombró un Relator Especial sobre la Mujer, quien sería el encargado de dirigir el estudio⁴². En el mismo informe, la Comisión analizó también las decisiones tomadas por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Plan de Acción aprobado durante la Cumbre de las Américas, entre las cuales se encuentra la decisión de promover

“políticas para garantizar que las mujeres disfruten plena e igualmente de los derechos jurídicos en sus familias y sociedades, y para garantizar la eliminación de restricciones a su plena participación como votantes, candidatas y funcionarias por elección o por nombramiento”⁴³.

Esta decisión constituyó un incentivo significativo para que la Comisión incrementara sus actividades en lo referente a los derechos humanos de las mujeres.

En el Informe Anual de 1995 se incluyó un informe de avance en el cual la Comisión explica que en mayo de 1995 se realizó una Reunión de Expertos para brindarle asesoría al Relator Especial en la preparación y distribución de un cuestionario que le permitiera recopilar información sobre las leyes nacionales y las prácticas en el área de los derechos humanos de las mujeres⁴⁴. Se incluyó otro informe de avance en el Informe Anual de 1996: durante el período correspondiente al informe, se realizó una nueva Reunión de Expertos y se completó el cuestionario, el cual fue distribuido a los Estados Miembros de la OEA. Once Estados ya habían respondido el cuestionario y la Comisión había decidido enviarlo también a las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales⁴⁵.

Resulta sorprendente que la acción emprendida por la Comisión en 1995 haya sido tan dilatoria, particularmente porque la Comisión ha actuado en forma tan concreta y rápida en el caso de otras violaciones a los derechos humanos. Y se requiere para esto acción concreta y rápida de la Comisión, particularmente porque ella es el único órgano interamericano que cuenta con facultades para supervisar la conducta de los Estados Miembros de la OEA. Podría pensarse que un plan que hubiera dejado a cargo de la Comisión Interamericana de Mujeres el llevar a cabo la investigación y los estudios y dejara en manos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la fiscalización, habría sido más fructífero. Al fin y al cabo, la división del trabajo es un procedimiento bastante útil y conocido para enfrentar eficazmente los problemas. Habría sido también más eficaz que la Comisión hubiera comenzado por incluir en todos los informes de países (o en los informes anuales si se examina la situación de los Estados específicos) una sección sobre la discriminación contra las mujeres basada en la documentación presentada por la Comisión de Mujeres. Por otra parte, aun cuando la colaboración entre ambas Comisiones no pudiera funcionar de inmediato, investigar la discriminación legal es un asunto relativamente simple y no pareciera requerir de un grupo de

⁴¹ Véase el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994*, OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, p. 11.

⁴² Véase el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995*, OEA/Ser.L/V/II.91, doc. 7 rev., 28 de febrero de 1996, p. 237.

⁴³ Informe Anual de 1994, *op. cit.*, (Nota N° 40), p. 231.

⁴⁴ Véase Informe Anual de 1995, *op. cit.*, (Nota N° 41).

⁴⁵ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996*, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997, pp. 751-754.

trabajo y un cuestionario. Hay temas esenciales que son fáciles de verificar en los Códigos Civiles y Criminales, tales como la capacidad legal, el régimen de propiedad dentro del matrimonio, el divorcio, la violación, el aborto, el adulterio, que permitirían a la Comisión emitir una opinión en cuanto a la incompatibilidad de las normas legales con la Convención Americana. En cuanto a las consecuencias *de facto* de la situación de las mujeres, existen estudios de investigación de múltiples fuentes que permitirían que la Comisión documentara un caso de incumplimiento de la obligación de los Estados de “garantizar” el pleno disfrute de los derechos humanos. El camino que se escogió es, no me cabe duda, sumamente frustrante para las mujeres que estaban esperando desde el año 1960 que la Comisión se diera cuenta de sus problemas de derechos humanos, dado que el mensaje transmitido por la Comisión significaba que las mujeres debían esperar nuevamente (¿quizás por años?) para que los Estados respondieran a las preguntas de la Comisión y para que la Comisión actuara en consecuencia.

Esto no significa que las actividades diseñadas por la Comisión no son valiosas. La preparación y envío de un cuestionario señala a los Estados que la situación de los derechos humanos de las mujeres constituirá uno de los objetivos de la Comisión. Asimismo, el cuestionario, en cuya elaboración participaron las mujeres de manera importante, contiene una lista significativa de temas que, por su mera formulación, aclaran para los Estados el alcance y la envergadura de la consecuencia que tienen para las mujeres los derechos humanos tanto en la Declaración Americana como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante lo anterior, el envío del cuestionario no debiera haber sido anunciado como única reacción de la Comisión a un olvido tan largo y se podría haber preparado y enviado sin perjuicio de iniciar una fiscalización inmediata de la conducta de los Estados al respecto.

La aparente incomodidad de la Comisión de abordar las violaciones de los derechos humanos de las mujeres, que afortunadamente está desapareciendo paulatinamente, se aprecia en su declaración en el Informe Anual de 1994; allí la Comisión manifiesta su profunda preocupación por el “humillante fenómeno de las violaciones y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad contra mujeres detenidas” y anuncia que preparará informes especiales sobre aquellos Estados respecto de los cuales el número y la gravedad de las denuncias y demás información que reciba la Comisión justifique el estudio de este fenómeno. La declaración es importante, pero es notable que la Comisión aparentemente limitara la investigación no en general a las violaciones atribuibles a la responsabilidad del Estado sino *únicamente a las violaciones perpetradas por personal de las fuerzas de seguridad* y, más aún, sólo cuando la cantidad y severidad de los casos señalados en la información o en las denuncias lo hiciera aconsejable. Indudablemente, este es un requisito apropiado para un informe especial, pero no es una condición necesaria para que la Comisión ejerza sus amplios poderes.

Afortunadamente, la Comisión pareciera haber extendido la fiscalización a una mayor serie de circunstancias que lo que era dable esperar. Un análisis minucioso de las actividades realizadas por la Comisión con posterioridad al Informe Anual de 1994 muestra que existe una sección sobre la violencia contra las mujeres y el abuso sexual en un informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití bajo el título “Repercusiones de la represión”⁴⁶.

⁴⁶ Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití, *op. cit.*, (Nota N° 6), p. 39.

Allí la Comisión afirma que las violaciones perpetradas por militares o personal policial y sus colaboradores civiles, con la autorización o la tolerancia de las autoridades ilegales, constituye una violación de: (i) los Artículos 5 y 11 de la Convención Americana⁴⁷; (ii) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; (iii) la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y (iv) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁴⁸. Según la Comisión, se puede calificar como tortura tanto la violación como el intento de la misma⁴⁹ y, cuando se utiliza como un arma para producir terror en la población, como fue el caso en Haití, constituye un crimen de lesa humanidad de conformidad con el Derecho Internacional Consuetudinario⁵⁰. En lo que se refiere a las consecuencias, la Comisión reconoce que la violación puede transmitir el VIH como también producir una situación sumamente difícil para las víctimas quienes, aparte de sufrir la violación, deben enfrentar la reacción negativa de la comunidad que tiende a ver a las víctimas de la violación como seres humanos que “han perdido la honra”⁵¹.

Otro desarrollo muy reciente apunta a un cambio positivo en las actividades de la Comisión en lo que se refiere a las mujeres. Se ha publicado un informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador que contiene una sección sobre los derechos humanos de las mujeres ecuatorianas⁵². Dicho informe demuestra lo que la Comisión podría haber hecho anteriormente: utilizando información proveniente de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, del Estado mismo y de su propia investigación, la Comisión describe algunos de los problemas de las mujeres ecuatorianas en el campo de los derechos humanos, declara que la situación equivale a la violación de algunas de las disposiciones de la Convención Americana y formula recomendaciones a Ecuador, cuya puesta en práctica puede fiscalizarse posteriormente en su informe anual.

3.2.2. Demandas Individuales

En el área de las comunicaciones individuales, cabe señalar que la Comisión tiene (y ha tenido) la facultad, en virtud de sus Reglamentos, de iniciar un caso *motu proprio*⁵³ pero nunca la ha ejercido para examinar casos de violaciones de los derechos humanos de mujeres. En general, las mujeres mismas han ignorado la posibilidad de recurrir al sistema interamericano para presentar demandas por violaciones específicas o sistemáticas de sus derechos humanos y aquéllas que pueden haber sabido de la existencia del sistema quizás han sentido desconfianza acerca del resultado de este tipo de acción. Por esto, las mujeres han comenzado a hacer uso del derecho de queja ante la Comisión sólo recientemente. A su vez, ésta ha tratado algunos de estos casos de una manera que podría servir para poner fin a las reiteradas violaciones de los derechos humanos de las mujeres.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 129, p. 43.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 130, p. 43.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 134, p. 45.

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 135, p. 45.

⁵¹ *Ibidem*, párrafos 124 y 125, p. 41.

⁵² OAS/IACHR/ *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador* [Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador], OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997.

⁵³ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (aprobado por la Comisión el 8 de abril de 1980 y modificada en 1985, 1987, 1995 y el 3 de mayo de 1996), Artículo 26(2).

*El caso 10.506, X e Y contra Argentina*⁵⁴ examina la ley y la práctica en Argentina en cuanto a las revisiones vaginales que se le realizan a mujeres que visitan establecimientos penitenciarios. La Sra. X y su hija Y, una niña de 13 años, fueron sometidas a estas revisiones al visitar al esposo de la Sra. X (padre de Y), encarcelado en la Unidad N° 1 del Servicio Federal Penitenciario. Esta era una práctica común a la cual se sometía a todas las mujeres que deseaban tener contacto personal con un prisionero (y no verlo solamente a través de un vidrio). La Sra. X se quejó a la Comisión de que estas revisiones eran un menoscabo para su dignidad y la de su hija (violación del Artículo 11 de la Convención Americana); constituían una sanción denigrante aplicada a personas que no habían sido condenadas ni siquiera acusadas de delito alguno (violación del Artículo 5(3) de la misma Convención); y eran discriminatorias en contra de las mujeres (violación del Artículo 24 de dicha Convención).

La Comisión concordó con las demandantes porque, entre otros defectos, la medida “no era necesaria en una sociedad democrática”. Además, en un hecho que cabe destacar, encontró una violación al Artículo 19 de la Convención porque el Estado no había tomado en cuenta los intereses superiores de la niña al someter a una muchacha de 13 años a inspecciones vaginales. Extrañamente, no se emitió pronunciamiento alguno acerca de la posible discriminación, dado que se deduce del informe de la Comisión que solamente se sometía a mujeres a estas revisiones y no a los hombres. Lamentablemente, el caso no fue enviado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que podría haber otorgado a la opinión de la Comisión el beneficio del apoyo de una decisión judicial, podría haber permitido que la Corte desarrollara jurídicamente un punto importante sobre los derechos de las mujeres en general, y podría haber otorgado una reparación adecuada a las demandantes.

Un segundo ejemplo es el *Caso 10.970, Mejía v. Perú*,⁵⁵ en el cual la Comisión declaró que la demanda era admisible sobre la base de hechos (el secuestro del esposo de la demandante por personal militar) que ya habían sido tratados por la Comisión.⁵⁶ La nueva demanda se refería a las violaciones cometidas en contra de la demandante misma, debido a que ella había sido violada dos veces por un militar mientras se producía el secuestro. En cuanto al agotamiento de los recursos domésticos, la Comisión llegó a la conclusión de que no existían remedios que agotar en el caso de las víctimas de abusos sexuales perpetrados por los militares en vista de que las demandas en contra de ellos no eran procesadas y, si lo eran, los militares siempre eran absueltos. Este hecho, junto con otros factores, como por ejemplo la dificultad de presentar evidencia y la actitud social hacia las víctimas de violación, daba por resultado que la mayoría de los casos de violación jamás se denunciaban. Basándose en el fondo del asunto, la Comisión determinó que, de acuerdo con toda la evidencia presentada por la demandante y a partir de la información proporcionada por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura, por Human Rights Watch y por Amnistía Internacional acerca de la práctica sistemática del abuso sexual de las mujeres por parte de los militares, se podía presumir que eran verdaderos los hechos sobre los cuales basaba su caso la denunciante. Posteriormente, la Comisión analizó si estos hechos constituían una violación de los derechos

⁵⁴ Informe N° 38/96 del 16 de octubre de 1996, publicado en el Informe Anual de la Comisión de 1996, *op. cit.*, (Nota N° 44).

⁵⁵ Informe N° 5/96, publicado en el Informe Anual de la Comisión de 1995, *op. cit.*, (Nota N° 41).

⁵⁶ Véase *Caso 10.466*, aparentemente no publicado.

humanos establecidos en la Convención Americana, llegando a la conclusión de que violaban los Artículos 5 y 11 de la misma. La Comisión determinó, asimismo, que se había producido una violación del derecho internacional en general, invocando para ello los Artículos 27 y 147 de la Cuarta Convención de Ginebra, Artículos 76 y 85(4) del Protocolo I Adicional de las Convenciones de Ginebra (ambos para conflictos armados internacionales), el Artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra y el Artículo 4(2) del Protocolo II Adicional de las Convenciones para conflictos armados internos⁵⁷. Por último, la Comisión determinó que Perú había violado el Artículo 25 de la Convención Americana, leído en forma conjunta con el Artículo 8 de la misma, porque no le otorgaba un remedio efectivo a la víctima y recomendó que el Estado (i) realizara una investigación inmediata, exhaustiva e imparcial de los hechos del caso con el fin de identificar a los responsables de las acciones y castigarlos en la forma correspondiente y (ii) compensara a la Sra. Martín de Mejía por los daños. Lamentablemente, el caso no fue presentado a la Corte por la Comisión.

Un tercer caso, esta vez una acusación de discriminación, fue declarada inadmisibile por la Comisión, pero no sobre la base de la materia de la demanda sino porque la denunciante no era una víctima ni se presentaba en representación de una víctima. Luego, no ha habido hasta ahora un pronunciamiento de parte de la Comisión acerca de lo que constituye la igualdad entre hombres y mujeres⁵⁸.

4. La Comisión y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

La situación de la mujer descrita en la Sección 2 del presente artículo parece suficientemente grave como para demostrar la necesidad de que exista acción estatal e interestatal para enfrentar el problema de la violencia contra las mujeres. Como se señaló anteriormente, los Estados han comenzado a enfrentar el asunto mediante la promulgación de leyes específicas sobre la violencia contra las mujeres o sobre la violencia intrafamiliar. Por su parte, la comunidad internacional en la región ha reaccionado a través de la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

4.1. Los Derechos de la Mujer y las Obligaciones de los Estados

La Convención sobre Violencia contra la Mujer es más que un limitado conjunto de reglas para hacer frente a la violencia física y psicológica contra las mujeres, dado que sigue la lógica de este trabajo, es decir, que para enfrentar la violencia es indispensable trabajar para lograr un cambio en la cultura de la región. Prueba importante en este sentido se encuentra en la enumeración de los derechos de las mujeres. La Convención establece el derecho de las

⁵⁷ La Comisión profundizó en la aplicación al caso del Artículo 5 de la Convención Americana. En tal sentido, llegó a la conclusión de que en el caso de la Sra. Martín de Mejía, Perú ha cometido tortura, debido a que están presentes los tres elementos de la tortura: (i) se trató de un acto que causó daño y sufrimiento mental y físico a la víctima; la acción fue realizada con la intención de castigarla personalmente y de intimidarla dado que, antes de violarla se le dijo que se le estaba buscando por subversiva; (iii) el acto fue perpetrado por un agente del Estado, un miembro de las fuerzas de seguridad. En cuanto al Artículo 11, la Comisión determinó correctamente que la violación es una violación inadmisibile del derecho al respeto al honor y dignidad de la persona.

⁵⁸ Véase la decisión de inadmisibilidat relativa al *Caso 11.553, Montoya v. Costa Rica*, en el Informe Anual de la Comisión de 1996, *op. cit.*, (Nota N° 44), p. 124.

mujeres de estar libres de violencia tanto en el ámbito público como en el privado (Artículo 3), especificando que dicho derecho comprende (entre otros) el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (Artículo 6). Asimismo, la Convención reitera, en sus Artículos 4 y 5, inmediatamente después de la declaración del derecho de la mujer a tener una vida libre de violencia, otros derechos humanos, tales como el derecho a la libertad de asociación y el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas, transmitiendo la idea de que el respeto de estos derechos influye en el problema de la violencia contra las mujeres. Prueba adicional de esta posición se halla en la sección sobre los deberes de los Estados de adoptar medidas, en forma progresiva, destinadas a modificar los patrones sociales y culturales de conducta de hombres y mujeres.

Para abordar ahora el problema específico de la violencia física y psicológica, la Convención tiene un rasgo muy importante, el de señalar en detalle los derechos que están en juego en el problema de la violencia y los deberes de los Estados Partes al respecto. El Artículo 4 reitera que toda mujer tiene el derecho, *inter alia*, (i) a que se respete su vida y a que se respete su integridad física, psíquica y moral; (ii) el derecho a no ser sometida a torturas; (iii) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; (iv) el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; y (v) el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos. A su vez, el Artículo 5 reitera que toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Asimismo, la Convención adopta la posición de que la violencia ejercida contra la mujer impide y anula el ejercicio de dichos derechos, recalcando así la interdependencia de todos los derechos humanos.

Los derechos señalados en los Artículos 4 y 5 ya están incluidos en el catálogo de la Convención Americana, pero a menudo se leen sin tener conciencia del significado que tienen respecto de las mujeres. Después de la Convención, los Estados ya no tienen excusa para leerlos en forma errónea como ha sucedido con tanta frecuencia.

La Convención aclara el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en cuanto a diversos aspectos de los deberes de los Estados Partes en el área de la violencia en contra de las mujeres. El primero tiene que ver con el hecho de que a partir de ahora será más fácil para que una mujer se queje del incumplimiento del Estado en cuanto a reaccionar adecuadamente frente a un caso de violencia. Hasta la fecha, los académicos han avanzado la idea de que el incumplimiento sistemático del Estado de proteger a las mujeres de la violencia sería equivalente a una violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de Velázquez Rodríguez constituyó la principal base para esta proposición⁵⁹, que implica, naturalmente, que para poder

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de Velázquez Rodríguez*, Fallo emitido el 29 de julio de 1998, Serie C, N° 4. Véase al respecto C. Medina "Towards a more effective guarantee of the enjoyment of human rights by women in the Inter-American System" en R. Cook (Ed.), *Human Rights of Women, National and International Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994, pp. 532-571.

reclamar por la inacción del Estado frente a la violencia sufrida por una mujer, ésta tiene que demostrar que hay un patrón de omisiones. El Artículo 7 de la Convención, leído junto con el Artículo 12, sin embargo, pareciera sugerir otra posibilidad. Mediante el Artículo 7, los Estados asumen la obligación de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. A su vez, el Artículo 12 otorga a cualquier persona o grupo de personas el derecho de presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del Artículo 7 de la Convención. Esto significa que una mujer tiene derecho a presentar una queja por la forma en que su propio caso fue manejado al interior del Estado y por la falta de debida diligencia en el mismo. A pesar de que se podría llegar a esta conclusión recurriendo a las obligaciones sobre derechos humanos de los Estados en los tratados de naturaleza general, la precisión que se hace en la Convención sobre Violencia contra la Mujer sirve para aclarar la situación.

El segundo aspecto dice relación con la eliminación, por el artículo 7, de la progresividad a la que alude el Artículo 8(b) respecto de la adopción de medidas para modificar las prácticas legales o consuetudinarias; el artículo 7 establece que, cuando estas prácticas respaldan la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer, deben ser modificadas de inmediato.

En cuanto al tercer aspecto, la Convención también señala las consecuencias del deber de los Estados de garantizar los derechos de la mujer a la vida y a la integridad personal. Si bien se puede deducir de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos⁶⁰ la idea de que los Estados deben prevenir y proteger a la mujer en lo referente a estos derechos, resulta más seguro para las mujeres el disponer de una descripción detallada de lo que los Estados deben hacer, como se señala en las letras (c), (d) (f) y (g) del Artículo 7.

4.2. *El papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Una disposición importante de la Convención es el Artículo 12, que otorga a cualquier persona, grupo de personas u organización no gubernamental el derecho de presentar una denuncia o queja ante la Comisión Interamericana acerca de las violaciones de las obligaciones de los Estados señaladas en el Artículo 7⁶². Dichas denuncias deben ser tramitadas por la Comisión de conformidad con las reglas que rigen para las comunicaciones interpuestas de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos o conforme a las reglas que rigen los Estatutos y Reglamentos de la Comisión, dependiendo de si el Estado contra el cual se recurre de queja es o no es un Estado Parte de la Convención Americana. La Comisión, por lo tanto, tiene facultad para examinar un caso y emitir un informe señalando si se ha incurrido en una violación del Artículo 7; si considera que hay una violación, formulará

⁶⁰ Véase al respecto, T. Buergenthal, “To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations”, en: L. Henkin (Ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, 1981, pp. 72 y 77-78.

⁶² El Artículo 7 contiene obligaciones de aplicación inmediata para hacer frente a todos los actos que impliquen violencia física o psicológica en contra de las mujeres, de acuerdo con la definición de violencia que se establece en el Artículo 1.

las recomendaciones pertinentes al Estado para que éste dé reparación a la víctima y ponga su ordenamiento jurídico interno de acuerdo con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Cabe señalar que debido a la definición de violencia establecida en el Artículo 1, la Comisión cuenta con un amplio mandato para hacer frente a la violencia que se produce en la esfera privada cuando el Estado no la enfrenta adecuadamente.

Es lamentable que la Convención no haya señalado claramente el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a estas denuncias, con lo cual limitó la posibilidad de la Corte de pronunciarse en relación a casos que se presentan en contra de los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la aplicación de los Artículos 61 y 62 de la misma. Habría sido preferible que todos los casos iniciados en virtud de la Convención sobre Violencia contra la Mujer pudieran haber llegado a la Corte⁶³.

El Artículo 11 de la Convención sobre Violencia contra la Mujer otorga a los Estados Miembros y a la Comisión Interamericana de Mujeres el derecho de solicitar a la Corte Interamericana una opinión consultiva sobre la interpretación de la Convención. La disposición aclara el derecho, pero es necesario destacar que, independientemente de la disposición, todos los Estados y la CIM tenían ya el derecho a solicitar estas opiniones a la Corte, de acuerdo con el Artículo 64 de la Convención Americana según la interpretación dada por la Corte misma en su Opinión Consultiva N° 1⁶⁴.

La Comisión no ha recibido caso alguno hasta ahora en que se alegue la violación de esta Convención. Sería de suma importancia que las mujeres comenzaran a utilizar este derecho al tenor del Artículo 12, porque permitiría a la Comisión especificar el grado y los contenidos de los derechos en la Convención y ordenar la adopción de medidas concretas que los Estados deberían tomar en cuanto a la violencia contra la mujer. No hay que olvidar, sin embargo, que, al interpretar las obligaciones de los Estados emanadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión puede recurrir a la Convención sobre Violencia contra la Mujer incluso ante Estados que no son parte de la misma. Esta es una práctica antigua y establecida de la Comisión que recurre a todos los instrumentos internacionales al ejercer sus funciones de supervisión.

5. Conclusión

La Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos se ha demorado en comenzar a supervisar la conducta de los Estados en lo referente a los derechos humanos de las mujeres. Está claro que, anteriormente, la Comisión no realizaba sus funciones ni utilizaba sus facultades de manera no discriminatoria frente a las mujeres. La cultura también ejerce su

⁶³ Es igualmente importante señalar que, en vista de que los derechos involucrados en el fenómeno de la violencia en contra de las mujeres son derechos contenidos en el catálogo de la Convención Americana o en la Declaración Americana, nada impide a la víctima de presentar una comunicación en la que especifique que lo está haciendo en virtud de estos instrumentos y no en virtud de la Convención sobre la Violencia contra la Mujer, si resulta más provechoso para ella.

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Series A N° 1.

influencia sobre la comunidad internacional y los organismos internacionales⁶⁵. Sin embargo, lo que es importante ahora es que se ha producido un cambio y que la Comisión está comenzando a modificar sus prácticas pasadas. El hecho de que la Comisión utilice su peso para apoyar la lucha de las mujeres sólo puede tener resultados positivos para esta batalla.

La Comisión pareciera haberse concentrado en el campo de la violencia y especialmente en la violación como consecuencia de la represión política y ha anunciado la posibilidad de preparar informes especiales sobre aquellos Estados en los que el “número y la gravedad de casos que aparecen en la información o en las denuncias así lo amerite”⁶⁶. Pareciera, sin embargo, que la tarea de la Comisión de investigar las instancias de violación - independientemente de quién haya sido el violador - y, en términos más generales, el problema de la violencia ejercida contra las mujeres, es un problema urgente que no puede depender de la cantidad de denuncias o de información que se presente ante la Comisión. Actualmente, es posible, con toda la información ya publicada por las organizaciones no gubernamentales o por los organismos intergubernamentales (tales como el Banco Mundial)⁶⁷ preparar un informe especial sobre la violencia en contra de las mujeres que podría incluir la violación y cómo se trata el tema a nivel nacional⁶⁸. La Convención sobre Violencia contra la Mujer será un instrumento poderoso para la Comisión en esta tarea.

Es comprensible que la Comisión haya puesto un énfasis especial en el problema que implica la violencia física grave contra la mujer dado que esto constituye una violación atroz de los derechos humanos de la mujer. No obstante, ella debería tomar en cuenta el hecho de que la violencia física o psicológica grave en contra de la mujer es el resultado del lugar que ocupa en la sociedad y que, por lo tanto, es preciso abordar otras violaciones a los derechos humanos con el mismo espíritu y la misma urgencia. El cuidado preferencial frente a las violaciones más severas no debiera impedir la supervisión de otro tipo de violaciones de derechos humanos de las mujeres, que existen abundantemente en el continente y que claramente tienen una fuerte influencia en el grado en que ocurre la violencia en contra de las mujeres. Además, ayudaría a la tarea general de tratar de erradicar la discriminación contra la mujer – una tarea en la cual la Comisión debe desempeñar un papel importante – aun si, al examinar las violaciones más severas, la Comisión hiciera las conexiones necesarias entre la violencia ejercida contra la mujer y la necesidad de un cambio cultural radical⁶⁹. El informe sobre Ecuador, señalado anteriormente, es un paso en la dirección correcta. Es de esperar que la Comisión continúe con este avance de manera regular.

⁶⁵ Cabe señalar que en pocas ocasiones la Comisión ha contado con mujeres entre sus integrantes. Actualmente, los siete miembros de la Comisión son hombres, como también lo son los siete integrantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶⁶ Véase el Informe de Haití 1995, *op. cit.*, (Nota N° 6).

⁶⁷ Véase, por ejemplo, World Bank Discussion Paper, *op. cit.*, (Nota N° 20).

⁶⁸ Considere, por ejemplo, lo que podría haber hecho o podría hacer todavía la Comisión sobre la base del impresionante informe preparado acerca de la violencia en contra de la mujer en Brasil por la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias. Respecto del informe sobre Brasil, véase la Sección 2, *supra*.

⁶⁹ En el informe de la Comisión sobre Haití, por ejemplo, pareciera que las recomendaciones – que el Estado debiera investigar denuncias de violación y que el sistema judicial debiera cambiar – no abordan esta materia. Es necesario recordar a los gobiernos, una y otra vez, que se requiere un cambio cultural para que la violencia contra las mujeres disminuya.

En el examen de las demandas individuales, la Comisión ha hecho mucho por avanzar la problemática de la mujer y ahora le toca a las mujeres dirigirse a la Comisión para darle la oportunidad de desarrollar la interpretación de los derechos establecidos en los instrumentos interamericanos. En este sentido, sería de suma importancia que la Corte tuviera la oportunidad de apoyar con su autoridad la decisión de casos de violaciones de derechos humanos de mujeres y está exclusivamente en manos de la Comisión que esto suceda.

Los Fundamentos Morales de las Comisiones de Verdad La Verdad como Reconocimiento y la Justicia como *Recognition* * : Principios de la Justicia Transicional en la Práctica de la Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR) Sudafricana **

André du Toit

(Departamento de Estudios Políticos, UCT)

1. Introducción

Conceptualmente, las comisiones de verdad son iniciativas extraordinariamente complejas: sus preocupaciones principales son tanto políticas como morales, de un modo que a la vez invoca y da nueva forma a la historia y la ley. Si las comisiones de verdad encaran problemas morales fundamentales - de justicia y verdad, violencia y violaciones, *accountability* y reparación - lo hacen, no al nivel de reflexión teórica o por medio de instituciones establecidas, sino como proyectos eminentemente políticos. Por otra parte, las políticas de las comisiones de verdad son informadas por nociones y objetivos distintivamente morales en un grado que es bastante poco usual en sociedades modernas y seculares. El tema de los *fundamentos morales* de las comisiones de verdad se encuentra, entonces, intrínsecamente relacionado con los objetivos que se proponen alcanzar, pero también refleja su naturaleza controversial como proyectos que no se validan por sí mismos. Este capítulo se ocupará de los fundamentos morales de la Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR) Sudafricana, como un ejemplo de tales configuraciones complejas de moralidad, política y derecho en el contexto de una particular histórica transición.

Para comenzar, los fundamentos morales de las comisiones de verdad deben ser diferenciados de una cantidad de consideraciones relacionadas pero distintas, incluyendo aquellas referentes a las *circunstancias históricas* relevantes, a las *condiciones políticas* facilitadoras, a los *mandatos legales* específicos y a los *marcos conceptuales* disponibles.

* Nota del Editor: El sentido en que el autor utiliza la palabra *recognition* es de inclusión social, de aceptación y restauración de la dignidad de otros. También en cierto modo quiere decir “reconocimiento”, pero con una connotación diferente de la expresión *acknowledgement* que el autor utiliza al referirse al reconocimiento de la verdad. En este sentido se utilizará en adelante, razón por la cual se mantiene el uso del vocablo *recognition*.

** Rotberg, Robert I.; *Truth v. Justice*. © 2000 Princeton University Press. Traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de Princeton University Press.

Éstas son todas, en diferentes formas, importantes para el problema de los fundamentos morales de las comisiones de verdad, pero no lo determinan.

- En primer lugar, las comisiones de verdad operan, característicamente, en determinados *contextos históricos*, aquellos de transiciones de regímenes autoritarios o totalitarios a administraciones más democráticas. Más generalmente, las comisiones de verdad funcionan en lo que puede ser llamado las circunstancias de justicia transicional¹, esto es, cuando se requiere que sea establecida una cultura política democrática de derechos y responsabilidades luego de un escenario de violaciones masivas a los derechos humanos². Esto se aplica al caso sudafricano, pero sus circunstancias particulares son también aquellas de la transición del *apartheid* a una democracia no racial. Como veremos, estas circunstancias históricas hacen surgir dificultades especiales para la comisión de verdad sudafricana.

- En segundo término, está el problema de las *condiciones políticas* facilitadoras. Para la CVR, éstas, en gran medida, se relacionan con un acuerdo político negociado entre el gobierno NP y el ANC, en circunstancias en las cuales muchos habían anticipado resultados muy diferentes, ya sea una lucha de liberación que desembocara en la toma del poder o la última etapa de una guerra civil abierta y/o de una partición. Dadas estas condiciones políticas, no podía plantearse una justicia de los vencedores según el modelo de los juicios de Nuremberg. Sin embargo, lo que es políticamente posible y deseable no es por ello lo que se requiere moralmente; por el contrario, tampoco se puede deducir que si cierta clase de “justicia” no es políticamente posible entonces cualquier otra alternativa equivale a una concesión moral. Una transacción política puede o no resultar en una de carácter moral.

- En tercer término, existe el asunto de los *mandatos legislativos* específicos. En el caso de la CVR, una resolución del Parlamento estipuló que éstos debían incluir una amnistía, aunque condicionada a la solicitud individual y la divulgación total de información. Más aún, esta resolución estaba directamente basada en normas de la Constitución Provisoria las cuales obligaron al Parlamento a dictar provisiones para la amnistía, independientemente de cualesquiera argumentos morales o políticos en contrario. Desde una perspectiva constitucional y legal, la opción de elegir “justicia” en lugar de amnistía fue efectivamente cerrada. En lo que concierne a los fundamentos morales de la CVR, sin embargo, esto no puede ser la última palabra.

- Por último, está la cuestión de los *marcos conceptuales* disponibles. En las sociedades autoritarias, éstos incluyen las tradiciones y mentalidad que en el pasado habían sancionado o legitimado abusos y atrocidades³. La disponibilidad o la emergencia de nuevos

¹ Neil J. Kritz (ed), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, 3 Vols., Washington, D.C.: US Institute of Peace Press, 1995.

² Jon Elster, “Coming to Terms with the Past: A Framework for the Study of Justice in the Transition to Democracy”, *Arch. Europ. Sociol.* 39 (1998); Luc Huyse, “Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past”, *Law and Social Inquiry* 20 (1995). El punto de partida para el estudio comparativo de las transiciones de un régimen autoritario en este contexto es G. O’Donnell, P. Schmitter & L. Whitehead (eds.), *Transitions From Authoritarian Rule*, 4 Vols., Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986.

³ Cf. e.g. Carlos Nino sobre las tendencias de fondo en la historia argentina - dualismo ideológico, corporativismo, alienación y concentración de poder - que ayuda a explicar las violaciones masivas a los

y alternativos modelos de pensamiento político y moral puede contribuir a la posibilidad de una experiencia de aprendizaje colectivo.

Entonces, aun cuando dichas circunstancias históricas, condiciones políticas facilitadoras, mandatos legales específicos y marcos conceptuales disponibles son importantes, no deben ser confundidas con el problema de los *fundamentos morales* de la CVR. Éstos deben ser establecidos con referencia a los principios morales y criterios apropiados. Sostendré que en el caso de la CVR, sus concepciones morales constitutivas de “verdad y reconciliación” pueden ser explicadas más específicamente en términos de *verdad como reconocimiento* y *justicia como recognition* y que éstas pueden, en principio, proporcionar una alternativa coherente, a lo menos en circunstancias de justicia transicional, a las nociones retributivas de justicia que requieren procesamiento y castigo penal. En otras palabras, estas nociones centrales de la CVR - asociadas especialmente con las audiencias para las víctimas - proporcionan las líneas generales para una concepción justificable y coherente de justicia transicional. Esto no significa que la CVR fue capaz de sostener esta concepción moral en forma consistente, o que no operaron también otras e incluso alternativas nociones de justicia y verdad, en el proceso de la CVR. Será parte de la tarea de este análisis aplicado encontrar la relación de dichas concepciones en las circunstancias particulares de justicia transicional enfrentada por la CVR.

Mi punto de vista será entonces que el enfoque de la CVR con respecto a la justicia transicional no necesita ser interpretado como una transacción moral, que sacrificó la justicia en aras de la verdad y la reconciliación. Si bien se puede llegar a esta conclusión mediante una referencia únicamente a las consideraciones morales generales que subyacen las nociones de justicia conocidas por las democracias liberales establecidas, se argumentará que los fundamentos morales de las comisiones de verdad requieren una consideración más específica de las características distintivas y los requerimientos de las circunstancias de la justicia *transicional*. Así como Amy Gutmann y Denis Thompson argumentan en este volumen que la justificación moral de las comisiones de verdad no debería ser sólo moral en *perspectiva* y moral en la *práctica*, sino que “debería ser moral en principio: debería tomar en cuenta en forma explícita a los derechos o bienes que son moralmente comparables a la justicia que está siendo sacrificada”⁴. Esto parece asumir que, en principio, las exigencias de justicia son las mismas aun en tipos de circunstancias históricas radicalmente diferentes, y que la única interrogante se refiere a los otros bienes y valores con los cuales la justicia puede necesitar ser equilibrada. Este capítulo presentará una perspectiva diferente con respecto al fundamento moral de las comisiones de verdad en general y de la CVR sudafricana en particular. Se argumentará que es consistente con la justicia misma el hecho de que ésta pueda requerir diferentes principios de aplicación en tipos fundamentalmente diferentes de circunstancias históricas, tales como aquellas de la justicia transicional.

Esto puede ser explicado con referencia a la distinción básica de Rawls entre la *concepción general* de justicia y la *concepción especial* de justicia articulada por sus dos celebrados principios de justicia. Como sabemos, es crucial para la concepción especial de

derechos humanos que habían ocurrido bajo regímenes anteriores (*Radical Evil on Trial* Yale UP, 1996, 44-49). En el caso sudafricano los legados morales e intelectuales del *apartheid* y el racismo son similarmente relevantes.

⁴ Amy Gutmann y Denis Thompson, “The Moral Foundation of Truth Commissions”, p. 2 (énfasis agregado).

Rawls, el hecho de que ésta implica un orden lexicográfico de prioridad entre el primer principio, aquel de igualdad de derechos y libertades, y el segundo o principio de diferencia, el cual permite desigualdades sociales y económicas únicamente si éstas son en beneficio de los menos favorecidos. El orden lexicográfico de prioridad significa que la libertad sólo puede ser sacrificada por libertad y no para, por ejemplo, favorecer una mayor ventaja social y económica. Esto último representaría una concesión moral inaceptable. Sin embargo, Rawls está también consciente que esta *concepción especial* presupone ciertas clases de circunstancias históricas, y no debería ser confundida con la *concepción general* de justicia, la que no impone las mismas restricciones respecto a qué tipo de desigualdades son aceptables⁵. La necesidad de poder recurrir a la concepción general de justicia nace “cuando las condiciones sociales no permiten el establecimiento efectivo de derechos (básicos)” y “en la medida que ellos son necesarios para preparar el camino para la construcción de una sociedad libre”⁶. Rawls tiene en mente específicamente las necesidades de desarrollo en circunstancias de escasez radical cuando “la negación de la libertad puede ser aceptada ... si ésta es necesaria para promover la calidad de civilización de modo que a su debido tiempo todos puedan disfrutar igual libertad”⁷. Sin embargo, se puede argumentar que la concepción general de justicia se aplicaría igualmente a las circunstancias de justicia transicional cuando, luego de violaciones masivas a los derechos humanos bajo un régimen autoritario previo, todavía no ha podido establecerse el principio mismo de igualdad de derechos como una base para la estabilidad de las instituciones de una sociedad democrática. Es en este contexto de justicia transicional que funcionan las comisiones de verdad. Si éstas no se ajustan a las exigencias de la concepción especial de justicia, que nos son conocidas en el contexto de democracias liberales establecidas, esto no significa que ellas no puedan - especialmente en estas circunstancias de transición - ser exigidas por la concepción general de justicia. Se argumentará que las concepciones morales que fundamentan las audiencias de las víctimas de la CVR, esto es, los principios de verdad como reconocimiento y justicia como *recognition*, pueden ser interpretadas como aplicaciones apropiadas de la concepción general de justicia en dichos contextos de transición. De modo que, lejos de significar una concesión moral que sacrifica la justicia en aras la verdad y la reconciliación, estos principios concuerdan con los requerimientos de justicia en estas circunstancias de transición y sirven para preparar el camino para las condiciones en conformidad con las cuales, la concepción especial de justicia, conocida por las democracias liberales establecidas, puede entonces ser introducida.

En la sección que sigue, consideraremos, en primer lugar, la naturaleza y función de las comisiones de verdad como proyectos históricos fundacionales, con proyección tanto hacia el pasado como hacia el futuro, empeñadas en exponer las graves violaciones a los derechos humanos del régimen anterior con miras a establecer una nueva cultura de derechos humanos. Luego identificaremos las prioridades en la elección orientada hacia las víctimas que la CVR hizo a favor de la “verdad”, más que hacia una justicia retributiva, con referencia a las distintas características del proceso de la CVR en comparación con comisiones de verdad similares en otros lugares, así como a las cambiantes agendas y concepciones de aquellos involucrados en el proceso mismo de la CVR. Se argumentará que esto reflejó un diagnóstico

⁵ John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard UP, 1971), pp. 62, 151. Le estoy reconocido a Connie Rosati por sugerir la relevancia de la distinción que hizo Rawls en este contexto.

⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 152.

⁷ John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 542.

distintivo de las necesidades morales y políticas en la transición del *apartheid*; se confirió prioridad a las atrocidades individuales en lugar de las injusticias sistémicas y significó un enfoque hacia las víctimas y los autores de crímenes en lugar de centrarse en los beneficiarios, espectadores o colaboradores. El problema de los fundamentos morales de la CVR se refiere a la justificación de estas elecciones particulares en este contexto de transición. Las secciones centrales del capítulo darán cuenta, entonces, de las concepciones morales asociadas especialmente con las audiencias de la CVR concedidas a las víctimas. Se argumentará que estas concepciones morales pueden ser mejor construidas en términos de principios de *verdad como reconocimiento*, especialmente en relación con el objetivo del restablecimiento de la dignidad humana y cívica de las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos, y de *justicia como recognition*, involucrada en el (re)-establecimiento de un respeto moral igualitario para las personas como las bases reconocidas públicamente de (nuevas) culturas de derechos. En términos de la concepción general de la justicia, tanto la verdad como reconocimiento y la justicia como *recognition* derivan del principio fundamental del respeto por la dignidad igualitaria de las personas como seres morales⁸. En la sección final de este capítulo, se explora por qué y cómo la (re)-afirmación de este principio fundamental como una característica de la vida pública puede llegar a ser una tarea distintiva de la justicia transicional. Esto se hará con referencia a aspectos relevantes de Conciencia Negra (*Black Consciousness*), del análisis fenomenológico de Elaine Scarry de la tortura y de la opinión de Axel Honneth sobre el fenómeno moral de la falta de respeto.

2. Las concepciones morales de las comisiones de verdad como proyectos fundacionales

Las comisiones de verdad no forman parte del paquete de arreglos institucionales de democracias “normales”. Ellas pueden ser vistas como *proyectos históricos fundacionales* en el contexto transicional de introducción y consolidación de una nueva administración democrática y/o cultura de derechos y responsabilidades luego de un período de violaciones masivas de derechos humanos bajo un régimen anterior. Ellas se entienden mejor como una respuesta a las *necesidades morales y políticas* especiales de esta clase de contexto histórico, esto es, aquellas que surgen de esfuerzos para construir un nuevo orden democrático luego de un período de atrocidades políticas y/o injusticias sociales de un régimen anterior. En este contexto se entiende mejor a las comisiones de verdad como expresiones de una nueva determinación democrática y voluntad política a lo que se suma el reconocimiento público de grandes ilícitos perpetrados contra individuos y comunidades. Sus objetivos políticos y morales pueden ser encapsulados en una frase alusiva, tal como el “*Nunca Más*” de Argentina. Nótese que no se necesita definir *qué* es lo que no debería permitirse ocurriera nuevamente, y menos aún *por qué* esto no debe suceder. *En este contexto histórico* queda abrumadora y transparentemente claro para todos aquellos interesados en entender a qué se refiere esta abierta referencia (esto es, a las “desapariciones”, los asesinatos políticos y las torturas). En forma similar, la frase adoptada por la CVR como su estandarte - “Verdad: el Camino a la Reconciliación” - simplemente asume que será evidente quienes necesitan reconciliarse y qué verdad se requiere.

⁸ Cf. John Rawls, “Justice as Reciprocity”, en *Collected Papers* (Harvard UP, 1999), pp. 213-214.

Como tales proyectos históricos fundacionales, las comisiones de verdad pueden ser comparadas con el acto de redactar una constitución. Similar a la Asamblea Constitucional, encargada de la tarea de preparar una nueva Constitución, la CVR no es una institución permanente tal como, digamos, la Comisión de Derechos Humanos, sino que está diseñada para ser una operación fundadora, y para facilitar el lanzamiento de una nueva era. Sin embargo, como proyectos fundacionales que son, las comisiones de verdad tienen una relación peculiarmente compleja con sus tiempos de transición. A diferencia de la función fundadora *orientada hacia el futuro* que conlleva el establecimiento de una Constitución como la base para un nuevo orden político, la función fundadora de las comisiones de verdad está también *orientada hacia el pasado*; normalmente las comisiones de verdad se encuentran abocadas a “enfrentar el pasado”. Por esta razón, las comisiones de verdad han sido desfavorablemente comparadas con la redacción de una constitución. Así, Bruce Ackermann ha argumentado que, dado el monto limitado de capital moral disponible en alguna acción histórica fundacional en contextos de transición y en vista de los conflictos y divisiones que probablemente sean desatados por proyectos que miran el pasado en estas circunstancias, la redacción de una Constitución debería ser la opción preferida⁹. Sin embargo, como la conjunción de la CVR y la Asamblea Constitucional lo demuestran en el caso sudafricano, éstas no necesitan ser alternativas recíprocamente excluyentes. Más aún, induciría a error concebir a las comisiones de verdad como orientadas únicamente hacia el pasado; comparadas con las preocupaciones de los historiadores acerca del pasado, éstas se encuentran preferentemente dirigidas a establecer un nuevo orden moral y político. Si las comisiones de verdad miran hacia el pasado, ellas lo hacen precisamente como proyectos de fundación histórica; tratan con el pasado no en cuanto tal, sino con el objeto de despejar el camino para un nuevo comienzo.

Comparadas con las entidades encargadas de la redacción de una constitución, las comisiones de verdad también operan en un diferente nivel. Las comisiones de verdad no están tan preocupadas con los detalles de establecer el marco legal e institucional para un nuevo orden político, sino más bien sirven para generar y consolidar concepciones nuevas y distintivas de moralidad política que pueden de allí en adelante conformar la cultura política. A pesar de que, por supuesto, dependen de los marcos conceptuales con que cuentan, los aportes distintivos de las comisiones de verdad se encuentran estrechamente ligados con, y en efecto requieren, concepciones morales y políticas nuevas como sus propios principios constitutivos. En el caso de la CVR su concepción moral constitutiva puede, dentro de una primera aproximación, ser encontrada en la noción novedosa y discutida de *verdad y reconciliación*. Esto ha sido a menudo entendido como un término que se aparta de concepciones más conocidas de *justicia* retributiva y social, en tanto que a veces se sugiere que puede involucrar nociones alternativas de “*justicia restaurativa*”¹⁰. Es esta concepción la que se discute cuando se presenta el tema de los fundamentos morales de la CVR - ¿cuál puede ser la justificación para elegir “verdad” por encima de “justicia”? - lo que será más

⁹ Bruce Ackermann, *The Future of the Liberal Revolution*, New Haven: Yale University Press, 1992.

¹⁰ Para algunos ejemplos de discusiones y artículos acerca de la evolución de la comprensión de los conceptos de verdad y justicia por la propia CVR, véase, e.g., Alex Boraine, “Can ‘Truth Telling’ Promote Reconciliation?”, artículo no publicado, marzo de 1998; Charles Villa-Vicencio, “A Different Kind of Justice: The South African Truth and Reconciliation Commission”, artículo no publicado, 1997; Wilhelm Verwoerd, “Justice After Apartheid?: Reflections on the South African Truth and Reconciliation Commission”, artículo no publicado, 1997.

específicamente explicado en términos de los principios de verdad como reconocimiento y justicia como *recognition*.

3. Diagnosticando las necesidades para justicia transicional

Las circunstancias de la justicia transicional cubren una gama de situaciones históricas diferentes, en tanto que las violaciones masivas a los derechos humanos por parte de regímenes anteriores presentan una variedad de relevantes dimensiones políticas y morales. Las comisiones de verdad pueden constituir una respuesta apropiada y justificable en ciertos contextos, pero en otros serlo en menor grado o incluso no serlo en lo absoluto. Se requiere un diagnóstico político y moral, y éste puede ser correcto o equivocado en su evaluación de las principales necesidades morales en un contexto histórico particular. Los diagnósticos sobre la naturaleza del régimen anterior y sus violaciones a los derechos humanos pueden diferir significativamente en relación a factores como los que a continuación se mencionan:

- El régimen anterior puede haber estado *basado sectorialmente* o *haber sido sistémico* en su naturaleza. En este sentido, Tina Rosenberg ha hecho una distinción sugerente entre un “régimen de criminales”, que permite una clara distinción entre grupos identificables de autores de crímenes, víctimas y beneficiarios, y un “régimen criminal”, donde las distinciones entre los victimarios, las víctimas y los beneficiarios son poco claras y problemáticas y donde los colaboradores desempeñan un papel más importante. En términos generales, la primera situación ha sido más característica en varios casos latinoamericanos de transiciones de un gobierno autoritario, en tanto que el último caso se aplica más a la experiencia de justicia transicional de los países de Europa del Este luego del término de regímenes totalitarios¹¹. En esta perspectiva, no es accidental que las comisiones de verdad hayan constituido mecanismos destacados para la justicia transicional en Chile y Argentina pero no en Checoslovaquia o Polonia. En los casos latinoamericanos el tema central de las “desapariciones” y la tortura de los oponentes políticos por parte de los militares y los escuadrones de la muerte, hizo surgir interrogantes urgentes relacionadas con la verdad enfocadas a categorías claramente definidas de victimarios y víctimas. La situación es diferente donde todos, en alguna medida, se hicieron cómplices del régimen previo y sus injusticias sistemáticas. Si es que, en las palabras de Vaclav Havel, “todos somos responsables, cada uno en un grado diferente ... ninguno de nosotros es simplemente una víctima”¹², entonces no queda tan claro qué verdad relativa a quiénes - ¿víctimas, autores de crímenes, colaboradores, espectadores? - necesita ser establecida o si una comisión de verdad sería efectivamente la respuesta apropiada. (Así, en el caso checo, la purificación (“*lustration*”) resultó ser altamente problemática para establecer la verdad en relación a diferentes categorías de informantes que habían colaborado con la policía de seguridad del régimen anterior).

¹¹ Tina Rosenberg, *The Haunted Land: Facing Europe's Ghosts After Communism*, Nueva York, Random House (1995), pp. 400-401.

¹² Vaclav Havel, “The Great Moral Stake of the Moment”, *Newsweek*, 15 de enero de 1990 citado en: Aviezer Tucker, “Paranoïds May Be Persecuted: Post-totalitarian Justice”, artículo presentado en el Seminario Mellon de la Universidad de Columbia sobre Justicia Transicional, 1998.

- “Encarar el pasado” involucra, inevitablemente, opciones incluyendo qué prioridades relativas debe darse a los intereses de los agresores, las víctimas, los beneficiarios, los colaboradores, los espectadores, etc. Dependiendo de la naturaleza del régimen anterior y de sus atrocidades políticas, la necesidad moral urgente puede ser dar prioridad a tratar con los *perpetradores* (llevándolos a la justicia), o con las *víctimas* (a través de la restauración de su dignidad humana y cívica) o más generalmente con los *beneficiarios* (a través de medidas de redistribución social y económica). Los diferentes enfoques de la justicia transicional pueden ser definidos con relación a sus respectivas prioridades. Así los juicios de Nuremberg en forma paradigmática establecieron la prioridad de procesar y castigar a los autores de los crímenes, en tanto que las leyes de purificación checas son notables en su otorgamiento de prioridad para hacer frente en primera instancia no a los agresores (o, incluso, las víctimas), sino que a los *informantes* y *colaboradores*.

En general, las comisiones de verdad como una posición distintiva sobre la justicia transicional reflejan entonces una doble preferencia por la “verdad” en lugar de la justicia (retributiva y social). En primer lugar, las comisiones de verdad característicamente confieren prioridad a graves violaciones a los derechos humanos más que a injusticias sistémicas, y por lo tanto diagnostican la necesidad moral principal como aquella que tiene que tratar con las víctimas y los victimarios en lugar de, por ejemplo, enfocarse en los beneficiarios y espectadores o colaboradores. Esto implica una elección a favor de los imperativos de la justicia y verdad individual por encima de aquellos de la justicia social o distributiva. En segundo lugar, y dentro de este enfoque más estrecho sobre las graves violaciones a los derechos humanos, las comisiones de verdad difieren de los tribunales en el otorgamiento de prioridad a las audiencias donde las víctimas pueden contar sus propias historias, más que buscar el procesamiento y el castigo de los agresores. Esto implica favorecer la “verdad” (de las víctimas) por sobre la justicia (retributiva). La pregunta de si esto representa una respuesta moral y política correcta a las necesidades de justicia transicional depende de un diagnóstico aplicado a las particulares circunstancias históricas del caso, así como de una respuesta más específica sobre la concepción moral que subyace este compromiso con la “verdad”, esto es, la concepción de verdad como reconocimiento y justicia como *recognition*.

En el caso de la transición sudafricana, el mandato de la CVR fue, significativamente, formulado en términos de la necesidad de enfrentar graves violaciones a los derechos humanos - “los asesinatos, tentativas de asesinato, secuestros, malos tratos graves o tortura” de los conflictos políticos pasados. Esto reflejó un diagnóstico moral y político específico sobre la transición del *apartheid* a la democracia, uno que priorizaba la necesidad de preocuparse de las víctimas y los victimarios individuales de las atrocidades políticas por sobre los imperativos de justicia social y sistémica. Implícitamente, esto no podía sino relegar los aspectos sistémicos, institucionalizados y estructurales del *apartheid* - incluyendo las leyes de salvoconducto, los desplazamientos forzados, la educación Bantu, etc. - a un estatus contextual. Centrales en dicho proyecto de verdad fueron los autores y las víctimas de atrocidades políticas particulares, en lugar de los que colaboraron con y se beneficiaron de, la injusticia social y las desigualdades sistémicas del *apartheid*. Sin embargo, también debe notarse que este enfoque en las violaciones graves a los derechos humanos fue claramente orientado hacia las víctimas. Desde sus comienzos el proceso de la CVR se preocupó especialmente de proporcionar una oportunidad para audiencias en las cuales las víctimas

podían contar sus propias historias en un contexto no confrontacional. Esto fue una expresión de reconocimiento de la urgente necesidad de restaurar la dignidad humana y cívica de las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos. En lo que se refería a los victimarios, lo que se exigió fue la total revelación de lo ocurrido como una condición para la amnistía, sin procesamiento ni castigo; ello representó un intercambio de verdad por inmunidad. Tomado conjuntamente, esto reflejó una elección básica de la “verdad” en oposición a la justicia retributiva (y, por implicancia, social). Como tal, ella constituyó una concepción moral particular, con sus propias prioridades morales, es decir, un compromiso con la verdad como reconocimiento, lo cual exploraremos con mayor detalle en la siguiente sección.

Los fundamentos morales de la CVR dependen de lo apropiado de su diagnóstico en las circunstancias de la justicia transicional enfrentada por la Sudáfrica post-*apartheid*. La complicación está en que el caso sudafricano involucra tanto elementos de un “régimen criminal” como también elementos de un “régimen de criminales”. Encarar el pasado en el caso sudafricano involucra interrogantes *tanto* acerca de escuadrones de la muerte, tortura, asesinatos y desapariciones *como* relativas a las injusticias sistémicas del *apartheid* tales como las leyes de salvoconducto, los desplazamientos forzados, la educación Bantu, etc. Los principales desafíos a las prioridades morales de la CVR se derivan, característicamente, de uno u otro de estos elementos. Así, una clase de objeción, enunciado enérgicamente por Mahmood Mamdani, invoca los reclamos de *justicia social* en oposición a *verdad y reconciliación*¹³. Esencialmente, esto equivale a señalar la necesidad moral principal de adoptar medidas de justicia transicional para encarar las características estructurales y sistémicas del *apartheid*. En un sentido importante, este desafío no acepta el enfoque especial de la CVR en las atrocidades políticas; insiste en la primacía del *apartheid* como un régimen criminal, por sobre un régimen de criminales (por esta razón Mamdani se preocupa de concentrar la atención no en los agresores y las víctimas sino en los beneficiarios del *apartheid* como sistema de explotación). En oposición a esto, una segunda objeción acepta el enfoque especial de la CVR sobre graves violaciones a los derechos humanos, pero exige que los autores sean procesados y castigados. Esta exigencia confronta los imperativos de *justicia* (penal y retributiva) en oposición a los objetivos de *verdad y reconciliación*¹⁴; en efecto, ella insiste en el diagnóstico del *apartheid* como un régimen de criminales.

En la medida que estos desafíos se refieren a elementos que son parte integral del régimen del *apartheid*, poseen una fuerza considerable. En todo caso, ellos también fueron reflejados en el proceso mismo de la CVR, el que, de ninguna manera, proporcionó una respuesta clara y única a las tensiones entre justicia y verdad o reconciliación. En la práctica, la CVR fue una compleja y a veces inestable combinación de caminos diferentes para relacionar las demandas de justicia y verdad en respuesta a las diferentes y conflictivas

¹³ Mahmood Mamdani, “When Does Reconciliation Turn into a Denial of Justice?”, clase HSRC, 18 de febrero de 1998; cf. también Mahmood Mamdani, “Reconciliation Without Justice”, *South African Review of Books*, noviembre/diciembre de 1996.

¹⁴ Cf. Aryeh Neier, “What Should Be Done About The Guilty?”, *New York Review of Books*, 1990; Diane F. Orentlicher, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime” & Carlos S. Nino, “Response: The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina”, *Yale Law Journal* 100 (1991); cf. también Carlos S. Nino, *Radical Evil On Trial*, New Haven: Yale University Press, 1996.

necesidades morales en estas circunstancias particulares de justicia transicional. Las concepciones morales de verdad como reconocimiento y justicia como *recognition* de las cuales este trabajo se preocupa, requieren ser situadas dentro de este contexto general; ellas evolucionaron en conjunto con ciertos aspectos claves de la CVR, especialmente en conexión con las audiencias para las víctimas, pero no se aplican a todos los aspectos de las actividades de la CVR. Por lo tanto, deberíamos prestar consideración al lugar en que se encuentran estas concepciones en el proceso de la CVR en su totalidad.

4. Los significados cambiantes de verdad y reconciliación en la CVR como una iniciativa democrática

A diferencia de sus contrapartes latinoamericanas, y probablemente como un caso único en la historia internacional comparada de las comisiones de verdad, la CVR sudafricana fue en sí misma una iniciativa notablemente *pública y democrática*. Esta característica explica algunas de sus fortalezas y también muchos de sus mayores problemas:

- En primer lugar, debe señalarse que la CVR no fue, a diferencia de muchas de sus contrapartes en otros lugares, una comisión presidencial ni un tribunal internacional, sino que fue una comisión establecida por el Parlamento. El establecimiento de la CVR no sólo fue precedido en forma única por un amplio debate público con relación a sus objetivos generales, sino que tanto su mandato como sus procedimientos específicos fueron diseñados a través de un proceso de audiencias y debates parlamentarios con la participación de la totalidad de los partidos políticos.
- Este carácter público y democrático fue mantenido en los procedimientos de la CVR. En una medida poco usual, la CVR condujo sus actividades a plena vista pública. Si bien la comisión chilena dispuso una serie de audiencias donde las víctimas podían presentarse a contar sus historias y hacer que ellas fueran reconocidas oficialmente, la diferencia fundamental fue que eso no ocurrió en público ni con la cobertura constante de los medios de comunicación. Los informes latinoamericanos sólo se hicieron públicos una vez que ellos estuvieron listos y autorizados. En este respecto, las audiencias de la CVR eran más comparables a juicios políticos como eventos públicos y a ejercicios deliberados en la educación política¹⁵. Las audiencias públicas de la CVR, sin embargo, se diferenciaron de los juicios políticos en que ellas carecían de la profundidad del enfoque en el procesamiento de casos particulares así como de la autoridad de que están investidos los tribunales. Aunque la CVR estructuró sus procedimientos en términos de una articulada y completa narrativa de verdad y reconciliación, las audiencias permitían a las víctimas y a otros “contar sus propias historias”. Frecuentemente esto produjo narrativas locales o sectoriales en tensión con, o incluso en controversia con, el marco general propuesto por la CVR. También en este respecto el proceso fue notablemente democrático.

¹⁵ Cf. Mark J. Osiel, “Ever Again: Legal Remembrance of Administrative Massacre”, *University of Pennsylvania Law Review* 144 (1995), pp. 505 ff.

- Más generalmente, la CVR tuvo, en gran medida, que diseñar su propia tarea y agenda a través de un proceso continuo de presiones y negociaciones altamente públicas y publicitadas. Con respecto al tema de la amnistía, por ejemplo, a la CVR no se le impuso el encargo de investigar los casos de un grupo predefinido de presuntos autores de crímenes. Dado que los individuos tenían que solicitar la aplicación de la amnistía, la CVR en realidad tuvo que persuadir o presionar a perpetradores reticentes para que aprovecharan esta oportunidad - y una parte considerable de ello ocurrió a plena vista del público.
- Finalmente, la CVR también incursionó en una cantidad de áreas diferentes las cuales no necesariamente se ajustaban a su estructura formal. Éstas incluyeron las audiencias dedicadas a las presentaciones de los distintos partidos políticos, así como una serie de “audiencias sectoriales” sobre el sector de la salud, la prensa, el poder judicial, el mundo empresarial y las iglesias. En la historia comparada de las comisiones de verdad, estas audiencias sectoriales constituyeron una innovación sudafricana. No estuvieron enfocadas preferentemente en individuos en particular, como autores o víctimas, sino que su orientación fue más bien contextual. En alguna medida esto puede ser interpretado como un esfuerzo por parte de la CVR para encarar el desafío subyacente de la justicia transicional en el contexto *post-apartheid*: cómo equilibrar la preocupación por casos *individuales* de atrocidades políticas y graves violaciones a los derechos humanos con aquella relacionada con las características *estructurales* del *apartheid* como un sistema de explotación y opresión.

Su carácter público y democrático incrementó tanto los riesgos como las oportunidades para la CVR como un *proceso* en relación al *producto* que se esperaba (en el sentido de su informe final). Se desprende que no existe una absoluta separación de los conceptos de proceso y producto como ocurre con otras comisiones de verdad. El informe final de la Comisión no podía tener el mismo impacto dramático del informe de la CVR chilena, o del informe “Nunca Más” argentino, como la presentación pública de “verdades” no reveladas con anterioridad en un producto terminado, fidedigno y bien definido¹⁶. En el mejor de los casos quizás intentó incorporar en su propia narrativa una síntesis completa de lo que ya había sido expuesto en público en los años precedentes del proceso de la CVR, como un modo de proporcionar algún tipo de cierre a este proceso.

Para nuestros fines, el punto importante es que, debido tanto a su carácter democrático como a la cercana fusión de proceso y producto, la concepción moral constitutiva de la CVR no puede ser fácilmente establecida en un sentido único y definido. En lugar de ello encontramos que, en la práctica, el *significado* y la *interpretación* de la verdad y la reconciliación, como los objetivos declarados de la CVR, fueron cambiando a lo largo del tiempo, en la medida que diferentes grupos de actores llegaron a verse involucrados en diferentes etapas del proceso general, localizándolos implícitamente dentro de diferentes *marcos de narrativa*. En la medida que esto ocurrió, la concepción moral originaria de la CVR de la verdad como reconocimiento, fue extendida, complementada y refutada en diversos

¹⁶ Americas Watch, “Truth and Partial Justice in Argentina: An Update” (1991), en Neil J. Kritz (ed), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes, Vol II: Country Studies*, p. 330.

modos por concepciones relacionadas y alternativas¹⁷. Podemos distinguir a lo menos cuatro etapas diferentes en este desarrollo:

- Durante las fases preparatorias y de planificación de la CVR, fue más pronunciado el sentido *político* de la reconciliación, esto es, de pactos de elite enraizados en la experiencia de convenios negociados e implícitamente entendidos en términos de una narrativa madre de futura *construcción de la nación*.
- Durante las tempranas etapas del trabajo de la Comisión, se hizo más patente un pronunciado *sentido religioso y terapéutico* de reconciliación, a través de la revelación de la verdad, esto es, de algún proceso de renovación personal, social y espiritual. La designación del Arzobispo Tutu como presidente, junto con un número de otros líderes religiosos, así como también la presencia en la CVR de individuos provenientes de profesiones relacionadas con la terapia y el consejo, condujo a una prominencia creciente de un discurso religioso y terapéutico y del simbolismo de “curación” y “reconciliación”.
- Más generalmente, las audiencias de las víctimas proporcionaron un espacio público y una oportunidad para que una gama de individuos “*contara sus propias historias*”, enraizada en diversos escenarios locales y comunales, y que éstas tuvieran reconocimiento oficial. La Comisión, en forma bastante efectiva, creó un marco comprensivo y acogedor para los acongojados y traumatizados, lejos de los procedimientos confrontacionales de un tribunal de justicia, con asistentes a mano para consolar a aquellos más afectados, así como la provisión de una traducción simultánea del lenguaje que los testigos prefieran. Muchas personas aprovecharon la oportunidad de participar en estos procedimientos públicos para restablecer y afirmar la dignidad humana y cívica de las víctimas. Sin embargo, la importancia de estos eventos no se reduce al concepto que la CVR tenía de ellos y a su manera de organizar las audiencias. Precisamente porque se permitió a las personas contar sus historias, éstas pudieron, en alguna medida, hacerlo en términos propios, más ambiguos o alternativos, a menudo implícitamente y aun explícitamente en tensión con los marcos de narrativa de la CVR con respecto a la violación, verdad, reconciliación e incluso el perdón. (Así, algunos insistieron en que eran activistas en una lucha de liberación, no víctimas sino sobrevivientes). Al mismo tiempo, la revelación sostenida, a través del proceso mismo de la CVR, de tantas atrocidades, tendió a reforzar una narrativa popular en sentido contrario, que demandaba “justicia” (retributiva) y castigo.
- Los esfuerzos de la Comisión de atraer representantes de los principales partidos políticos y de diferentes sectores de la sociedad civil en el proceso de la CVR, a través de varias audiencias especiales y sectoriales, también alcanzó un disímil nivel de éxito. Los representantes de los partidos políticos tendieron a usar la oportunidad para reafirmar sus propias narrativas partidarias para explicar las atrocidades políticas del pasado, y tuvieron dificultades considerables para aceptar sus responsabilidades en los

¹⁷ Véase también Graeme Simpson, “A Brief Evaluation of South Africa’s Truth and Reconciliation Commission: Some Lessons for Societies in Transition”, Centre for the Study of Violence and Reconciliation (Johannesburg, 1998).

términos propuestos por la CVR, optando, en lugar de ello, por sus propias versiones de responsabilidad política o colectiva. Algunos partidos políticos y líderes rehusaron cooperar con la Comisión y cuestionaron cada vez más de su buena fe, con el Partido Nacional (*National Party* - NP) incluso llevando a la Comisión a los tribunales. El poder judicial rehusó participar en la audiencia sectorial legal¹⁸, en tanto que en otros casos las audiencias sectoriales meramente proporcionaron un mayor espacio donde los diferentes protagonistas, lejos de trascender las divisiones y conflictos del pasado, continuaron avanzando sus propias agendas sectoriales.

- Más recientemente, en la medida que los *procedimientos cuasi-judiciales y contenciosos* de las audiencias de amnistía comenzaron a cobrar protagonismo, la práctica de la CVR varió del reconocimiento de las verdades como un medio de reconciliación a la necesidad de observar los *derechos procesales* de aquellos implicados por las revelaciones y alegaciones que surgían en el curso de este proceso. En otras audiencias, también, los abogados y los procedimientos legales desempeñaron un papel cada vez mayor.
- Finalmente, con la publicación del Informe mismo de la CVR, trascendió que, según la propia visión de la Comisión, las audiencias para las víctimas habían constituido solamente una fase y habían estado cada vez más subordinadas a la metodología de procesamiento sistemático de información y corroboración de declaraciones como una base para el objetivo de realizar hallazgos *con respecto a víctimas y agresores*. En lugar de alcanzar un cierre del proceso de la CVR esto sirvió para llevar a la Comisión a una confrontación con el partido *African National Congress* (ANC) también¹⁹.

Si bien las complicaciones y tensiones en la interpretación de sus objetivos morales y políticos se encuentran íntimamente ligadas con el carácter público y democrático del proceso de la CVR, ellas también impiden que se imponga una versión clara y definitiva con la debida autoridad. En el transcurso del proceso de la CVR emergieron concepciones morales y narrativas políticas alternativas; éstas se basaban también en distintos diagnósticos particulares sobre las necesidades morales y políticas del *post-apartheid* en Sudáfrica. La cuestión de su fundamento moral se refiere a si dichas concepciones pueden o no ser validadas en relación con las circunstancias de la justicia transicional. Este trabajo no profundizará en este problema con respecto a estas concepciones morales alternativas, debido a que se ocupará específicamente de los fundamentos morales de la CVR mediante la explicación de sus concepciones constituyentes de *verdad como reconocimiento y justicia como recognition*. Si bien estas nociones estuvieron más cercanamente asociadas con las audiencias de las víctimas durante el comienzo del proceso de la CVR, ellas podrían también ser apropiadas para proporcionar una justificación coherente y distintiva para el papel de las comisiones de verdad en las circunstancias de la justicia transicional.

¹⁸ Cf. David Dyzenhaus, *Judging the Judges, Judging Ourselves: Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Oxford: Hart Publishers, 1998.

¹⁹ André du Toit, "Perpetrator Findings as Artificial Even-handedness? The TRC's Contested Judgements of Moral and Political Accountability for Gross Human Rights Violations", Wits History Workshop Conference on *Commissioning the Past*, junio de 1999.

5. La verdad como reconocimiento

Como el término mismo lo sugiere, el principio constitutivo de las comisiones de verdad debe ser ligado a alguna noción de “verdad”. Sin embargo, aquí debemos manejarnos con cuidado. “Verdad” es una palabra peligrosa, a menudo usada livianamente e incluso en forma metafórica. “La palabra ‘Verdad’ me hace sentir incómoda”, escribió la poeta Antjie Krog al informar con respecto a la CVR. “La palabra ‘verdad’ todavía hace que se trabe la lengua ... Yo prefiero la palabra ‘mentira’. En el momento que la mentira levanta su cabeza, yo huelo sangre. Porque es entonces cuando la verdad está más cerca”²⁰. A menudo en un contexto político, la verdad está sujeta a la manipulación ideológica, y encargar a una comisión oficial establecer la “verdad” levanta alarmas Orwellianas acerca del “*double speak*” y de los juicios de *show* político como “rituales de degradación”²¹. Será vital distinguir y desentrañar los sentidos relevantes de la verdad con el objeto de explicar las concepciones morales distintivas que informan el proyecto de la CVR.

En contextos de justicia transicional, la *verdad* estará evidentemente enfocada a la divulgación de las atrocidades políticas del régimen anterior y de los conflictos del pasado. Pero éste es un tema complejo: no sólo se trata de obtener conocimiento de los hechos importantes relativos a asesinatos y torturas, sino más bien de encontrar las formas apropiadas de reconocerlos. En este contexto, el filósofo Thomas Nagel sintetiza las preocupaciones de la conferencia pionera del Instituto Aspen sobre justicia transicional en 1989, mediante la crucial distinción entre *conocimiento* y *reconocimiento*²². Esta distinción involucra dos diferentes sentidos de verdad, esto es, las *verdades de hecho* importantes para los procesos legales de obtener y confirmar el conocimiento de eventos y circunstancias particulares, siendo diferente al tema crucial para la justicia transicional de *verdad como reconocimiento*. Ambos sentidos de la verdad son importantes para los objetivos de las comisiones de verdad, con la primera sirviendo a la última:

- La necesidad de conocer la “verdad” acerca de las atrocidades políticas de regímenes anteriores refleja (en parte) una definitiva falta de *conocimiento fáctico* relevante. A menudo llega a ser una tarea legal masiva, difícil y compleja: los testigos son difíciles de encontrar o son poco confiables y se encuentran bajo toda clase de presiones, hay registros destruidos o falsificados, incluso detalles básicos son controvertidos desde todos los ángulos. En muchos casos puede no ser posible obtener un conocimiento confiable, o llegar a conclusiones más allá de una duda razonable. Aun así, esto debe ser una parte principal del trabajo de cualquier comisión de verdad: establecer y desarrollar una base de datos confiable, chequear las muchas imputaciones que circulan y corroborar las declaraciones hechas por las varias partes involucradas. A menos que esto sea debidamente efectuado, cualquier función histórica o política posterior de las comisiones de verdad fallará en sus cimientos. Esto es parte de la declaración tan a menudo escuchada de parte de las víctimas o sus parientes en el sentido que ellos tienen

²⁰ Antjie Krog, *Country of My Skull*, Johannesburg: Random House, 1998, p. 36.

²¹ Mark J. Osiel, “Ever Again: Legal Remembrance of Administrative Massacre”, *University of Pennsylvania Law Review* 144 (1995), p. 510 con referencia a Harold Garfinkel, “Conditions of successful degradation ceremonies”, *American Journal of Sociology*, 1956 (61), p. 420.

²² Thomas Nagel en *State Crimes: Punishment or Pardon*, Aspen Institute, 1989. Cf. Lawrence Wechsler, *A Miracle, A Universe: Settling Accounts With Torturers*, Nueva York: Pantheon Books, 1990, “Prólogo”, p. 4.

la necesidad de *saber* qué ha ocurrido con sus seres queridos antes de poder perdonar o participar en un proceso de reconciliación. Más generalmente, las comisiones de verdad pueden, de manera significativa, añadir a la suma del conocimiento existente sobre atrocidades políticas pasadas; y si no logran establecer la verdad total en todos sus puntos pueden, al menos, imponer claros límites a quienes, por razones políticas, desearían negar la ocurrencia misma de esas atrocidades²³. Pero las funciones de las comisiones de verdad no deberían únicamente, o siquiera principalmente, ser consideradas en esos términos. A pesar que será siempre importante saber qué nuevo conocimiento a aquello que se conocía previamente acerca de atrocidades políticas (si alguno) ha agregado una comisión de verdad, o en qué medida ésta tuvo éxito en la clarificación de casos especialmente disputados, esto puede no ser su contribución más importante a la verdad relativa a dichas atrocidades.

- Incluso bajo el régimen anterior, la verdad de las continuas atrocidades políticas o violaciones a los derechos humanos, como la tortura son, en cierto sentido, ya *conocidas* (ciertamente para los agresores y las víctimas; en algún grado para las personas más cercanas a ellas, colegas y amigos; y en una menor medida para la comunidad). Oficialmente, sin embargo, la ocurrencia de estas violaciones es a menudo negada en forma categórica. Así, el gobierno sudafricano por largo tiempo insistió en que no mantenía prisioneros políticos, y mucho menos admitió que ellos eran víctimas de tortura o abuso. Cuando las muertes en detención llegaban a ser conocidas en forma pública, éstas eran consistentemente atribuidas a causas naturales o de otro tipo. Extraoficialmente, sin embargo, algunos individuos y secciones de las fuerzas de seguridad eran ampliamente conocidos como notorios torturadores y asesinos. En tales casos, el punto no es tanto una falta de *conocimiento* como de rechazo de los implicados a *reconocer* la existencia de esas atrocidades políticas o su papel en ellas. Esto es, en primer lugar, una cuestión política. Precisamente debido a que, en un nivel, la realidad de las atrocidades y las violaciones es demasiado bien conocida por parte de aquellos involucrados, el rechazo efectivo al reconocimiento de ello en público equivale a una demostración básica de poder político. Para las víctimas esto es, en realidad, una duplicación de la violación básica: la violación literal consiste en el dolor, el sufrimiento y el trauma efectivo vivido; la violación política consiste en la negativa a reconocer (públicamente) nada de ello. Esto último, en particular, representa una negación de la dignidad humana y cívica de las víctimas. Para los agresores ello sirve también para definir su poder: no sólo se encuentran en una posición desde la cual pueden hacer cosas terribles a otros, incluyendo asesinato y tortura, sino que además pueden hacerlo con impunidad. Una cosa es que las atrocidades políticas sean el trabajo de victimarios desconocidos, quienes por ello escapan del castigo estipulado en la ley. Políticamente, es una situación diferente que los autores sean conocidos como tales, pero se encuentren en una posición de poder negar la existencia misma de sus víctimas o atrocidades, de ese modo reafirmando su propia impunidad.
- Para el régimen sucesor, una insistencia en los procesos de *reconocimiento* público de las atrocidades políticas y las violaciones a los derechos humanos puede, entonces, bien constituir una prioridad política especial, y en este sentido las comisiones de verdad

²³ Michael Ignatieff, "Articles of Faith", *Index on Censorship*, 1996 (25), pp. 111 ff.

pueden desempeñar un papel vital. Para las víctimas, esto puede proporcionar un foro y procedimientos apropiados para la *restauración particularizada de su dignidad humana y cívica*. Estrictamente hablando, el dolor y el sufrimiento involucrados en las atrocidades políticas pasadas y en las graves violaciones a los derechos humanos nunca pueden, por supuesto, ser revertidos. Las víctimas de asesinatos políticos no pueden ser traídas de regreso a la vida, así como tampoco el daño y el trauma de la tortura y abuso pueden, de alguna forma, ser desechos. Lo que sí puede hacerse, sin embargo, es restaurar en forma pública la dignidad cívica y humana de esas víctimas precisamente mediante el reconocimiento de la verdad de lo que les ha sido inflingido. Esta es la función y el propósito de las audiencias a las víctimas donde las personas pueden contar sus propias historias, y hacer que éstas sean reconocidas públicamente en procesos no confrontacionales. Aun si estas audiencias no agregaran nada a aquello que ha sido anteriormente conocido con relación a las atrocidades respectivas, ello de ninguna manera las convertiría en inútiles. Muy por el contrario, en el transcurso de dichas audiencias la condición de la “verdad” con relación a esos eventos cambia desde algo personal y de memoria suprimida a algo que puede ser compartido en reconocimiento público. De forma similar, en el caso de los agresores, la divulgación de información completa y pública como una condición para la amnistía puede servir para proporcionar alguna medida de responsabilidad. Aun si dichas divulgaciones no agregan mucha información nueva a lo que ya había sido conocido, y aunque los autores no sean procesados o castigados, ellos se ven forzados a reconocer en forma pública esas violaciones y por lo tanto a reconocer que ellos, también, se encuentran sujetos a normas básicas de responsabilidad.

En las circunstancias particulares de la justicia transicional *post-apartheid* en Sudáfrica, la concepción de verdad como reconocimiento plasmada en las audiencias de la CVR para las víctimas representa, así, una elección política por la prioridad del restablecimiento de la dignidad cívica y humana de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Al considerar el especial significado de esta elección particular, ella puede ser comparada con la opción alternativa de una transición “democrática” que pudiera consistir meramente en un restablecimiento formal de derechos de ciudadanía y civiles a quienes les habían sido negados en conformidad con el *apartheid*. Esto, por supuesto, fue el significado de la “elección fundacional” de 1994 para los sudafricanos en general: representó tanto el efectivo como simbólico restablecimiento de la ciudadanía básica. Como tal acción fundacional, la elección miró al futuro, en lugar de al pasado. Ahora piénsese en el efecto que tal elección fundacional habría tenido sin que hubiera nada parecido a una comisión de verdad que mirara hacia el pasado. En ese caso, podría haber sido considerado suficiente que todos los sudafricanos hubieran sido capaces de ejercitar, de allí en adelante, iguales derechos políticos. Sin una CVR, ¿dónde habría dejado eso a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y a los autores de atrocidades políticas? Las anteriores víctimas y los asesinos y torturadores se habrían contado por igual entre los, de allí en adelante, ciudadanos igualitarios de esta nueva democracia sudafricana - pero sin ningún reconocimiento especial de las violaciones anteriores. La CVR refleja un diagnóstico moral y político que señala que, a lo menos en el caso de las víctimas y los autores de las graves violaciones a los derechos humanos, sólo un restablecimiento general y formal de la ciudadanía no sería suficiente. Algo más necesita realizarse: la justicia requiere un procedimiento particularizado de reconocimiento público para restablecer su dignidad humana y cívica, y para exigir alguna

medida de responsabilidad de parte de los agresores. Si esto no se hubiera hecho, entonces la continua presencia de dichas víctimas y victimarios “no reconciliados” habría constituido un cáncer profundo dentro del nuevo sistema de gobierno democrático: el otorgamiento de derechos civiles igualitarios a las víctimas y a los victimarios, a la vez que se ignoran las atrocidades políticas del pasado, habría correspondido a una confirmación de impunidad para los autores y a una negación continua de la dignidad cívica y humana de las víctimas.

Cabe enfatizar que el significado de esta opción por la verdad como reconocimiento opera principalmente a nivel público y político. Constituye un gran error asumir que la participación en las audiencias de la CVR para las víctimas garantizaría de alguna forma la sanación *personal* de los traumas causados por las graves violaciones a los derechos humanos. Puede que los procedimientos involucrados en el restablecimiento público de la dignidad cívica de las víctimas contribuyan o no a la sanación personal, pero ello no puede constituir su principal objetivo. La sanación personal y la reconciliación social a este nivel requiere ser diferenciada del significado político de la verdad como reconocimiento²⁴. Consideremos una nueva opción alternativa, una que daría prioridad a los objetivos *terapéuticos* de la cicatrización personal. Es posible concebir un proceso a través del cual un número importante de víctimas y victimarios son identificados para participar en asesoría psicológica profesional y pastoral dirigida a la sanación individual y a la reconciliación inter-personal. Este proceso diferiría del de la CVR en que no involucraría reconocimiento público sino que operaría en contextos privados y profesionales. ¿Qué diferencia existiría para las víctimas y los victimarios si los objetivos terapéuticos de la sanación personal y la reconciliación inter-personal pudieran efectivamente ser logrados de esta forma? Claramente la diferencia sería principalmente de carácter político. A nivel personal, las víctimas y los agresores estarían, por definición, “sanados” y “reconciliados” - pero sin ningún reconocimiento público de la verdad de las graves violaciones a los derechos humanos ni alguna medida de responsabilidad por las atrocidades políticas correspondientes. Si la sanación personal y la reconciliación inter-personal fueran los objetivos primarios, entonces no tendría importancia que la doble negación de la dignidad humana de las víctimas no hubiera sido tratada en forma pública o que los autores no hubieran sido llamados a alguna forma de responsabilidad - siempre que las víctimas y los agresores por igual fueran individualmente sanados y reconciliados. En contra de lo anterior, la concepción de verdad como reconocimiento que informa las audiencias de la CVR para las víctimas refleja un juego diferente de prioridades, para el cual es crucial que el restablecimiento de la dignidad humana y cívica de las víctimas que habían sufrido a manos del Estado o los agentes políticos, sea también efectuado públicamente por los representantes del Estado y la sociedad civil.

6. Justicia como *recognition*

Hasta ahora nos hemos preocupado principalmente de las funciones *políticas* y del significado de la concepción constitutiva de la verdad como reconocimiento que subyace los objetivos y

²⁴ Brandon Hamber, “Dealing with the Past and the Psychology of Reconciliation: The TRC, A Psychological Perspective”, 4to. Simposio Internacional sobre: *The Contributions of Psychology to Peace* (Ciudad del Cabo, 1995; *ibid.*, “Do Sleeping Dogs Lie? The Psychological Implications of the TRC in South Africa”, Centre for the Study of Violence and Reconciliation, artículo ocasional (Johannesburg, 1997).

la práctica de la CVR y, en particular, de las audiencias para las víctimas. ¿Y qué puede decirse sobre los fundamentos morales de la CVR? ¿Cómo se relaciona esta noción de verdad como reconocimiento con las preocupaciones de la justicia transicional? Debemos distinguir el sentido específico de justicia que es relevante en este contexto, aquel de *justicia como recognition* involucrado en el restablecimiento de la dignidad humana y cívica de las víctimas, distinto tanto de aquel de *justicia penal y retributiva* como también de aquel de *justicia social y distributiva*. En la práctica, los sentidos respectivos de verdad y justicia están relacionados de diferentes maneras a través de los procesos y procedimientos específicos propios de los procesamientos criminales, audiencias públicas, etc. Éstos implican distintas presunciones e implicancias con relación a la relativa prioridad de, o enfoque a, los agresores y/o las víctimas. En el caso de los procesamientos que buscan justicia penal y retributiva, la estructura del sistema adversarial equivale a enfocarse especialmente en el agresor como el acusado que puede estar sujeto a castigo, pero a quien se debe presumir inocente hasta que se pruebe su culpabilidad. “Verdad”, en este contexto, como Martha Minow, entre otros, ha señalado²⁵, está limitada a aquello que puede ser relevante para la *culpa o inocencia criminal* del autor de los crímenes. ¿Qué pasa con la *verdad de la víctima*, o los muchos otros aspectos complejos y multifacéticos de la verdad relevante para un caso particular? En lo que concierne a la práctica de la justicia criminal, se puede presumir que las víctimas tienen efectivamente un interés básico en ver que se aplique una justicia retributiva a los agresores, pero, aparte de ello, ellas no pueden esperar ninguna consideración especial. El testimonio de las víctimas es también sólo admisible en conformidad con estrictas normas sobre la prueba y puede estar afecto a un contra-interrogatorio potencialmente hostil. En la práctica, como ocurre normalmente con respecto a la experiencia de víctimas en juicios criminales por violación, el proceso de obtención de *justicia criminal* (para los agresores) puede muy bien implicar para las víctimas repetir una experiencia traumática que agrava la violación original.

Comparada con la estructura confrontacional del sistema de justicia criminal y su enfoque en el acusado, las comisiones de verdad representan una forma alternativa de ligar la verdad con la justicia, otorgando prioridad a la víctima. El sentido relevante de justicia - aquel que está íntimamente conectado con el de verdad como reconocimiento - es el de *justicia como recognition*²⁶, esto es, de la justicia involucrada en el respeto a otras personas como fuentes igualitarias de verdad y titulares de derechos. En la práctica esto requiere una orientación fundamentalmente diferente de aquella del sistema de justicia criminal, mediante audiencias públicas centradas en la víctima, esto es, foros no contenciosos y de apoyo estructurados de manera que permitan el reconocimiento de víctimas “que cuentan sus propias historias”. Estas audiencias, a menudo, no concordarán con las normas sobre la prueba requeridas en los procedimientos criminales, así como tampoco necesariamente alcanzarán los requerimientos de la justicia natural y el respeto de la norma de audiencia bilateral (*audi alterem partem*), especialmente cuando estos testimonios involucran a otros. Lo que está en juego cuando a las víctimas se les permite “contar sus propias historias” no es solamente las declaraciones de hechos específicos, sino el derecho a enmarcarlas desde su propia perspectiva y así ser reconocidas como fuentes legítimas de verdad y de reclamos de derechos y justicia.

²⁵ Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, Nueva York: Beacon Press, 1998; cf. también Graeme Simpson, “A Brief Evaluation of South Africa’s Truth and Reconciliation Commission”, pp. 12 ff.

²⁶ Jonathan Allen, “Balancing Justice and Social Unity: Political Theory and the Idea of a Truth and Reconciliation Commission”, artículo no publicado, Princeton University, 1999, pp. 20 ff.

El sentido relevante de la verdad es aquí, entonces, aquel de una *verdad narrativa* más holística inserta en el marco general de los eventos y experiencias que, en su conjunto, forman la propia “historia” de la víctima. Por supuesto, en cierto sentido, cada individuo tendrá su propia “historia”, tanto los victimarios como las víctimas, pero tales *verdades personales* constituyen otro asunto - los agresores no son invitados a contar *sus* “propias historias” sino a revelar y reconocer en un foro de responsabilidad pública su parte en las atrocidades políticas del pasado. Sólo en la medida que la verdad narrativa de estas historias calce con los objetivos generales tanto de la justicia como *recognition* como de la verdad como reconocimiento, y por lo tanto sirva para restablecer la dignidad humana y cívica de las víctimas y garantizar alguna medida de responsabilidad para los agresores, dichas historias concordarán con la concepción moral que sirva de base a las comisiones de verdad como un mecanismo para la justicia transicional.

¿De qué manera la noción de justicia como *recognition*, ligada a aquella de verdad como reconocimiento, proporciona un *fundamento moral* apropiado para la CVR? Aquí debemos distinguir cuidadosamente entre los principios de justicia conocidos dentro de democracias liberales consolidadas (o lo que Rawls denomina la *concepción especial* de justicia) y las necesidades específicas de la justicia transicional (compatible con la *concepción general* de justicia). Separada de las circunstancias de la justicia transicional, la idea de la necesidad de restablecer la dignidad cívica y humana de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos bien puede parecer incoherente, si no tautológica. A este nivel de abstracción, se asume que los términos Kantianos de respeto igualitario por las personas como agentes morales, el imperativo moral - tratar a cada persona como un fin, y nunca como un medio para un fin - se aplican a todo lo ancho del espectro, a víctimas y victimarios por igual. Dadas estas presunciones, esto es, dentro del marco moral y político de democracias liberales establecidas, los autores de graves violaciones a los derechos humanos aparecen moralmente condenados por sus violaciones a los derechos de otros. En lo que a ellos concierne, tales agresores han fallado en su deber más básico de respeto por las personas. ¿Pero qué pasa con la condición moral de las víctimas de dichas graves violaciones a los derechos humanos? En términos de la *concepción especial* de la justicia, esto es, dadas las presunciones morales y políticas de las democracias liberales establecidas, las víctimas, incluso aquellas de graves violaciones a los derechos humanos, pueden difícilmente ser concebidas como habiendo perdido por ello su condición moral como personas que deben ser respetadas como fines en sí mismas. La medida moral de las atrocidades políticas involucradas en la tortura, asesinato y otros graves abusos radica en el hecho de que éstas fueron perpetradas en personas cuyos derechos y dignidad deberían haber sido respetados. Pero, entonces, si dado el juego de presunciones subyacentes en el funcionamiento de las democracias liberales establecidas, la dignidad humana y cívica de las víctimas no puede ser nunca “perdida”, ¿cómo puede existir alguna necesidad moral especial para el restablecimiento de dicha dignidad humana y cívica? En términos de la *concepción especial* de justicia, no existe necesidad para la noción de justicia como *recognition* salvo en relación con el respeto debido a todas las personas como titulares de derechos, sean ellos víctimas y victimarios por igual. Este es el sentido involucrado en el respeto por iguales derechos y justicia, lo que es fundamental a la noción misma del estado de derecho sobre la cual las instituciones jurídicas estables en las democracias liberales se encuentran fundadas. Pero es precisamente motivo de preocupación para la *justicia transicional* que esas instituciones regulares no puedan (todavía) darse por sentadas; en conformidad con el régimen anterior las fundaciones mismas de la ley y de las

instituciones públicas pueden haber sido pervertidas y todavía es preciso afirmar una nueva cultura de derechos y ciudadanía igualitaria. Existe un sentido (histórico) muy real en el cual la dignidad humana y cívica de algunos, en particular de las víctimas de las atrocidades políticas y las graves violaciones a los derechos humanos, ha sido negada y ahora necesita ser reafirmada en forma pública si queremos que se consolide la transición democrática. En esta perspectiva, la justicia como *recognition* debe entonces involucrar más que el solo sentido abstracto (Kantiano) de respeto moral, y es este nuevo sentido de justicia como *recognition* el que requiere de los recursos especiales que proporcionan las comisiones de verdad como un medio para alcanzar la justicia transicional²⁷. Qué es lo que involucra este nuevo sentido de justicia, y cómo se concilia con los requerimientos de la *concepción general* de justicia, son interrogantes que aún deben ser explicados. Nosotros lo haremos, en definitiva, de tres formas diferentes: considerando las implicancias de Conciencia Negra (*Black Consciousness*) en la Sudáfrica del *apartheid*; tomando en cuenta el análisis de Elaine Scarry sobre el significado fenomenológico de la tortura; y, finalmente, refiriéndonos a la teoría de Axel Honneth de la justicia como *recognition*.

Nuestra primera aproximación al sentido específico de justicia como *recognition* relevante a la justicia transicional puede ser proporcionada por la doctrina de “Conciencia Negra”, según lo expone Steve Biko en la cúspide del *apartheid* a fines de la década de los años 60. Moral y políticamente, Conciencia Negra tuvo algunas características paradójicas. Su impulso central, por supuesto, fue la afirmación de la dignidad humana, del valor moral y de la acción política del pueblo negro en Sudáfrica. En una perspectiva moral abstracta, esto puede representar algo consabido. Sin embargo, en el contexto particular de ese tiempo y lugar, ello fue un desafío decisivo a las leyes, políticas e ideología del *apartheid*, que ahora, en retrospectiva, puede ser evaluado como un factor altamente contributivo al proceso de transición en las décadas siguientes. Esencialmente, Conciencia Negra (CN) supuso un proceso dialéctico en el cual la pérdida de dignidad humana y cívica por parte de las personas de raza negra en conformidad con el *apartheid* llegó a ser el punto de partida para su recuperación. Biko tuvo una muy clara conciencia de las consecuencias humanas y morales de una historia de conquista colonial y dominación racial de los negros: “El hombre negro ha llegado a ser una cáscara, una sombra de un hombre, completamente derrotado, ahogado en su propia miseria, un esclavo, un buey que lleva el yugo de la opresión con avergonzada timidez”²⁸. Fue precisamente para contrarrestar esta realidad histórica, esto es, para restablecer la dignidad humana y cívica de los negros bajo el *apartheid*, que se requería el proyecto conscientizador de Conciencia Negra: “El primer paso, por lo tanto, es hacer que el hombre negro se encuentre a sí mismo; de bombear vida a su cáscara vacía; de infundirle orgullo y dignidad ... Esta es la definición de ‘Conciencia Negra’”²⁹. Aun así, ¿de qué manera debería concebirse a Conciencia Negra como un proyecto de conscientización? Por una parte, ella aparece como incoherente: si los negros habían realmente sido victimizados a tal punto de perder su valor humano y dignidad cívica, entonces ¿cómo sería para ellos posible ser capaces de volver a obtener la necesaria presencia moral y política? Y, por otra parte, ello podía ser peligrosamente inductivo a error: si los negros podían, de alguna forma, y a pesar de todas las

²⁷ Véase el capítulo de Elizabeth Kiss, “Moral Ambition and the Politics of Restorative Justice” en este volumen.

²⁸ Steven Biko, “We Blacks”, en *I Write What I Like*, ed. A. Stubbs, San Francisco: Harper & Row, p. 29.

²⁹ *Ibid*; cf. Steven Biko, “The Definition of Black Consciousness” en *I Write What I Like*, ed. A. Stubbs: “Conciencia Negra busca infundir en la comunidad negra un orgullo nuevamente descubierto de ellos mismos, de sus esfuerzos, de sus sistemas de valores, de su cultura ...”.

realidades sociales y políticas, reafirmar su orgullo y dignidad en el núcleo mismo del *apartheid*, ¿no equivaldría ello al arquetipo de “falsa consciencia”? En la realidad del *apartheid* de Sudáfrica durante la década de los años '70, los negros “conscientizados”, aun y especialmente cuando reafirmaban su orgullo y dignidad humana y cívica, eran sujetos a todas las indignidades de las leyes de salvoconducto, segregación territorial y cosas peores. Evidentemente, Conciencia Negra no podría ser un asunto de mera reafirmación unilateral; era un proyecto histórico y político, que sólo podría ser apropiadamente realizado en el contexto de una Sudáfrica *post-apartheid* y democrática. Entonces, es ésta, precisamente, la interrogante actual: ¿qué se requiere hacer en la “nueva” Sudáfrica democrática en relación con esa realidad histórica de negación y pérdida de dignidad humana y cívica por parte de la población negra durante el *apartheid*? Moral y políticamente, la necesidad es de justicia como *recognition*, el restablecimiento público y efectivo de la dignidad humana y cívica de los negros en una democracia *post-apartheid*. Conciencia Negra puede entonces ser considerada como la articulación de una necesidad moral y política de justicia como *recognition*. (No necesariamente se desprende de ello que la CVR sea también una respuesta apropiada a esta necesidad, como puede verse en la actitud crítica de muchos de quienes vienen de la tradición de CN hacia la CVR).

Por supuesto, el diagnóstico de CN de la pérdida de dignidad humana y cívica bajo el *apartheid* se aplicaba a los negros en general y no solamente, o ni siquiera específicamente, a las víctimas de atrocidades políticas o graves violaciones a los derechos humanos como la tortura. (Esta preocupación por las características generalizadas y sistémicas del *apartheid* es una de las razones por las que aquellos que vienen de la tradición de CN pueden ser críticos acerca de la priorización de atrocidades políticas individuales en el proceso de la CVR). Aun así, resulta claro que las atrocidades políticas tales como la tortura constituyen casos extremos de la pérdida de la dignidad humana y cívica de un modo muy específico. Aquí podemos, como una segunda aproximación al sentido relevante de justicia como *recognition*, volvernos hacia el análisis de Elaine Scarry sobre la estructura de la tortura, o “la conversión del dolor real en la ficción del poder”, en su notable estudio “*El Cuerpo Doliente*”³⁰. El análisis fenomenológico de Scarry acerca de la estructura de la tortura está diseñado para demostrar que ésta, a diferencia del mero sufrimiento del cuerpo o del causar sádicamente el dolor por sí mismo, necesariamente involucra tres fenómenos simultáneos, el causar dolor, la amplificación y objetivización de sus atributos subjetivos, y la transformación de éstos en la insignia de poder: “Primero, el dolor es causado a una persona de formas cada vez más intensas. En segundo lugar, el dolor continuamente amplificado en el cuerpo de la persona, es también amplificado en el sentido de ser objetivizado, hecho visible para aquellos fuera del cuerpo de la persona. En tercer término, el dolor objetivizado es negado como dolor y leído como poder”³¹. A diferencia del dolor que puede estar presente en una enfermedad o como resultado de una lesión, la tortura típicamente asume la forma discursiva de “interrogatorio”, de la imposición de dolor acompañada de una “pregunta”, la que efectivamente tiene poco o nada que ver con los propósitos instrumentales ostensibles de obtener inteligencia o información. El propósito efectivo y la fuerza propulsora común de los diferentes componentes de la tortura tiene que ver, nada menos que con la destrucción del propio mundo de la víctima en formas diseñadas para dar testimonio del poder del mundo del victimario. El

³⁰ Elaine Scarry, *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World*, New York: Oxford UP 1985, Ch.1.

³¹ *Ibid.*, p. 28; cf. p. 51

dolor mismo, argumenta Scarry, no es sólo resistente al lenguaje en el sentido que más que ninguna otra experiencia no puede ser articulado y así permanece esencialmente privado, sino que el dolor intenso “destruye de manera activa (el lenguaje), logrando una regresión inmediata a un estado anterior al lenguaje, a los sonidos y gritos que un ser humano emite antes que el lenguaje sea aprendido”³². A través de la práctica de la tortura estas características son sistemáticamente puestas a trabajar para destruir el mundo de la víctima: “El dolor físico ... es destructor del lenguaje. La tortura causa dolor corporal que es en sí mismo destructor del lenguaje, pero la tortura también imita (objetiviza en el medio externo) esta capacidad de destruir el lenguaje en su interrogación, el propósito del cual no es obtener la información necesaria sino visiblemente “deconstruir” la voz del prisionero”³³. Más que la mera imposición del dolor en sí mismo, el proceso de tortura entonces involucra una contracción de la civilización en la celda o pieza inmediata donde cada objeto, incluyendo el propio cuerpo de la víctima, puede ser transformado en un arma de tortura, únicamente para que el mismo dolor objetivado sea negado como dolor en una reafirmación del poder del agresor³⁴. Enfrentado con la realidad fenomenológica de la tortura, entonces, no puede haber lugar a duda con respecto a la necesidad moral de restablecer la dignidad humana y cívica de la víctima en algún proceso compensatorio. A pesar que el argumento general de su libro se centra mucho en la contrapartida a la “destrucción” del mundo de la víctima en el dolor corporal de la tortura y la guerra, mediante una “compensación” y “hacer real” que proporciona el proceso de civilización, Scarry no incursiona en el tema de una respuesta apropiada a la tortura aparte de lo señalado en un simple párrafo. Allí ella se refiere a los esfuerzos de organizaciones tales como Amnistía Internacional “para restaurar a cada persona torturada su voz, para usar el lenguaje para dejar que el dolor haga una narración certera de sí mismo. ... Tal como la tortura consiste en actos que magnifican la forma en la cual el dolor destruye el mundo de una persona, su yo y su voz, estos otros actos que restablecen la voz llegan a ser no sólo una denuncia del dolor sino casi una disminución del dolor, un revertir parcial del proceso de la tortura misma”³⁵. No es muy difícil ver aquí, por lo menos en bosquejo, una motivación para la práctica de las audiencias para las víctimas que son características de las comisiones de verdad como una respuesta apropiada, en conformidad con los requerimientos de la justicia como *recognition*, a la necesidad moral de restaurar la dignidad humana y cívica de las víctimas.

Finalmente, para un análisis al nivel de la filosofía moral del problema de la *pérdida* de dignidad y respeto, y de los remedios necesarios para restablecerlos, podemos volvernos hacia la teoría de *justicia como recognition* de Honneth, y más particularmente a su tratamiento del fenómeno moral de la *falta de respeto*³⁶. Según Honneth, diferentes formas de falta de respeto corresponden a cada uno de los tres componentes involucrados en la compleja concepción de la justicia como *recognition*, esto es, los sentidos diferentes y complementarios

³² *Ibid.*, p. 4.

³³ *Ibid.*, pp. 19-20; cf. “El dolor intenso destruye el mundo. Al exigir una confesión, los torturadores exigen al prisionero registrar y objetivizar el hecho que el dolor intenso es destructivo del mundo ... El mundo, la propia identidad y la voz se pierden, o casi se pierden, a través del intenso dolor de la tortura ... La confesión del prisionero meramente objetiviza el hecho de estar casi perdido” (pp. 29, 35).

³⁴ *Ibid.*, p. 45.

³⁵ *Ibid.*, p. 50.

³⁶ Axel Honneth, *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*, Cambridge MA, MIT Press, 1995.

de una básica *confianza en sí mismo*, el *respeto moral a sí mismo*, y la *auto-estima* reconocida socialmente³⁷. De especial importancia son las diferentes formas en las que éstos se relacionan con los problemas de la justicia transicional y/o con la *concepción especial* de justicia, en tanto que ellos también requieren diferentes clases de remedios.

Así, en primer término, existen las acciones de falta de respeto que se relacionan con el *respeto moral a sí mismo* en el estándar Kantiano de una dignidad humana universal o respeto por las personas como fines en sí mismas. El respeto moral a sí mismo, en este sentido, subyace al concepto moderno de reciprocidad implícito en el reconocimiento jurídico de las personas como titulares de derechos en las democracias liberales, y cualquier violación a los derechos de otros equivale a una negación al respeto moral debido a ellas como personas titulares de derechos³⁸. Aquí es necesario recurrir a la ley, no meramente para hacer exigibles nuestros propios derechos, sino también para garantizar igual respeto para todas las personas bajo el imperio del derecho. Esto no es de especial preocupación de la justicia transicional sino que se aplica dentro del contexto de las democracias liberales establecidas en términos de la *concepción especial* de justicia; es un requerimiento fundacional del estado de derecho de cualquier cultura de derechos. Más relevante para nuestros propósitos, son las clases de falta de respeto que “conllevan el peligro de un daño que puede llevar a la identidad de la persona, como un todo, al punto de colapso”³⁹. Aquí, Honneth está pensando, en segundo término, en las formas de falta de respeto radical que podrían amenazar la *básica confianza en sí mismo* de una persona, la capacidad subyacente exigida para establecer relaciones inter-subjetivas tales como amor o amistad. A diferencia del respeto moral a sí mismo, que es una noción distintivamente moderna, la confianza básica en sí mismo es una pre-condición para la auto-realización en cualquier comunidad humana. Las clases de falta de respeto moral involucradas en las degradaciones personales fundamentales o en las graves violaciones a los derechos humanos, tales como la tortura y la violación, representan, en este sentido, asaltos a la confianza básica en sí mismo. Siguiendo el análisis de Elaine Scarry de la estructura de la tortura, Honneth concuerda en que la tortura no sólo consiste en causar dolor puramente físico sino que en realidad constituye un asalto al sentido de realidad mantenido por la víctima, que amenaza ese necesario sentido de confianza básica en sí mismo: “el sufrimiento de la tortura o la violación va siempre acompañado por un rompimiento dramático de la confianza que se tiene en la posibilidad de confiar en el mundo social, y por lo tanto por un colapso de la confianza básica de sí mismo”⁴⁰. En tales casos, la justicia como *recognition* requeriría evidentemente más que la aceptación moral implícita al buscar los recursos legales disponibles en conformidad con la ley. Ocurre algo similar con las clases de falta de respeto radicales que dañan a las personas en relación al tercer sentido de respeto a sí mismo, aquel de la *auto-estima* reconocida socialmente. En contextos modernos, este concepto ya no conlleva necesariamente el significado tradicional de pérdida de “honor” y “dignidad” asociado con estatus sociales particulares enraizados en condiciones de orden jerárquico y colectivo, pero formas de degradación personal que acarrear la pérdida total de auto-estima no son menos reales. En esta conexión, Honneth invoca el uso por parte de Orlando Patterson de la categoría de “muerte social” para la negación fundamental de derechos y la exclusión de la sociedad que

³⁷ *Ibid.*, Ch. 5: “Patterns of Intersubjective Recognition: Love, Rights and Solidarity”, pp. 92 -130.

³⁸ Cf. también John Rawls, “A Kantian Conception of Equality”, en *Collected Papers*, pp. 254-267.

³⁹ *Ibid.*, p. 132.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 133.

caracteriza la práctica de la esclavitud⁴¹. Nuevamente la justicia como *recognition*, o el restablecimiento de la dignidad humana y cívica de las víctimas de la falta de respeto radical, debe requerir más que un puro reconocimiento jurídico. En efecto, estos son problemas de la justicia transicional. En tanto que la conocida noción (Kantiana) de respeto moral a sí mismo ligada a la concepción de las personas como titulares de derechos pertenece al contexto de las democracias liberales establecidas, los esfuerzos para restablecer la pérdida de la confianza básica en sí mismo y la auto-estima reconocida socialmente, debido a graves violaciones de los derechos humanos, constituye un proyecto específico de la justicia transicional.

Honneth no desarrolla el tema de qué formas la justicia como *recognition* se podrían adoptar para responder a estos tipos de falta de respeto radical que amenazan la pérdida de la confianza básica en sí mismo y la auto-estima reconocida socialmente. En lugar de ello, él meramente formula comentarios sobre su importancia en las luchas para lograr reconocimiento y las políticas de identidad, en el sentido que las infracciones a la reciprocidad podrían llegar a motivar movimientos sociales de protesta y resistencia. Aquí él adopta algunas de las ideas fundamentales de Barrington Moore y E. P. Thompson acerca de cómo las infracciones al “contrato social implícito” o a la “economía moral” podrían explicar la emergencia de un sentido histórico de injusticia⁴². Esto plantea profundas dudas relativas a la disponibilidad o la emergencia de marcos conceptuales nuevos y alternativos para el pensamiento moral y político, los que no pueden ser profundizados aquí en términos generales. Basta decir que el reciente desarrollo en contextos de justicia transicional de “comisiones de verdad” y la articulación de nociones tales como *verdad como reconocimiento* y *justicia como recognition* asociadas con ellas Son muy pertinentes.

¿Cuál es, entonces, el resultado de nuestra explicación de los fundamentos morales de la CVR y de las comisiones de verdad más en general? Hemos sostenido que la *verdad como reconocimiento* y la *justicia como recognition*, como concepciones morales que informan la práctica de la CVR, son ideas distintivas y coherentes, relevantes para la justicia transicional y no implican necesariamente una concesión moral en la cual la justicia es sacrificada por el bien de algún otro valor. Más bien, al nivel de la *concepción general* de Rawls, tanto la verdad como reconocimiento como la justicia como *recognition* pueden ser derivadas de los requerimientos de la justicia misma en las circunstancias de la justicia transicional. La noción de verdad como reconocimiento ha sido relacionada especialmente con el objetivo político básico del restablecimiento de la dignidad cívica y humana de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Con relación a la compleja noción de justicia como *recognition*, la pérdida de la confianza básica en sí mismo y la auto-estima reconocida socialmente, por encima del sentido general de respeto moral a sí mismo, son específicamente importantes para los proyectos de justicia transicional. Esto difiere de aquello que Rawls llamaría la *concepción especial* de la justicia, tan conocida en el contexto de las democracias liberales consolidadas, en la medida que estas ideas no asumen la existencia de democracias liberales establecidas o instituciones estables de ley y orden, sino que se aplican más específicamente a transiciones históricas de regímenes autoritarios luego de violaciones

⁴¹ *Ibid.*, p. 135; cf. Orlando Patterson, *Slavery and Social Death: A Comparative Study*, Cambridge MA, Harvard UP, 1992.

⁴² *Ibid.*, pp. 166 ff; cf. Barrington Moore, *Injustice: The Social Bases of Obedience and Revolt*, Nueva York: M. E. Sharpe, 1978; E. P. Thompson, *The Making of the English Working Class*, Londres: Gollancz, 1963.

masivas a los derechos humanos. En estas circunstancias de justicia transicional, existen necesidades morales y políticas especiales para restablecer la dignidad cívica y humana de las víctimas, su confianza básica en ellas mismas y su auto-estima reconocida socialmente. Sin embargo, aun si las distintas nociones de verdad como reconocimiento y justicia como *recognition* son coherentes y relevantes a la justicia transicional, las prácticas desarrolladas por ellas no son por ello auto-validantes. La justificación moral y política de dichas prácticas depende de si ellas se encuentran basadas en una evaluación correcta de las necesidades morales principales en ese contexto de transición particular. En relación con esto, la naturaleza “mixta” de la transición sudafricana del *apartheid*, que involucra tanto elementos de un “régimen criminal” como también de un “régimen de criminales”, establece complicaciones especiales. Las nociones de verdad como reconocimiento y justicia como *recognition*, según se explora en este capítulo, se relacionan especialmente con las audiencias para las víctimas, las que constituyeron una característica notable durante la fase inicial de la CVR. Sin embargo, las audiencias para las víctimas fueron únicamente una parte de las actividades complejas y de muchos niveles del proceso de la CVR. Otras actividades de la CVR, tales como el proceso de la amnistía, o la obtención de información con respecto a los victimarios en el Informe Final de la CVR, se basaron en nociones morales diferentes. Éstas también derivan de evaluaciones específicas de las necesidades morales y políticas especiales en la transición del *apartheid*, como lo hacen varios de los desafíos de la CVR relacionados con la justicia. De distintas formas, éstos constituyen diferentes diagnósticos históricos traducidos en prioridades morales y políticas. Ninguno de ellos es auto-validante; y su justificación moral dependerá tanto de las exigencias de la justicia transicional como de las características reales de la transición específica involucrada. Aun así, las nociones de verdad como reconocimiento y justicia como *recognition*, las cuales sirvieron de fundamento a las audiencias para las víctimas como parte crucial del proceso de la CVR, proporcionan una alternativa coherente a las nociones de justicia basadas en el procesamiento y en el castigo penal y como tales proveen un posible modelo moralmente justificable de justicia transicional.

Introducción a la Edición en Inglés del Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Chile*

José Zalaquett

Este informe es el núcleo de la seria respuesta que Chile ha intentado dar a uno de los principales dilemas éticos y políticos de nuestro tiempo. El problema se puede resumir de la siguiente manera: ¿Cómo puede un país superar el legado de una dictadura y de violaciones masivas a los derechos humanos si el nuevo gobierno está sujeto a restricciones significativas de carácter institucional y político? Bajo estas circunstancias ¿cómo es posible armonizar los objetivos necesarios, aunque usualmente en conflicto, de justicia y paz social? ¿Cuáles son los principios morales que deberían guiar las acciones de los dirigentes políticos bajo situaciones tan ambiguas?

Chile enfrentó este dilema después de que asumiera el poder el Presidente Patricio Aylwin el 11 de marzo de 1990, cuando se dio fin a más de 16 años de gobierno militar. Otros países en diversas regiones del mundo habían abordado el mismo proceso de transición de dictaduras a gobiernos democráticos. Chile aprendió de dichas experiencias; sin embargo, la principal lección fue entender que el riesgo político asociado con el proceso de ajustar cuentas con el pasado es muy alto; que no cabe esperar un resultado plenamente satisfactorio; y que las tensiones sociales producto del legado de violaciones a los derechos humanos perduran por mucho tiempo.

Así las cosas, la solución chilena también e inevitablemente presentó insuficiencias. Sin embargo, fue una política seria y cuidadosamente diseñada que ha logrado resultados positivos en el país y constituye un aporte al acervo de experiencias sobre esta materia, del que otras naciones podrían beneficiarse. Efectivamente, desde la fecha de publicación de este informe en Chile, otros países se han encontrado bajo la misma coyuntura política y sin duda otros más se hallarán en similar situación en el futuro.

Esta introducción pretende explicar la razón de ser y los efectos de la política de derechos humanos del Presidente Aylwin, de la que este informe es un componente central. El diseño de esta política fue cuidadosamente pensado. Durante la campaña presidencial, la

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa del Center for Civil and Human Rights, titular del derecho de autor.

Concertación de Partidos por la Democracia, la coalición de centro y centro-izquierda que apoyó la candidatura de Aylwin, creó una comisión para formular recomendaciones sobre una política de derechos humanos del futuro gobierno. Inmediatamente después de su asunción, el Presidente Aylwin inició consultas con activistas de derechos humanos, familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos, líderes religiosos y representantes de un amplio espectro de partidos políticos.

Para definir tal política era necesario establecer ante todo los objetivos principales. Éstos se hicieron evidentes: reparar el daño causado por las violaciones a los derechos humanos, tanto a sus víctimas como a la sociedad en general, y prevenir que dichas atrocidades vuelvan a suceder jamás. La raíz del problema era, sin embargo, definir la forma en que dichos objetivos se podrían lograr y su probabilidad de éxito. Estas interrogantes no podían ser contestadas en el vacío. Al menos cuatro importantes consideraciones debían ser debidamente ponderadas: la naturaleza y gravedad de las violaciones de derechos humanos cometidas y el alcance de la investigación sobre verdad y justicia que éstas exigen; las restricciones impuestas por las instituciones y leyes existentes y la probable reacción de las fuerzas armadas chilenas; la experiencia relevante de otros países; y los deberes dictados por las normas internacionales de derechos humanos, así como la posición que la comunidad internacional ha adoptado con respecto a esta materia. Un análisis de estos factores es indispensable para entender este informe y la política de la cual emanó.

El 11 de septiembre de 1973 las fuerzas armadas chilenas atacaron La Moneda, el palacio presidencial en el centro de Santiago. A pocas horas, el Presidente elegido, Salvador Allende, fue encontrado muerto (este informe concluye que se suicidó), y una junta militar presidida por el General Augusto Pinochet tomó el poder.

Estos hechos fueron seguidos por un período de intensa represión política que se tradujo en muertes y desapariciones, el encarcelamiento o exilio de innumerables chilenos y el uso generalizado de la tortura. Estas violaciones masivas a los derechos humanos sacudieron la conciencia de la opinión pública mundial.

Los tres años de gobierno del Presidente Allende y los más de 16 años de dictadura que le siguieron constituyen el capítulo más turbulento de la historia de Chile como país independiente. Chile ha tenido una larga tradición de instituciones democráticas y respeto por el estado de derecho. Sin embargo, la década de los '60 fue testigo de un proceso de creciente polarización política (que se describirá en la segunda parte de este informe) que llevó a una intolerancia y división cada vez mayor entre los diferentes sectores de la sociedad chilena. Durante el trágicamente fallido experimento socialista llevado a cabo por la administración Allende, esta polarización se agudizó y el golpe de estado de 1973 representó su momento más crítico. Los chilenos estuvieron fuertemente divididos con respecto a este resultado. Algunos lo consideraron una inadmisibles interrupción violenta de la democracia; otros pensaron que era una solución inevitable para prevenir una inminente guerra civil.

Posiciones radicalmente opuestas acerca del golpe militar están aún presentes en el país, aunque la mayoría de los chilenos ha llegado a admitir que el desacuerdo con respecto a dicho evento es inevitable. Sin embargo, actualmente, los chilenos reconocen ampliamente que existe una diferencia entre el golpe de Estado en sí y las violaciones de derechos humanos

que le siguieron. Aun cuando la inevitabilidad o admisibilidad del primero puede ser controvertible, no debieran existir opiniones encontradas con respecto a la total ilegitimidad de lo segundo. Si bien las bases éticas para hacer esta diferenciación son indiscutibles, no muchos de los partidarios de la dictadura se atrevieron a denunciar abiertamente las violaciones de derechos humanos, al menos no durante los años más críticos del régimen militar.

Tanto en Chile como en el resto del mundo, los asesinatos políticos, desapariciones y tortura han sido considerados como los peores abusos del régimen militar. Hubo ciertamente muchas otras violaciones de derechos humanos, incluyendo encarcelamientos arbitrarios y exilio forzado, así como ataques a otras libertades civiles. No obstante la gravedad de dichas transgresiones, se trataba de eventos conocidos que el gobierno militar nunca negó. Por el contrario, intentó justificarlos argumentando que la emergencia en que el país se habría encontrado permitía la suspensión de ciertos derechos individuales. Sin embargo, no existe ni siquiera la posibilidad más remota de intentar justificar los asesinatos políticos y desapariciones bajo el marco del derecho internacional (bien sea el derecho de los derechos humanos o el Derecho Internacional Humanitario), ya que las normas que prohíben estas prácticas no pueden ser nunca suspendidas o derogadas. Por ello, estos crímenes siempre fueron negados por el gobierno militar y tales negaciones fueron aceptadas como creíbles por sus partidarios civiles (muchos de ellos probablemente prefirieron no saber la verdad). Estos partidarios dieron crédito a las explicaciones oficiales donde se notificaba que nada más que excesos aislados e inevitables podían haber ocurrido. A lo más podían creer que el alcance real de los abusos fue mucho menor al reportado por las organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales y por la prensa extranjera.

Como se documenta abundantemente en este informe, el método de desapariciones fue utilizado sistemáticamente durante los primeros cuatro años del régimen militar. La detención de las víctimas nunca fue reconocida. Se les mantuvo detenidos clandestinamente, sometidos a tortura y posteriormente fueron ejecutados de manera sumaria. Se dispuso de sus restos secretamente. Este informe documenta cerca de mil de estos casos. Durante los primeros meses del régimen militar las desapariciones no estaban coordinadas de manera centralizada. Pero hacia finales de 1973, con el establecimiento de la DINA, la policía secreta del régimen, las desapariciones se realizaron de acuerdo a un método cuidadosamente organizado con el que se buscaba exterminar oponentes considerados peligrosos y, además, evitar responder por tales hechos.

Los familiares de los presos ejecutados tuvieron al menos la posibilidad de enterrar a sus muertos. Sin embargo, los familiares de los desaparecidos han sufrido durante años la cruel incertidumbre sobre el destino de sus seres queridos, experimentando un duelo permanente así como alimentando esperanzas cuando ya nada cabe esperar. Ellos necesitan desesperadamente conocer la verdad.

La DINA fue disuelta en 1977 y reemplazada por una nueva entidad, la CNI. El método sistemático de las desapariciones cesó, pero otras violaciones a los derechos humanos, incluyendo asesinatos y torturas, continuaron, aunque en menor escala.

El gobierno militar siempre sostuvo que estaba librando una guerra, aun cuando no ortodoxa, en contra de un enemigo insidioso y subversivo. Sin embargo, esta pretensión no se puede sostener bajo ninguna definición de conflicto armado. Como se establece en este informe, con excepción de algunos actos aislados de resistencia en el día del golpe de Estado y en el período inmediatamente posterior, el gobierno militar logró un efectivo control del país. Durante los primeros siete años de su mandato fue capaz de suprimir toda oposición, independientemente de si era violenta o no. Sin embargo, hacia 1980 y como se explica en este informe, algunos grupos de oposición empezaron a organizar una resistencia armada. Aun cuando nunca fueron capaces de controlar territorio o de realizar operaciones militares de manera sostenida, sus acciones dieron cierto fundamento a las afirmaciones del gobierno de que se libraba una guerra. Estos grupos cometieron asesinatos, la mayoría de los cuales podrían calificarse de actos terroristas o, al menos, como actos que violaban los principios humanitarios aceptados internacionalmente. Noventa de estos asesinatos están documentados en este informe.

Algunos grupos de oposición justificaron el uso de las armas bajo el argumento que estaban luchando en contra de un gobierno tiránico. La necesidad y justificación de una rebelión armada puede ser debatible, como asimismo lo es la necesidad de un golpe de Estado (sin embargo, la mayoría de los que rechazaban el régimen militar, rechazaron también la legitimidad o eficacia de la insurrección armada). Pero, una vez más, es importante distinguir entre las razones que pueden llevar a algunos a tomar las armas contra del gobierno militar y acciones específicas de los rebeldes que transgreden las leyes de los conflictos armados u otros principios básicos de carácter humanitario.

Estas realidades exigían que la política de derechos humanos del gobierno de Aylwin se enfocara, principalmente, en revelar la verdad acerca de las víctimas fatales de la violencia política, esto es, tanto de las víctimas de los asesinatos y desapariciones cometidos por agentes del gobierno (la gran mayoría de ellas), como también de los asesinatos políticos cometidos por los grupos rebeldes. La práctica de la tortura por parte del gobierno también tenía que ser reconocida.

Un segundo factor que la administración de Aylwin debía tener presente, era el conjunto de restricciones de carácter institucional y político que heredó del régimen militar. Entre ellas destaca la ley de amnistía decretada por el gobierno militar en 1978, luego de la disolución de la DINA. Con esta legislación se pretendía que con excepción de un crimen (el asesinato de Orlando Letelier en Washington DC, ordenado por la DINA en septiembre de 1976) todas las violaciones de derechos humanos cometidos antes de la fecha de dicho decreto quedarán impunes y sólo las ofensas cometidas después de dicha fecha pudieran ser eventualmente castigadas. Las peores y más sistemáticas violaciones a los derechos humanos ocurrieron justamente durante el período cubierto por la amnistía. Este período incluye algunos crímenes horribles, la mayoría de ellos difícilmente comprobables en un tribunal sin la colaboración de sus perpetradores o de sus compañeros de armas.

La Corte Suprema chilena, criticada severamente en este informe por su incapacidad de proteger los derechos humanos, había confirmado la validez del decreto de amnistía de 1978. Por supuesto el Presidente Aylwin no tenía facultades constitucionales para inmiscuirse en las decisiones de la Corte. No podía tampoco esperar con los votos para derogar esta

legislación. De hecho, a pesar de su amplia victoria en las elecciones presidenciales y parlamentarias, la coalición del gobierno no obtuvo mayoría en el Senado debido a una disposición en la Constitución de 1980 por la que se reserva un número de cargos para senadores que no son elegidos sino designados.

Pero incluso si hubiese sido posible revocar la amnistía, el gobierno de Aylwin habría tenido que calcular muy bien las probables consecuencias de dicha determinación. Aun cuando la Constitución de 1980 fue modificada previamente a las elecciones presidenciales, ésta conservó disposiciones que restringían los poderes del Presidente. Dentro de estas normas, la más importante es aquella que asegura la inamovilidad de los comandantes de las fuerzas armadas, incluyendo al General Pinochet, Comandante en Jefe del Ejército, hasta 1997. El propósito de esta disposición era mantener la cohesión institucional de las fuerzas armadas - una de las principales características del régimen a lo largo de los años de la dictadura - durante el periodo inicial (y para los militares, políticamente impredecible) del restablecimiento de la democracia. Las fuerzas armadas consideraban la amnistía y sus efectos legales como un asunto resuelto y se encontraban altamente preocupados ante la posibilidad de un elevado número de procesos penales. Estaban convencidos que en 1973 ellos habían sido el último bastión institucional capaz de salvar al país de caer en el comunismo. En este sentido argumentaban que los juicios debilitarían su posición, lo que peligrosamente dejaría al país sin su protección en caso de un nuevo desvío hacia el socialismo, posibilidad que no debía ser descartada. Más aún, sentían que habían logrado retornar a la democracia, ordenadamente, con un país económicamente dinámico y que este resultado restaba importancia a cualquier costo indeseable en que hubiera debido incurrirse. Sin mucho disimulo, antes y después del inicio del gobierno del Presidente Aylwin, las fuerzas armadas dejaron en claro que no tolerarían la revocación de la ley de Amnistía.

Por otra parte, un importante componente de la plataforma política propuesta por la coalición que apoyó a Aylwin, fue la promesa de revocar la amnistía de 1978. Ante la imposibilidad de lograr este objetivo, el gobierno consideró que al menos debía pedir al Poder Judicial que los efectos de la amnistía no impidieran las investigaciones judiciales sobre el destino de los desaparecidos, aun si dichas investigaciones no terminaban en juicio y castigo.

Al diseñar su política de derechos humanos, el gobierno de Aylwin también debió tomar en cuenta la experiencia de otros países, los principios del derecho internacional y la opinión de la comunidad internacional de derechos humanos.

En Chile, durante los años de la dictadura, el concepto de derechos humanos se convirtió en el contrapeso moral a la fuerza del régimen militar. Después del golpe de Estado, una coalición de iglesias lideradas por la Iglesia Católica estableció el Comité por la Paz, que en 1976 se transformaría en la Vicaría de la Solidaridad de la Arquidiócesis de Santiago. Estas sucesivas organizaciones prestaron ayuda moral y legal a miles de víctimas de la represión política y a sus familiares. Documentaron cuidadosamente todos los casos que conocieron y produjeron acabados y numerosos informes sobre la situación de los derechos humanos en Chile. Al mismo tiempo organismos y organizaciones internacionales, tanto intergubernamentales como no gubernamentales, se concentraron intensamente en la situación de derechos humanos en Chile, desde el establecimiento del régimen militar. La prensa internacional también dio gran cobertura al tema. Todos encontraron una confiable fuente de

información en el Comité por la Paz, la Vicaría de la Solidaridad, y otras organizaciones de derechos humanos que surgieron en Chile durante esos años.

La prolongada y rica experiencia que Chile obtuvo en su lucha por proteger los derechos humanos ha tenido una notable influencia en el ámbito de los valores sociales y del discurso público. Cuando Chile inició su transición a la democracia, el tema de los derechos humanos se había convertido en el concepto dominante de ética política. Los políticos chilenos que en el pasado podrían haber invocado el tema de los derechos humanos como estrategia para confrontar la represión del régimen militar, fueron aceptando, con el paso de los años, su valor universal y su lugar central dentro de un sistema democrático. Por su parte, los políticos que respaldaron el régimen militar, comenzaron a admitir abiertamente que deberían haber prestado más atención a la protección de los derechos humanos.

En sus comienzos, las organizaciones de derechos humanos que nacieron en Chile tras el golpe militar conocían muy poco sobre los desarrollos logrados por el movimiento internacional de derechos humanos. Sin embargo, muy pronto se familiarizaron con el escenario internacional y pudieron, a su vez, contribuir al desarrollo de mecanismos de protección en las Naciones Unidas (ONU) o en la Organización de Estados Americanos (OEA), así como al trabajo de organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional, la Comisión Internacional de Juristas y Americas Watch.

El caso chileno recibió bastante más atención internacional que la que normalmente se hubiera otorgado a un país de escasa importancia geopolítica. Por muchos años la ONU y la OEA le dieron prioridad para sus monitoreos de violaciones a los derechos humanos. El caso de Chile fue ampliamente conocido por la opinión pública internacional, mucho más que el de otros países que sufrieron una represión comparable o aún peor. En los comienzos del régimen militar, este hecho podría explicarse por el gran contraste entre el golpe de Estado y la imagen de tolerancia política que Chile había alcanzado. Además, el experimento político del “camino pacífico al socialismo” impulsado por el presidente Allende, había capturado la atención de distintos sectores de la opinión pública internacional. Su trágica muerte en el palacio presidencial adquirió el poder duradero de un símbolo.

Este intenso interés que despertó inicialmente en la comunidad internacional la situación de derechos humanos en Chile fue sostenido posteriormente gracias al trabajo de las organizaciones chilenas de derechos humanos. La Vicaría de la Solidaridad había logrado documentar la gran mayoría de violaciones a los derechos humanos cometidas por el régimen militar. Las organizaciones chilenas de derechos humanos llegaron a ser consideradas por la comunidad internacional entre las más eficientes de todas las que trabajaban dentro de un contexto dictatorial.

Dado el estatus internacional que logró en el caso de Chile y la fortaleza del trabajo de derechos humanos en el ámbito nacional, la comunidad internacional de derechos humanos siguió con gran atención la manera en que Chile manejaba el legado de violaciones del régimen dictatorial. Distintos países habían debido enfrentar este mismo problema en años precedentes. Las organizaciones internacionales de derechos humanos aún estaban aprendiendo las lecciones de estos desarrollos y ajustando sus propias políticas en esta materia.

Podría decirse que el movimiento internacional de derechos humanos tal como lo conocemos hoy (activo y altamente visible) se inició en la década de los años '60. El tema de derechos humanos había sido incorporado formalmente en la agenda mundial desde la creación de las Naciones Unidas. Pero, aun cuando los tratados internacionales y sus correspondientes mecanismos intergubernamentales son de central importancia, no fue sino hasta la década de los '60 que un movimiento mundial de derechos humanos comenzó a tomar fuerza. En el ámbito internacional este movimiento empezó con la creación de Amnistía Internacional y otras organizaciones no gubernamentales que canalizaron el activismo de ciudadanos preocupados por el tema alrededor del mundo. Más tarde se empezaron a formar organizaciones nacionales en países donde había un cuadro de represión política.

Hasta el comienzo de los años '80 estas organizaciones internacionales trabajaban principalmente el tema de las violaciones de derechos humanos que estaban siendo cometidas por gobiernos. Se asumía que poner fin a dichas prácticas o continuar con ellas era una decisión que dependía de su voluntad política. Así, hacer campaña para que se acabara inmediatamente con las violaciones de derechos humanos no se basaba, entonces, solamente en normas claras y en firmes convicciones de la opinión política mundial, sino también en el hecho de que los gobiernos no podían argumentar que el problema estaba fuera de su alcance.

Sin embargo, la obligación negativa de abstenerse de cometer crímenes es de una naturaleza diferente que la obligación positiva que tiene el sucesor de un régimen represivo de aplicar justicia por los crímenes cometidos en el pasado. No se puede dar por hecho que estos nuevos gobiernos tienen el poder necesario para dar cumplimiento a dicha obligación. Este problema se hizo evidente con el caso de Argentina después de la caída del régimen militar y la elección del Presidente Alfonsín en 1983.

Hasta ese entonces, el pensamiento internacional sobre cómo enfrentar crímenes cometidos por los Estados se hallaba enmarcado por el principal precedente de nuestro tiempo: los Juicios de Nuremberg y Tokio. Este precedente enfatizaba el deber, impuesto por la conciencia de la humanidad y ratificado por varias normas legales internacionales, de procesar y castigar ciertos crímenes y la necesidad de ese tipo de medidas para preservar la memoria colectiva y crear mecanismos efectivos de disuasión. Teniendo en cuenta este marco, la función de las organizaciones internacionales de derechos humanos debería limitarse a asegurar que, en la tarea de hacer justicia, el nuevo gobierno respetase las reglas de un proceso justo y otras normas de derechos humanos.

Sin embargo, el modelo aplicado después del fin de la Segunda Guerra Mundial se basó en una condición material necesaria: los criminales de guerra que fueron llevados a juicio no perdieron el poder por vías políticas sino tras una completa derrota militar. Por tanto, los vencedores no tuvieron que sopesar consideraciones sobre correlación de fuerzas.

La naturaleza de algunos de los casos más sobresalientes de transición política anteriores a 1983 no fue tal que pudiera poner en cuestión la conveniencia de este modelo. Por ejemplo, en 1979 en Nicaragua, los Sandinistas obtuvieron una victoria decisiva por las armas. Asimismo, en 1974, tras la caída del régimen militar en Grecia, el nuevo gobierno civil juzgó a muchos de los oficiales del anterior régimen. El Presidente Alfonsín de Argentina

también sometió a proceso a varios de los altos oficiales militares del régimen anterior. Sin embargo, así como ocurrió en Grecia, los uniformados argentinos habían sido recientemente vencidos en un conflicto fuera de su territorio continental. A consecuencia de ello, perdieron autoridad y cohesión institucional. Este factor facilitó la posibilidad de iniciar juicios en Argentina, aun cuando los militares seguían controlando las armas. Sin embargo, tiempo después, recobraron un grado de cohesión tal que les permitió presionar fuertemente al Presidente Alfonsín para que adoptara medidas de impunidad.

Después de las complicaciones que el gobierno de Alfonsín tuvo que enfrentar y de la rápida sucesión de transiciones políticas en diferentes regiones del mundo (desde América, Europa Central y Oriental, hasta África) la entera gama de factores éticos, legales y políticos relacionados con la transición de una dictadura a una democracia se hicieron patentes. En muchos de estos países los gobiernos que sucedieron a las dictaduras no llegaron al poder tras victorias militares sino, por el contrario, a través de tortuosos caminos políticos. Los responsables por los crímenes y sus seguidores continuaban siendo una fuerza que debía ser tomada en cuenta. A menudo, antes de dejar el poder alcanzaron a imponer leyes e instituciones para limitar la capacidad de acción de futuros gobiernos. En algunos casos hubo conflictos armados internos, pero terminaron en una paz negociada, sin un claro ganador; o también, se dieron casos en que una de las partes resultó victoriosa, pero temía que los juicios por crímenes del pasado antagonizaran a grupos étnicos o nacionales rivales, generando condiciones para que el conflicto se reiniciara.

¿Cuáles son los principios que deben aplicarse ante dichas situaciones? ¿De dónde pueden extraerse? Este era un dilema ético nuevo, aun cuando muchos de sus elementos, considerados por separado, ya habían sido ampliamente estudiados por juristas, filósofos morales y teólogos. Por ejemplo, gran parte de la literatura sobre ética política versa sobre la relación entre medios y fines en la vida política, y, más concretamente, sobre si los políticos deben guiarse, en el logro de fines éticamente deseables, por el posible resultado de sus acciones. En cuanto a las ciencias jurídicas, las teorías del derecho penal se han ocupado, desde siempre, del valor social o moral de las penas por su valor preventivo o disuasivo, o bien como un instrumento de justicia retributiva. Por otra parte, después de la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg, diversas resoluciones y tratados de las Naciones Unidas han definido los crímenes en contra del Derecho Internacional. Estas normas incluyen las obligaciones de los Estados de someter a proceso ciertos crímenes o de abstenerse de establecer límites a su enjuiciamiento y castigo. Finalmente, tanto las teorías legales como las leyes nacionales, en la mayoría de los países, e incluso los tratados internacionales también se refieren a medidas de clemencia, incluyendo el perdón y la amnistía. Pero la fuente más rica de doctrinas y reflexiones sobre la clemencia y el perdón se encuentra en las enseñanzas de las principales religiones en lo que se refiere al reconocimiento de las culpas, el arrepentimiento, la penitencia, el perdón y la reconciliación.

Sin embargo, la suma de estos principios y teorías sobre distintos aspectos del problema no era suficiente. Se necesitaba un hilo conductor ético que integrara los principios y las restricciones que la vida real presenta. Éste fue hallado en la distinción que Max Weber formula entre la ética de los fines últimos (o ética de la convicción) y la ética de la responsabilidad, tal como se expone en su famosa conferencia “La política como vocación” dictada en Munich, en 1919. Weber aclara que una ética de la convicción no implica una falta

de responsabilidad, así como una ética de la responsabilidad no supone la falta de convicciones. Más bien, él enfatiza la diferencia fundamental entre actuar de acuerdo con un precepto ético, independientemente del resultado, y actuar teniendo en cuenta las consecuencias predecibles de nuestra actuación.

Según Weber, los políticos siempre se deben guiar por una ética de responsabilidad. Con mayor razón hay que concluir que deben seguir esta máxima en casos donde lo que está en juego para la sociedad es tan importante como lo es en las situaciones de transición política descritas anteriormente. Los líderes políticos no deben actuar solamente sobre la base de sus convicciones, sin prestar atención a las restricciones de la vida real; de lo contrario, los mismos principios éticos que quieren alcanzar pueden verse menoscabados por una reacción política o militar. Sin embargo, debe quedar muy en claro que un político tampoco puede apelar a la necesidad de prudencia como una mera excusa para no actuar o para justificar su cobardía. Los políticos responsables no son aquellos que vacilan en tratar de cumplir con los principios éticos fundamentales, aun en circunstancias peligrosas. Más bien son aquellos que evalúan cuidadosamente las circunstancias de manera que, tanto como sea posible, puedan lograr los resultados deseados.

En retrospectiva, es interesante comprobar cómo las distinciones formuladas por Weber han inspirado a tantas personas que han debido recomendar o adoptar decisiones políticas sobre derechos humanos en diferentes países y que, aparentemente, no tuvieron contacto entre sí. Más o menos en la misma época, alrededor de 1990, el Presidente Aylwin, el Presidente de Checoslovaquia Vaclav Havel y algunos analistas de derechos humanos, hacían referencia expresa a la particular relevancia que tenían los conceptos de Weber en situaciones de transición política.

En lo que atañe a Chile, el Presidente Aylwin tuvo en consideración las experiencias recientes en Argentina y Uruguay. Además de ser vecinos latinoamericanos, estos países, tal como Chile, habían sido gobernados por regímenes militares, luego de parecidos procesos de polarización política. Las violaciones de derechos humanos en estos tres países fueron de una gravedad comparable.

Durante el proceso de transición, Argentina enfatizó la importancia de revelar la verdad y lo hizo a través de una comisión oficial que produjo un informe muy completo sobre la práctica de las desapariciones. También se anuló una ley de amnistía que los militares habían dictado. Pero, más adelante, el gobierno de Alfonsín se vio obligado a cambiar sus políticas iniciales y, actuando bajo presión, impulsó leyes para impedir futuros juicios. Uruguay enfatizó el perdón y algunas medidas de reparación. No hubo procesamientos ni tampoco un informe completo sobre la verdad. Esto llevó a muchos ciudadanos descontentos a organizar una campaña de recolección de firmas para derogar, mediante referéndum, la ley que impedía los procesamientos. Aunque perdieron la votación, este problema causó una amarga división en la sociedad uruguaya durante los primeros años de gobierno democrático.

La lección de estas experiencias para la administración Aylwin era que debía proponer una política sostenible. Reparación y prevención fueron los objetivos de dicha política. Verdad y justicia serían los principales medios para lograr estos objetivos. El resultado

esperado era alcanzar una reconciliación de la dividida sociedad chilena así como lograr una paz social duradera.

La verdad se consideró como un valor absoluto e irrenunciable por varias razones: para poder arbitrar medidas de reparación y prevención, era necesario saber, cabalmente, qué era lo que se quería reparar y prevenir. Además, la sociedad no podía simplemente borrar un capítulo de su historia (aunque existieran diferentes interpretaciones posibles de los hechos). El vacío sería llenado con mentiras o con versiones encontradas. La unidad de la nación depende de una identidad compartida, que a su vez depende, en buena medida, de una memoria compartida. La verdad también trae consigo un grado de catarsis social y ayuda a prevenir que el pasado se repita. Adicionalmente, sacar los hechos a la luz es hasta cierto punto una forma de castigo, aun cuando leve, en la medida que provoca una censura social contra los responsables de los crímenes o contra las instituciones o grupos de los que ellos eran miembros. Aunque la verdad por sí sola no puede impartir justicia, sí logra poner fin a muchas injusticias presentes: no devuelve la vida a los muertos, pero los saca del silencio o el olvido; para las familias de los desaparecidos, saber la verdad sobre su destino significaría, finalmente, el término de una búsqueda angustiada. Se estimaba además que el esclarecimiento de la verdad sería posible, aunque el destino de los cuerpos de la mayoría de los desaparecidos muy probablemente seguiría siendo desconocido.

En cuanto a la justicia, una consideración importante era evaluar los deberes que impone el Derecho Internacional. La conclusión fue que las naciones tienen la discreción de decidir democráticamente si aplican o no, medidas de clemencia, siempre y cuando estas decisiones sean informadas, es decir, que la verdad acerca de lo que está siendo amnistiado o perdonado sea conocida. Sin embargo, el Derecho Internacional impone a los gobiernos la obligación de investigar y castigar ciertos crímenes particularmente graves. Si entre los delitos amnistiados por la dictadura militar chilena (en particular los relacionados con la práctica sistemática de desapariciones) se encuentran crímenes que de acuerdo al Derecho Internacional siempre deben ser enjuiciados y castigados, es una materia que puede dar lugar a cierta controversia, en términos técnicos. Pero no había ninguna duda que la amnistía del gobierno militar sí cubrió crímenes que al menos, calzaban dentro del espíritu de tales normas internacionales. La posición de la administración Aylwin era que el cumplimiento de la obligación de procesar estos crímenes dependía no sólo del Poder Ejecutivo sino también del Parlamento y la Judicatura. Si el Ejecutivo no podía cumplir con su obligación por sí solo, al menos se abstendría de decretar o proponer medidas que confirmaran o aumentaran la situación existente de impunidad legal.

La justicia criminal estaría limitada en la práctica a crímenes cometidos después de la amnistía decretada por el gobierno militar en 1978 y al único crimen anterior a la amnistía que estaba exento de ésta, el caso Letelier. Sin embargo, el gobierno insistiría en su posición de que el Poder Judicial debía, al menos, investigar el destino de los prisioneros desaparecidos, aun en casos cubiertos por la amnistía. Adicionalmente, otras medidas de justicia, como reparaciones y la reivindicación del buen nombre de las víctimas, podrían ser ampliamente aplicadas.

Basada en estas consideraciones, la administración Aylwin prometió “toda la verdad, y justicia en la medida de lo posible”. El sentido de responsabilidad dictaba que durante la

transición esto sería lo más que podría esperarse. De hecho, si el gobierno hubiese realizado un intento (por fútil que fuera, dadas las restricciones legales en Chile) de expandir las posibilidades para iniciar enjuiciamientos, lo más probable es que hubiera provocado tensiones y reacciones con el resultado final que ni verdad ni justicia habrían sido alcanzados.

Así, la política de derechos humanos se basaba principalmente en esclarecer la verdad. El gobierno era consciente que para que la verdad alcanzara los propósitos esperados, debía establecerse de una manera que concitara el respeto de todos los chilenos. Es así como el Presidente Aylwin estableció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, un panel de ocho personas seleccionadas a lo ancho del espectro político, que produjo este informe.

El lector encontrará abundantes detalles en este informe, particularmente en las Partes Primera y Segunda, sobre cómo la Comisión condujo sus investigaciones a lo largo de todo el país y acerca del contexto en que las violaciones investigadas ocurrieron. A la Comisión también se le solicitó proponer recomendaciones sobre reparaciones y prevención. Éstas se presentan detalladamente en la Parte Cuarta. Desde que este informe fue publicado y distribuido muchas de las recomendaciones más importantes han sido llevadas a cabo. Entre ellas cabe resaltar la concesión de pensiones, por ley, a las familias de todas las personas listadas en el informe como víctimas, y el establecimiento de una organización encargada de continuar la investigación de los casos que la Comisión no pudo concluir, además de hacer un seguimiento a su trabajo. También se propusieron algunas reformas legales, basadas en gran medida en las recomendaciones de la Comisión.

Las fuerzas armadas se opusieron tajantemente al establecimiento de la Comisión. Sin embargo, al final, se sometieron a la autoridad del Presidente y respondieron (más en forma que en sustancia) a las múltiples consultas de la Comisión. Aquellos partidos políticos que también objetaron el establecimiento de la Comisión, finalmente aceptaron su necesidad y ofrecieron su cooperación.

El 9 de febrero de 1991 la Comisión entregó su informe al Presidente. El 4 de marzo el Presidente Aylwin presentó los resultados a la nación en un discurso televisado y, como jefe de Estado, pidió perdón por los crímenes cometidos por sus agentes. El informe fue ampliamente difundido. El Congreso adoptó una resolución unánime aprobándolo. Todos los partidos políticos reconocieron la verdad sobre los hechos investigados, aunque algunos discreparon acerca de las interpretaciones históricas que allí se presentan. El Ejército y la Armada rechazaron públicamente el informe, centrándose principalmente en la interpretación histórica sobre la administración Allende y el papel del gobierno militar. No negaron las situaciones individuales contenidas en el reporte. Con el paso del tiempo, no cabe duda que los hechos establecidos en el informe han sido ampliamente aceptados en Chile como la verdad de lo sucedido.

La Comisión nombró a las víctimas pero no a los perpetradores. Menciona los cuerpos de las fuerzas armadas o de la policía responsables por los actos y hasta las unidades específicas involucradas, pero no atribuye culpa a individuos. Sin embargo, envió a los tribunales la evidencia incriminatoria que logró recoger. La Comisión no era un tribunal y no realizó juicios. Mencionar culpables que no se habían defendido y que no estaban obligados a hacerlo, habría sido el equivalente moral de condenar a alguien sin debido proceso. Esto

hubiese contradicho el espíritu - si no la letra - de los principios del estado de derecho y de los derechos humanos.

Basados en la información suministrada por la Comisión, algunos tribunales reactivaron investigaciones judiciales en casos de desapariciones. También un número notable de asesinatos políticos, incluyendo el caso de Letelier, ha sido llevado a juicio. En esos casos los resultados de la Comisión probablemente no añadieron mucho a la evidencia recogida por los tribunales. Pero se puede decir que el clima creado por el establecimiento de la verdad global motivó a algunos jueces concienzudos a continuar con las investigaciones de casos específicos.

Sin lugar a dudas el lector encontrara que este informe, aunque limitado por los términos de su mandato y escrito en estilo sobrio, transmite la cardinal importancia ética de la tarea emprendida. Efectivamente, todos aquellos que participaron en esta labor, comisionados y personal por igual, se vieron profundamente conmovidos por este hecho. No obstante sus diferentes convicciones políticas, todos se sintieron unidos por una adhesión sincera a los derechos humanos y por una clara comprensión sobre el carácter singular de su misión cívica. Ello se refleja de manera elocuente en el hecho de que el informe fue aprobado por unanimidad.

Quienes trabajaron para producir este informe tomaron conciencia del poder depurador de la verdad. Entrevistar a miles de familiares de las víctimas y otros testigos a lo largo de la nación fue un método riguroso y necesario. Al mismo tiempo, como los entrevistadores descubrieron muy pronto, fue una manera de sanar heridas, una por una, y, por lo tanto, una forma de contribuir a una paz duradera. También se sintieron impresionados por la generosidad de los familiares de las víctimas. Ciertamente, muchos de ellos demandaban justicia aunque virtualmente ninguno mostró deseos de venganza. La mayoría enfatizó que, al final, lo que realmente les importaba, era conocer la verdad, que la memoria de sus seres queridos no fuera denigrada ni olvidada y que hechos tan terribles nunca más volvieran a suceder.

Respuesta: El Deber de Castigar los Abusos Cometidos en el Pasado Contra los Derechos Humanos Puesto en Contexto: El Caso de Argentina*

Carlos S. Nino

I. Introducción

Debemos estar agradecidos de Diane Orentlicher por tan completo análisis de un tema que es extremadamente difícil.

Sin embargo, pienso que su discusión teórica no alcanza a explicar las variadas y, a menudo, difíciles realidades que deben enfrentar los gobiernos sucesores. Orentlicher se centra en cuestiones morales y legales, e infiere algunas conclusiones sobre el deber de enjuiciar de manera selectiva pasadas violaciones a los derechos humanos. Pero el problema de inferir esas conclusiones no se relaciona tanto con premisas morales o de normativa legal, sino con premisas de hecho que por su parte también condicionan dichas conclusiones. Pienso que Orentlicher deja de lado algunas circunstancias relevantes que los gobiernos sucesores deben enfrentar, y que son cruciales a la hora de decidir si iniciar o no procesos judiciales acerca de las violaciones de derechos humanos.

El objetivo de este comentario es poner la fórmula de Orentlicher en un contexto fáctico¹. Compartiré, como estudio de caso, algunos aspectos particularmente complicados de la situación que tuvo que enfrentar el gobierno del Presidente Raúl Alfonsín en Argentina cuando se realizaron juicios por violaciones a los derechos humanos, cometidas tanto por las guerrillas de izquierda como por el gobierno anterior. Intentaré demostrar que, una vez que esas circunstancias se toman en cuenta, las conclusiones que Orentlicher plantea deben recibirse con mucha reserva, al menos con respecto al caso argentino.

No quisiera generalizar mis conclusiones a otros casos, sin matizarlas. Pero conociendo la complejidad de las situaciones en países como Uruguay y Chile, debo poner en duda los efectos benéficos de un deber general que no toma en cuenta dichas

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de The Yale Law Journal Company y William S. Hein Company de *The Yale Law Journal*, Vol. 100, pp 2619-2640.

¹ Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Punish Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 Yale L.J. 2537 (1991). En este artículo me basaré en mis conocimientos de primera mano y observaciones de los juicios en Argentina. Para un recuento más detallado, véase O. Gómez, "El Diario del Juicio" (1985) (microfilm archivado en Yale Law School Library); Nota, "Human Rights: Conviction of former Argentine Military Commanders for Human Rights Abuses Committed by Subordinates", 27 Harv. Int'l L.J. 688 (1986) (describiendo los juicios y condenas en Argentina).

complejidades².

Me dispongo primero a explicar por qué considero que las premisas morales y legales no constituyen un gran problema según las conclusiones de Orentlicher. Comenzando con la dimensión moral, el alcance del deber que un gobierno tiene para enjuiciar selectivamente abusos de derechos humanos en el pasado depende, por supuesto, de la teoría en la que se basa la justificación para el castigo. Solamente la teoría de retribución obligatoria - la idea que a todo crimen se le debe imponer una condena proporcional, sin importar las consecuencias de esta política - tiene implicancias diferentes a las demás. En otras oportunidades³, he descrito la irracionalidad y dificultad moral que conlleva esta forma de entender el castigo. Si bien es cierto que muchas personas se aproximan al tema de las violaciones a los derechos humanos con un fuerte impulso punitivo, casi todos los que se toman un momento para pensarlo más detenidamente no estarían dispuestos a defender una política diseñada para castigar esos abusos una vez que quede claro que semejante práctica podría provocar, a través de una cadena causal, abusos semejantes o aún peores. Uno podría ser un retribucionista de la corriente permisiva y sostener que una mala acción en el pasado hace que el criminal pierda su inmunidad ante el castigo, pero que el Estado esté moralmente obligado a castigarlo o no, depende de las consecuencias de dicho castigo. O, alternativamente, se podría pensar que esas consecuencias son relevantes a la permisividad misma de la condena.

Aun así, en muchas teorías sobre el castigo existe un fuerte elemento deontológico en la limitación del castigo, cualesquiera sean las consecuencias. En mi opinión, esta restricción deontológica al tipo de condenas que resultan útiles para la sociedad, proviene de la necesidad de que el autor del crimen otorgue previamente su consentimiento para asumir su responsabilidad legal frente a la condena, lo que es estructuralmente análogo a lograr un acuerdo en un contrato. Este consentimiento se evidencia con el hecho de que la persona actuó voluntariamente cuando cometió el crimen, siendo conciente que el hecho de tener que asumir la responsabilidad sería una consecuencia normativa de su acto, independiente de si prevea o no que efectivamente sería castigado.

Por supuesto que existen consecuencias del castigo que son muy valiosas, por ejemplo, disuadir eventos similares al demostrar que ningún grupo está por encima de la ley, o consolidar una democracia que presupone el respeto por el estado de derecho. Sin embargo, los procesos penales pueden tener algunos límites y deben ser armonizados con el propósito de preservar el sistema democrático. Esta última salvedad es aún más sensata cuando se tiene en cuenta que la preservación del sistema democrático es un prerequisite para esos mismos castigos y que su pérdida es un antecedente necesario para la violación masiva de derechos humanos. El castigo obligatorio, que le da valor a las condenas por encima de todo, hace surgir la pregunta de si la igualdad ante la ley es infringida cuando la necesidad de proteger instituciones valiosas como la democracia, lleva a una selección de los agentes que serán procesados por abusos a los derechos humanos. La sola idea de que se pueda estar cometiendo esa infracción contra el requerimiento de la igualdad ante la ley

² En el caso de Uruguay, la ley de amnistía por los abusos de derechos humanos cometidos durante el régimen militar anterior fue ratificada por plebiscito popular. ¿Podría toda una población violar el deber propuesto por Orentlicher? En el caso de Chile, existe un balance extremadamente delicado entre la nueva e imperfecta democracia, y lo que queda del antiguo régimen. La legitimidad y estabilidad del primero aún se basa en alguna continuidad del último, que, en su tiempo promulgó una ley de amnistía prohibiendo los juicios contra militares.

³ Ver C. Nino, *The Ethics of Human Rights* (1991); Nino, *A Consensual Theory of Punishment*, 12 *Phil. & Pub. Aff.* 289 (1983).

presupone que la retribución obligatoria es la posición correcta sobre el tema del castigo.

Para aclarar por qué sólo quienes sostengan un concepto de condena basado en el castigo obligatorio pueden cuestionar una política selectiva, resulta útil recurrir a la distinción que hace Dworkin entre los derechos individuales establecidos por los principios, y las metas colectivas que imponen las políticas⁴. El ejercicio de reconocer los derechos implica la obligación de universalizar ese reconocimiento a todas las situaciones similares, mientras que los objetivos colectivos no crean ese tipo de obligación. Por ejemplo, si se reparten anticonceptivos a un grupo de personas basándose en el reconocimiento de su derecho a controlar la reproducción, entonces éstos deben ser distribuidos equitativamente a todos aquellos que se encuentren bajo las mismas circunstancias. Si, por el contrario, se distribuyen para alcanzar alguna meta colectiva, como frenar la tasa de crecimiento de la población, la distribución puede tomar en cuenta circunstancias moralmente irrelevantes como la fertilidad y puede interrumpirse cuando la meta es alcanzada, aún cuando algunas personas se quedan sin recibir anticonceptivos.

Casi todas las teorías de castigo, con excepción de la del castigo obligatorio, niegan que alguien tenga el derecho a que otros sean condenados por un crimen cometido en el pasado. Condenar a aquellos que han renunciado a su derecho a no ser condenados, no se debe a que se haya reconocido que sus víctimas o sus familiares tienen el derecho a que se lleve a cabo esa condena. Es la consecuencia de una meta colectiva impuesta por la política de proteger los derechos humanos hacia el futuro. De esta manera, nadie puede exigir que esa condena sea universalizada a casos similares si de ese modo el objetivo de las condenas no va a ser logrado. Igualmente, la abstención del gobierno de imponer condenas en este caso tampoco surge del reconocimiento de un derecho a no ser castigado, como sí lo sería cuando la abstención se debe al reconocimiento de que el crimen ha sido justificado. En consecuencia, otros autores de crímenes no pueden exigir que sean sujetos al mismo tratamiento. Esto no quiere decir que la selección pueda ser completamente arbitraria o que pueda proceder de acuerdo con criterios generalmente proscritos, tales como la raza de los acusados. La selección se debe realizar teniendo en cuenta su utilidad para satisfacer las metas que se buscan dentro de criterios generalmente permitidos. Orentlicher parece estar en general de acuerdo conmigo en este importante punto.

Como último asunto preliminar, queda hacer referencia a las premisas relacionadas con la ley, en este caso, con el Derecho Internacional. En otras oportunidades⁵ he señalado que las proposiciones normativas de la ley que justifican acciones y decisiones, surgen de los principios morales que dan legitimidad a cierta autoridad, en este caso las costumbres y convenciones internacionales, y también de proposiciones que describen las promulgaciones de la autoridad. En última instancia, un criterio necesario para la validez de cualquier norma de ley positiva, incluyendo las leyes positivas internacionales, es la voluntad de las instituciones del gobierno, en este caso Estados y organismos internacionales, de hacerla cumplir⁶. Orentlicher no ha demostrado suficientemente que esto sea así en el caso de la norma que supuestamente establece el deber del gobierno sucesor de enjuiciar selectivamente las violaciones pasadas a los derechos humanos.

Los argumentos de Orentlicher resultan más fuertes si son interpretados como proposiciones sobre cómo el Derecho Internacional debería ser reformado o desarrollado,

⁴ Véase Dworkin, *Taking Rights Seriously* 90-100 (1977).

⁵ Véase C. Nino, *La Validez del Derecho* (1985).

⁶ En general véase, C. Nino, *Introducción al Análisis del Derecho* (1980).

en vez de afirmaciones sobre lo que ya existe. Pero ese tipo de interpretación nos devuelve a la dimensión puramente moral, haciendo necesario evaluar cadenas causales muy complejas. Efectivamente, la inclusión del deber de condenar crímenes pasados dentro del Derecho Internacional podría, de hecho, causar mayores consecuencias negativas que deben ser tomadas en cuenta en la evaluación moral de toda la situación. Esto se relaciona con uno de los puntos más interesantes planteados por Orentlicher, que la inclusión de este deber dentro del Derecho Internacional podría efectivamente ayudar a los gobiernos en el proceso de enjuiciar los abusos de derechos humanos. Pero cualquier evaluación de si esto sería así requiere que se examine el complejo conjunto de hechos y circunstancias de cada caso particular.

II. Una Mirada desde las Trincheras

Quisiera ahora describir de manera sucinta las circunstancias bajo las cuales el gobierno de Alfonsín tuvo que tomar decisiones con respecto a los juicios por abusos contra los derechos humanos cometidos por el anterior gobierno militar y por las guerrillas de izquierda durante la “guerra sucia contra la subversión”. Espero que esta narración nos ayude a determinar si el gobierno tenía un deber moral de enjuiciar esos abusos y, de ser así, si cumplió con éste. Más aún, podríamos determinar si la propuesta de Orentlicher de imponer el deber legal bajo el Derecho Internacional pudo haber ayudado a cumplir con cualquier obligación moral existente.

Hacia finales de 1982 Argentina estaba a punto de reventar en una mezcla de rabia y esperanza. En medio de una crisis económica, el régimen militar estaba completamente desacreditado, debido a (1) la derrota en la guerra de las Malvinas (Islas Falkland) que a su vez desenmascaró los engaños que venía haciendo a la población⁷, (2) la denuncia de actos de corrupción, y (3) las horrendas historias de denigración humana descritas con detalle sensacionalista en los periódicos semanales. El régimen estaba colapsando y tuvo que llamar a elecciones abiertas y libres. Con el tiempo surgieron dos candidatos principales, con posturas opuestas en cuanto al enjuiciamiento de las violaciones pasadas a los derechos humanos. El Sr. Ítalo Luder, un abogado constitucionalista y miembro del Partido Peronista, sostenía que los abusos cometidos por los militares no podían ser sujetos a juicio debido a la imposibilidad constitucional de derogar con retroactividad la ley de amnistía⁸ promulgada por el régimen militar.

Su opositor, el Sr. Raúl Alfonsín del Partido Radical, denunció que la posición Peronista era parte de un pacto con los militares. Alfonsín prometió investigar las violaciones a los derechos humanos y enjuiciar tanto a los jefes militares que presumiblemente dieron las órdenes de secuestrar, torturar y asesinar a “subversivos”, como a los oficiales que cometieron los peores excesos, independientemente de su posición de autoridad, junto con los líderes de las guerrillas que igualmente cometieron crueles abusos contra los derechos humanos. La intención de Alfonsín era que los juicios excluyeran a todos aquellos que actuaron obedeciendo órdenes.

⁷ Por ejemplo, el régimen aseguró que estaba ganando la Guerra de las Malvinas hasta el último momento.

⁸ L.N. 22.294, promulgada el 22 de septiembre de 1983 (Dando la amnistía a los miembros de la Junta Militar). Véase *infra* notas 20-2 y texto acompañante. En general ver Nino, *Comment: The Human Rights Policy of the Argentina Constitutional Government: A Reply* (detallando los obstáculos legales para anular la ley de amnistía) 11 Yale J. Int'l. L. 21 (1985).

Para sorpresa de muchos observadores y de los líderes del régimen derrocado, Alfonsín fue elegido Presidente y asumió su cargo cuarenta días después, el 10 de diciembre de 1983. Después de tomar posesión del cargo, anunció un paquete de medidas promoviendo los derechos humanos. Envío al Congreso de Argentina borradores de proyectos de ley, que más tarde se aprobaron. Estos proyectos estaban diseñados para: derogar la legislación criminal draconiana puesta en marcha por el anterior gobierno Peronista y por el régimen militar⁹, castigar el crimen de la tortura con la misma pena que la utilizada para el asesinato¹⁰, ratificar todos los convenios internacionales de relevancia dentro del tema de los derechos humanos¹¹, derogar la jurisdicción militar sobre crímenes que se cometerían en el futuro por miembros de las fuerzas armadas en conexión con actos que forman parte del ejercicio de su cargo¹², y eliminar otros tipos de discriminación¹³.

Para investigar los abusos del pasado, Alfonsín creó la *Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas* (CONADEP), una comisión presidencial compuesta por ciudadanos independientes y respetables con amplios poderes para realizar investigaciones¹⁴. Encabezado por el famoso escritor Ernesto Sábato, esta comisión produjo en menos de un año el bien conocido informe titulado, *Nunca Más*¹⁵. El informe contiene un recuento exhaustivo y fiel de las horribles desapariciones de personas.

El Presidente Alfonsín creyó necesario imponer un límite al tiempo y también al alcance de la responsabilidad criminal, para asegurar que los juicios y castigos ejemplares, que fueran necesarios para aquellos que cometieron los peores crímenes, se sostuvieran hasta su culminación. A diferencia de Alemania o Japón después de la Segunda Guerra Mundial, Argentina no contaba con fuerzas armadas domésticas o extranjeras que apoyaran los juicios. Y a diferencia de Grecia, donde algunas facciones militares no se opusieron a los juicios, las fuerzas armadas argentinas estaban unidas en su oposición. Las fuerzas armadas, responsables de la “guerra sucia contra la subversión” del gobierno anterior aún tenían el monopolio de la coerción estatal y se mantenían unidas en su oposición contra los juicios. Así, estos límites se hicieron necesarios para proteger la única fuerza que respaldaba los juicios - el sistema democrático.

Contrario a lo que sugiere Orentlicher¹⁶, fue políticamente imposible para el gobierno imponer un límite de plazo reducido para la realización de los juicios, más allá del empleo de procedimientos comparativamente abiertos en términos de tiempo, los cuales expondré a continuación. Basándose en las fuertes reacciones públicas a las leyes de “punto final”¹⁷, puestas en marcha durante un período de mucha menos tensión política, un intento *ex ante* de imponer una fecha límite para la terminación de los juicios

⁹ L.N. 23.077, promulgada el 22 de agosto de 1984.

¹⁰ L.N. 23.097, art. 1, §1, promulgada el 24 de octubre de 1984. Si la víctima de tortura muere, el torturador enfrenta la misma sentencia que si hubiera cometido asesinato. *id.* art. 1, §2.

¹¹ L.N. 23.054, promulgada el 19 de marzo de 1984. (ratificando la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

¹² L.N. 23.049, promulgada el 14 de febrero de 1984. Véase *infra* notas 25-32 y texto acompañante.

¹³ Para una discusión sobre las leyes que se implementaron, véase Nino, *supra* nota 8, 219-21.

¹⁴ Decreto No. 187/83, promulgado el 15 de diciembre de 1983.

¹⁵ Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca Más* (1984).

¹⁶ Orentlicher hace énfasis en el caso de Grecia. Véase Orentlicher, *supra* nota 1, 2599-2600. Pero allá los juicios principales no fueron por abusos de derechos humanos sino por el golpe de estado que dieron los coroneles. Y en Grecia las fuerzas armadas estaban mucho menos cohesionadas que las de Argentina. Estas diferencias prácticas explican la relativa facilidad con que se realizaron los juicios más que los tecnicismos legales que impresionaron a Orentlicher.

¹⁷ L.N. 23.492, *infra* nota 41.

probablemente hubiera provocado la ira de los grupos de derechos humanos, de los partidos de la oposición, y de la opinión pública nacional e internacional - una ira tan grande que hubiera deteriorado la legitimidad percibida del gobierno. Además, el efecto boomerang resultante - el afán de cientos de personas de denunciar cargos criminales - hubiera desatado una reacción militar más grande que la que más tarde provocaría el efecto boomerang de la ley de “punto final”. Más aún, el alcance de la responsabilidad no podría ser establecido en forma directa sin infringir la prohibición contra la dictación de leyes que se apliquen a hechos ocurridos con anterioridad como aquellas dirigidas a persona o personas determinadas o determinables¹⁸.

Dado que era imposible poner límites directos a las fechas y al alcance de la responsabilización, estos límites se tuvieron que establecer a través de mecanismos indirectos que al mismo tiempo se diseñaron para superar otros obstáculos legales. Estos obstáculos fueron principalmente tres: la ley de amnistía dictada por el régimen militar, la jurisdicción militar establecida por el Código Militar para enjuiciar esos crímenes, y la regulación a la excusa de la obediencia debida del Código Militar¹⁹.

El primer obstáculo, la ley de amnistía, afectó el enjuiciamiento tanto de guerrilleros como de militares. La derogación de la ley de amnistía no habría sido efectiva porque los jueces deben aplicar la ley que sea más benéfica para el acusado de entre todas las leyes aplicables existentes entre el momento en que se cometió el crimen y la imposición de la condena²⁰. Más aún, la modificación retroactiva de este artículo habría violado el mandato de que los acusados sean enjuiciados bajo la ley penal existente en el momento en que cometieron los delitos²¹.

La solución adoptada por el Congreso, a iniciativa del Ejecutivo, fue anular, en vez de derogar, la ley de amnistía²². Esto fue posible porque mediante una nueva concepción de la validez de las leyes promulgadas por gobiernos autoritarios²³, la ley fue interpretada como una norma impuesta *de facto* que, como tal, no tenía la presunción de validez de la que gozan las normas de origen democrático. De esta manera, sería válida sólo si su contenido era justo. Esta solución infringía una antigua práctica de dar a las leyes *de facto* el mismo valor que a las leyes constitucionales, pero abrió las puertas para los juicios por violaciones de derechos humanos.

El segundo obstáculo legal era la jurisdicción militar. Dado que los soldados cometieron crímenes en el ejercicio de sus funciones militares y en lugares bajo dominio militar, los juicios estaban legalmente bajo la jurisdicción de las cortes militares²⁴. Muchas personas no confiaban en la imparcialidad de estos jueces militares a la hora de evaluar los actos de sus colegas. Pero modificar la ley que rige las jurisdicciones de manera *ex post facto* violaría la prohibición de quitar a una corte su jurisdicción sobre un caso particular de manera *ex post facto*²⁵. Por otro lado, la Constitución prohíbe que el Presidente ejerza

¹⁸ Const. Art. 18 (Argentina).

¹⁹ Véase Nino, *supra* nota 8.

²⁰ Cód. Pen. art. 2.

²¹ Const. Art. 18 (Argentina).

²² L.N. 23.040, promulgada el 27 de diciembre de 1983.

²³ Véase C. Nino, *La Validex del Derecho* (1985).

²⁴ Cód. Justicia Militar arts. 108-109. (Ediciones Librería del Jurista 1985) (las cortes militares tienen la jurisdicción siempre que los crímenes sean cometidos en una base militar o en conexión con el cumplimiento de actos de servicio).

²⁵ “Ningún habitante de la Nación puede ser castigado sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho

funciones judiciales o que imponga castigos²⁶. Teniendo en cuenta esta disposición, el gobierno de Alfonsín sostuvo que, dado que las cortes militares son cortes administrativas que pertenecen a una rama del poder ejecutivo, la jurisdicción militar violaría la Constitución. Se logró un acuerdo en el cual se realizaría un primer juicio frente a las cortes militares, pero con derecho de apelar automáticamente ante la Corte Federal de Apelaciones, en donde se podría presentar nueva evidencia²⁷. Si la corte militar no finalizaba el juicio dentro de seis meses, entonces la Corte Federal de Apelaciones podría, o bien extender el plazo de acción de la corte militar, o bien tomar control sobre los casos en cuestión. Desde la perspectiva política, el gobierno permitió que las cortes militares mantuvieran su jurisdicción preliminar bajo la suposición equivocada de que los jueces militares estaban preparados para llevar a juicio a algunos de sus colegas con el deseo de limpiar la imagen desprestigiada de las filas militares. El gobierno esperaba que la corte militar terminara su trabajo dentro del tiempo estipulado porque las cortes militares eran mucho más expeditas en sus procedimientos y porque supuestamente se elegiría un pequeño grupo de responsables de crímenes, filtrando a los demás. El gobierno pensaba que después de esto, luego de numerosas apelaciones de casos rechazados, la Corte Federal examinaría algunos pocos casos más, rechazados erróneamente por la corte militar.

El tercer dilema legal se originaba a raíz de la eximente de la obediencia debida, establecida en el Código Militar²⁸. Cuando un soldado comete un delito actuando bajo órdenes, la única persona responsable por el crimen es el oficial que dio la orden, a no ser que el soldado hubiese excedido los límites de dicha orden, en cuyo caso podría ser culpado sólo como cómplice²⁹. Aunque el Código Militar era útil para limitar el número de responsables a ser enjuiciados, tenía también el efecto no deseado, si se interpretaba literalmente, de indultar a muchos oficiales de rangos medios que debían ser enjuiciados. Igualmente, esta regulación no podía ser derogada retroactivamente sin que se violara la Constitución³⁰.

Afortunadamente, las cortes y los académicos habían interpretado esta disposición del Código Militar en el sentido de que se presupone la eximente de error acerca de la legitimidad de la orden impartida. Teniendo en cuenta las circunstancias especiales que los oficiales de rangos inferiores deben enfrentar, tales como presiones institucionales, amenazas y propaganda, el borrador que Alfonsín envió al Congreso establecía la presunción revocable de que quienes cometieron crímenes siguiendo órdenes, y sin tener la capacidad de decisión propia, habían confiado erróneamente en la legitimidad de las órdenes recibidas. Esta formulación permitía limitar el alcance de la responsabilidad a quienes dieron las órdenes, a quienes recibieron órdenes pero tenían un alto grado de discreción en cuanto a la forma de cumplirlas, o a quienes cometieron algunos abusos

del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley existente antes del hecho de la causa.” Const. Arg. art 18, traducida en 1 *Const. of The Third World* (1991).

²⁶ “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.” Const. Art. 95. traducida en 1 *Const. of The Third World* (1991).

²⁷ Este procedimiento de revisión automática y de carácter plenario es paralelo a los procesos de apelación de otras cortes administrativas, lo que garantiza la constitucionalidad del juicio por parte de una corte administrativa. Véase por ejemplo, Fernández Arias v. Paggio, 247 Fallos 646 (1960).

²⁸ Cód. Justicia Militar Art. 514 (Ediciones Librería del Jurista 1985). (Cuando el crimen es cometido al ejecutar órdenes de servicio, el superior que dio la orden será la única persona responsable, y el subordinado sólo se considerará como un cómplice cuando éste ha excedido el alcance de la orden).

²⁹ El código penal también ofrece una defensa de la obediencia debida. Cód. Pen. Art. 34(5) (Aquellos que actuaron en virtud de la obediencia debida no deben ser castigados).

³⁰ Const. Art. 18 (Argentina).

extraordinariamente brutales contra los derechos humanos que exigían un castigo ejemplar. En este último caso, la misma naturaleza del acto constituía evidencia que permitía que un juez revocara la presunción de que el agente había creído erróneamente que sus órdenes eran legítimas. Con esta interpretación normativa el borrador enviado al Congreso buscó un equilibrio entre una interpretación literal escandalosa, que estableciera la inmunidad a todos menos a los miembros de las juntas militares, y la otra interpretación excesivamente dura, que de manera injusta hubiera exigido que cada acusado probara de forma concluyente que había sido inducido a creer que la orden era legítima.

Sin embargo, el borrador fue alterado de manera sustancial antes de su promulgación³¹, lo que llevó a más confusión que claridad. Un senador³² de un partido menor que normalmente se había aliado al Peronismo, logró exitosamente que se hiciera una enmienda al borrador para restringir la aplicación de la presunción sobre actuación errónea para que un número mayor de soldados estuviera expuesto a la amenaza de ser enjuiciados. Así, la presunción de error sobre la legitimidad de las órdenes ya no se aplicaría a crímenes aberrantes y atroces. La cláusula de la obediencia debida ya no definiría los límites de quienes eran los responsables y, entonces, no eliminaría la amenaza de enjuiciamiento para cientos de oficiales debido a que, como lo repetían los miembros y amigos de los grupos de derechos humanos, cada crimen cometido bajo este contexto podría ser clasificado como “aberrante y atroz”.

No era posible que el gobierno produjera una descripción exacta de las violaciones de derechos humanos más aborrecibles sin comprometerse a llevar a cabo cientos de juicios. Pero tampoco podía hacer una lista determinada de torturadores y asesinos conocidos a ser procesados porque esto habría sido inconstitucional. En cambio, el gobierno buscó cumplir con su objetivo de limitar el número de personas que serían llevadas a juicio mediante el filtro de selección de casos por parte de las cortes militares (bajo la vigilancia de las cortes federales) y la cláusula de la obediencia debida.

Aparte de algunas decisiones preliminares más bien ambiguas³³, la corte militar no hizo mayores avances en cuanto a los procesos judiciales. Bajo fuertes presiones por parte de sus camaradas, los jueces militares permitieron que el límite de seis meses establecido, más una extensión, transcurriera. Así, la Corte Federal de Apelaciones de Buenos Aires asumió la jurisdicción y condujo los juicios de los miembros de las Juntas y de los comandantes de la región de Buenos Aires³⁴. Estos famosos juicios se desarrollaron exitosamente en medio de una gran expectación y emoción pública. Por otra parte, la mayoría de las cortes de apelación del interior del país fueron extremadamente lentas en asumir la jurisdicción y continuar con los casos. Quizá esto se debió a que los miembros de las cortes del interior fueron elegidos menos selectivamente en términos de su compromiso con la justicia en este tipo de casos y de su independencia respecto de las fuerzas armadas en sus provincias.

Al final, ninguno de los límites que Alfonsín creyó indispensables para proteger el

³¹ L.N. 23.049, *supra* nota 12.

³² E. Sapag de la provincia de Neuquen.

³³ Por un lado, la corte militar acusó a los miembros de las Juntas pero, por otra parte, la corte pareció justificar sus actuaciones durante las acusaciones.

³⁴ Véase *La Nación*, 10 de diciembre de 1985, en 17 (la judicatura redactó una sinopsis de la decisión). Véase también *Human Rights supra* nota 1 (describiendo los juicios y condenas). Estos juicios produjeron un enorme impacto en la conciencia pública. Era la primera vez en el ámbito federal que los procesos penales orales se realizaban, gracias a la reforma de los procesos establecidos en el Código Militar.

sistema democrático fueron impuestos al pie de la letra. Este fracaso se debió a la participación democrática pero no coordinada, de agentes independientes tales como el Congreso y los tribunales. Tal como Alfonsín temía, las demoras de meses y años en la realización de la segunda serie de juicios, especialmente después del éxito de los primeros juicios, produjo cada vez más descontento entre las tropas militares. Centenares de militares se sintieron amenazados por la posibilidad de ser enjuiciados. Algunos oficiales se aprovecharon de ese descontento. Intentaron provocar a las tropas sosteniendo que los juicios eran parte de un plan para disolver las fuerzas armadas y apuntando, como evidencia, a los grupos de izquierda que hablaban como si todos los militares, no sólo ciertos oficiales, fueran responsables por el genocidio.

Un intento directo de dar un golpe de Estado no era realista por la falta de apoyo público. Sin embargo, el gobierno temía que los militares ignoraran las órdenes de los tribunales de comparecer ante la justicia. El gobierno no contaba, en los hechos, con la coerción necesaria para obligar a un oficial a presentarse ante la corte. Pero, por otro lado, admitir semejante falta de poder habría deslegitimado al gobierno y lo habría hecho vulnerable a un golpe de Estado abierto o encubierto, al crear un peligroso vacío de poder.

Este peligro se hizo aún más real hacia fines de 1986. Finalmente, en medio de las dudas y divisiones internas, el gobierno se decidió a actuar. Primero, el ministro de defensa dio instrucciones a los jueces militares para que aceleraran los juicios pendientes y para que se centraran en el procesamiento de oficiales que no estaban cubiertos por la excepción de la obediencia debida. Pero la Corte Federal de Apelaciones de Buenos Aires reaccionó fuertemente³⁵ y asumió los casos militares pendientes que estaban dentro de su jurisdicción, haciendo que estas instrucciones perdieran efecto.

Después, en diciembre de 1986, el Presidente Alfonsín envió al Congreso una propuesta legislativa³⁶ estableciendo un límite de sesenta días para acusar a los militares involucrados en la “guerra sucia contra la subversión”. Esta ley, conocida popularmente como la ley de “punto final”, fue fuertemente criticada tanto en el extranjero como en el país³⁷. A pesar que el límite de los sesenta días se traslapaba con el receso de un mes de los tribunales, esta ley tuvo el efecto boomerang de despertar a las cortes del interior del país que presumiblemente no estaban dispuestas a asumir la responsabilidad por la impunidad eterna de algunos criminales. Más de 450 personas fueron acusadas.

Como consecuencia de este despertar de las cortes, la siempre temida respuesta de los militares se materializó, creando una amenaza muy real de actos violentos y derramamiento de sangre. Durante la Semana Santa de 1987, algunos oficiales se negaron a obedecer las órdenes de detención. Se escondieron en un cuartel militar, protegidos por sus camaradas fundamentalistas, los así llamados “Cara-Pintada”, quienes lanzaron la “Operación Dignidad” para proteger a las fuerzas armadas de la amenaza del gobierno radical y de los generales cómplices.

El Presidente no pudo obtener suficiente fuerza para vencer a la resistencia.

³⁵ Tres de sus miembros renunciaron. Después, dos de ellos retiraron sus renunciaciones, pero un miembro sí abandonó la corte.

³⁶ L.N. 23.492 promulgada el 4 de diciembre de 1986.

³⁷ Véase por ejemplo, “Justice Diluted in Argentina”, *N.Y. Times*, 25 de febrero de 1987, en la sección A26, columna 1. Véase también Nino, “Speedy Trials for Argentine's Military?”, *N.Y. Times*, 6 de marzo de 1987, sección A30, columna 1 (carta al editor).

Alertados sobre lo que estaba sucediendo, millones de personas se reunieron para apoyar la democracia en la Plaza de Mayo frente a la casa gubernamental de Buenos Aires y en otras ciudades del interior de Argentina. Alfonsín viajó en helicóptero al cuartel para pedir la rendición de los rebeldes. Luego de horas de tensión, Alfonsín regresó anunciando que los rebeldes se habían rendido y estaban bajo arresto. Además pidió que todos volvieran tranquilamente a sus casas, y les deseó unas “Felices Pascuas”.

Más tarde, Alfonsín declaró en televisión que según le había confirmado su agregado militar, los rebeldes mostraron una actitud humilde y lamentaron que ellos, que habían peleado en la guerra, estuvieran bajo la sospecha permanente de ser criminales. El Presidente respondió que él estaba obligado a respetar la independencia de la rama judicial. Sin embargo, transmitió su deseo de que la Corte Suprema actuara en forma expedita para definir los límites de la obediencia debida en los juicios pendientes.

A pesar del supuesto final feliz de estos dramáticos días, lo peor estaba aún por verse. En primer lugar, en los días siguientes el gobierno se enteró que otros oficiales planeaban resistirse a las citaciones de la corte. Este reto a la autoridad del gobierno se evitó sólo temporalmente gracias a la cooperación de la Corte Suprema que pidió a los tribunales los archivos de esos casos, suspendiendo así los juicios. En segundo lugar, una campaña psicológica iniciada desde algunos sectores del frente militar³⁸ y seguida por la izquierda, reclamaba que el gobierno había negociado una ley de amnistía con los militares. “Felices Pascuas” y otras frases del discurso de Alfonsín fueron repetidas incesantemente con un tono irónico. En tercer lugar, el gobierno terminó por darse cuenta que la Corte Suprema se había negado a tomar la responsabilidad de definir los límites de la obediencia debida.

El gobierno entró en estado de desesperación. Hubo discusiones acaloradas en las reuniones entre ministros, asesores, congresistas y, presumiblemente también, los militares, sobre las soluciones posibles: No hacer nada, proponer ante el Congreso una ley de amnistía, que el Presidente otorgara indultos, permitir la discrecionalidad de los fiscales, o definir por ley el alcance de la obediencia debida. Todas estas cartas se pusieron sobre la mesa y una por una fueron rechazadas. No hacer nada habría sido un desastre. Otorgar amnistía habría excusado a muchos oficiales dado que, de acuerdo con la Constitución, ésta debe ser generalizada y, de acuerdo con el Código Militar, esto necesariamente se habría extendido a los altos oficiales³⁹. Que el Presidente otorgara el indulto a personas que aún no habían sido sentenciadas, habría sido inconstitucional⁴⁰. Y permitir la discreción de los fiscales habría violado la tradición legal y habría puesto una carga indebida sobre los hombros del fiscal general.

Finalmente, el gobierno adoptó la última opción. Propuso una ley, aprobada por el Congreso⁴¹, que hizo que la presunción revocable de la obediencia debida fuera a partir de ese momento irrevocable. La ley definió cuáles eran los rangos militares que tenían poder de decisión, y excluyó la excepción de actos atroces y aberrantes para todos los otros rangos militares.

La campaña en contra de esta ley fue muy fuerte, tanto en el país como en el

³⁸ Véase J. Morales Solá, *Asalto a la Ilusión* 161 (1990).

³⁹ Const. Art 16 (Argentina).

⁴⁰ Const. Art 95 (Argentina).

⁴¹ L.N. 23.521, promulgada el 4 de junio de 1987.

extranjero, lo que trajo enormes costos políticos para el gobierno de Alfonsín. Periodistas e intelectuales de países cuyos líderes socialistas habían aconsejado en reiteradas ocasiones a Alfonsín terminar con los juicios, lo hicieron blanco de las críticas más duras. El grupo de derechos humanos del que Alfonsín era co-fundador, diseñado para proteger a las personas de la represión militar durante los juicios, amenazó con expulsarlo. El Partido Radical también sufrió con el costo político de la ley, como se evidenció tras el pobre resultado que obtuvo en las elecciones parlamentarias y provinciales en septiembre de 1987.

Sin embargo, el beneficio principal de la ley se materializó casi de inmediato. Cuando los “Cara-Pintada” se rebelaron de nuevo⁴², fueron reprimidos por la mayoría de los militares, que ahora expresaban claramente su apoyo a las instituciones democráticas. El miedo a los juicios ya no era un elemento fuerte de cohesión. Así, durante la última rebelión, el Presidente Alfonsín pudo declarar que no pondría más límites a los juicios y como consecuencia fue aclamado por las dos Cámaras del Congreso.

Pero estos éxitos del gobierno fueron nublados por el ataque terrorista al cuartel militar La Tablada en enero de 1989 y por la hiperinflación que creció aceleradamente desde febrero de 1989. Esto llevó a que el Partido Radical perdiera las elecciones presidenciales en mayo de 1989. Alfonsín renunció a su cargo antes de terminar su gobierno, cuando se dio cuenta que sólo el nuevo gobierno sería capaz de aplacar la crisis social y económica.

Como resultado, la última página de esta historia sobre los juicios a crímenes por violación de derechos humanos, fue escrita por el Presidente Peronista Carlos Menem, quien asumió su cargo en julio de 1989. Menem concedió el indulto presidencial a todos los que estaban condenados o en juicio por actos de terrorismo subversivo y estatal, por mal comportamiento durante la guerra, o por rebelarse en contra de las instituciones democráticas⁴³. Estos indultos se extendieron incluso a los principales oficiales responsables de la organización de toda la maquinaria del terror⁴⁴.

Haber perdonado a los más responsables no ayudó para nada en el objetivo de preservar los derechos humanos hacia el futuro. La medida fue adoptada para reconciliar a diferentes sectores de la “familia argentina”, diluyendo así las condenas morales por las atrocidades cometidas y tratando los crímenes como si fueran una mera pelea entre grupos rivales. Esto fue cualitativamente diferente en relación con las medidas de Alfonsín para limitar los juicios.

La formación de la conciencia social en contra de los abusos de derechos humanos depende más de la exposición que se puede hacer de dichas atrocidades y de su clara condena que del número de personas que son de hecho castigadas por ellos. Así, una de las justificaciones para las medidas propuestas por el gobierno de Alfonsín de limitar los juicios, era el hacer posible el castigo de los principales culpables. Otorgar el perdón a los principales culpables de las dos clases de terrorismo es perjudicial para esa concientización, ya que el perdón indiscriminado confirma la impresión de que el peso de

⁴² Primero, en enero de 1998, en Monte Caseros y luego, en diciembre del mismo año en Villa Martelli.

⁴³ El 3 de diciembre de 1990, estos soldados volvieron a rebelarse y ahora se encuentran nuevamente procesados.

⁴⁴ Los responsables más conocidos por las violaciones masivas a los derechos humanos, como Videla, Massera, Viola, Camps, Suárez Mason, y Firmenich, fueron todos perdonados.

la ley nunca se aplica a los más poderosos, lo que crea incentivos para actuar ilegalmente y promueve el desencanto en el país⁴⁵. Dado que los principales conductores del régimen del terror durante la década del setenta estaban cumpliendo sus sentencias aún cuando los individuos menos poderosos estaban exentos de éstas, las personas se dieron cuenta que el poder no era inmune al castigo. Éste dejó de ser el caso luego que el Presidente Menem otorgara los indultos presidenciales.

III. Un Análisis de la Propuesta a la Luz de Algunos Aspectos Característicos del Contexto Argentino

Lo que quisiera hacer en esta sección es explorar si crear un deber en el Derecho Internacional, para que un gobierno sucesor enjuicie de manera selectiva las violaciones de derechos humanos cometidas durante gobiernos anteriores, hubiera contribuido a superar cada uno de los factores que dificultaron los juicios en Argentina.

En este análisis asumiré que el deber impuesto por el Derecho Internacional se haría cumplir a través de alguna organización internacional o por otros Estados. Para tal efecto, se podrían tomar medidas que irían desde expresiones de condena hasta la adopción de medidas, como el aislamiento económico. Esta suposición, aunque muy poco factible, demuestra lo poco probable que es que la idea de deber que plantea Orentlicher, sea reconocida actualmente, al menos de manera amplia, por el Derecho Internacional. Algunas veces los países ignoran sus crudos intereses para sancionar gobiernos extranjeros que han violado activamente los derechos humanos. Pero sería descabellado imaginar una situación en la que cualquier país sancione a un gobierno por ignorar los abusos cometidos durante un gobierno anterior. Aún así, es interesante examinar si la existencia de dicho deber marcaría una diferencia suficiente como para que valiera la pena luchar para desarrollar organismos internacionales que hagan cumplir el Derecho Internacional.

Miremos detenidamente algunos de los factores que, en mi opinión, hicieron que los juicios se dificultaran en Argentina y cómo podrían haber sido afectados por la idea del deber que Orentlicher propone.

A. La Ausencia de Negociaciones y Acuerdos

Dada la enorme trascendencia que el resultado de los juicios tenía para el futuro institucional de Argentina, ciertamente uno podría haber asumido que tuvo lugar un conjunto complejo de acuerdos⁴⁶ entre los diferentes partidos políticos que controlaban el Estado, entre el gobierno y los militares, entre el gobierno y los distintos grupos de derechos humanos, e incluso entre el gobierno y el poder judicial⁴⁷. Pero éste no fue el caso. Hubo conversaciones aisladas pero no existieron acuerdos ni negociaciones reales y concretas. Como consecuencia, las diferentes partes involucradas actuaron independientemente, sin una significativa coordinación. Ocasionalmente, se vieron

⁴⁵ Para una discusión más detallada véase C. Nino, *La Filosofía de la Práctica Constitucional Argentina* (por ser publicado).

⁴⁶ España, Uruguay y Chile mostraron esta tendencia.

⁴⁷ Uno puede estimar problemática la idea de llegar a acuerdos con respecto a la duración de los juicios. Pero, como se explicó anteriormente, el castigo absoluto sin transar es moralmente censurable así como contraproducente cuando causa mayores violaciones a los derechos humanos a través de facilitar la formación de grupos rebeldes dentro de las fuerzas armadas. Véase texto acompañante de *supra* nota 4.

pequeños gestos de cooperación; pero como se señaló anteriormente, éste no fue el caso en la mayoría de las situaciones.

Posiblemente la magnitud y cercanía en el tiempo de las atrocidades cometidas en Argentina esparció un deseo del castigo, lo que eliminó casi todas las posibilidades de negociación. Quizás, la muy frecuentemente mencionada intransigencia política del pueblo argentino impidió la posibilidad de llegar a acuerdos⁴⁸. Ciertamente hubo elementos de desconfianza que dificultaron cualquier negociación. Los militares creían que el gobierno quería promover el juicio de cientos o incluso miles de sus tropas, mientras que los grupos de derechos humanos pensaban que la intención secreta del gobierno era otorgar amnistía a todos o a casi todos los criminales. Si ambos grupos hubiesen creído que el gobierno intentaba promover los juicios de, por decir algo, entre treinta y sesenta acusados, ambos se hubieran liberado de sus temores. Un acuerdo para tal efecto entre todas las partes correspondientes, incluyendo el poder judicial, habría evitado a todos costosas tensiones y frustraciones.

La estructura de interacción entre los diferentes actores en Argentina no era apropiada para lograr acuerdos. Al leer un libro reciente sobre la lógica de la interacción colectiva durante la transición a la democracia en España después del reinado destructivo de Franco⁴⁹, quedé impresionado por el hecho de que el proceso de negociación y de lograr acuerdos fue facilitado por la circunstancia de que tres grupos con grados similares de poder pudieron ejercer igual presión sobre el otro. Los Franquistas y la oposición liderada por los Socialistas consideraban el compromiso propuesto por el gobierno como una segunda alternativa. Y el gobierno podía amenazar con alinearse con cualquiera de los dos grupos, forzando en el otro su peor opción.

Sin embargo, las diferentes partes involucradas en los juicios de derechos humanos en Argentina no eran iguales, ni en poder ni en influencia. El poder de amenaza de los grupos de derechos humanos era más bien débil, y éste consistía en la capacidad de mover a la opinión pública en el país y en el extranjero, y eventualmente en provocar alguna reacción internacional. Pero más importante aún, esas amenazas solamente afectaban al gobierno al desacreditarlo y debilitar la percepción que existía de su legitimidad. Los sectores militares y los grupos que los apoyaban se beneficiaban de cualquiera de estas amenazas en contra del gobierno.

¿La estructura de acción colectiva habría sido diferente si la propuesta de Orentlicher se hubiera materializado? El poder de negociación del gobierno para llevar a cabo los juicios no se hubiera reforzado con la posibilidad de que el país recibiera una condena internacional por fracasar en el enjuiciamiento selectivo de los abusos a los derechos humanos cometidos en el pasado. Esta presión internacional no habría sido percibida por parte de los sectores más fuertes de los militares como una amenaza para ellos. Quizás la posición de los grupos que defendían los derechos humanos hubiera sido más fuerte si hubiese estado respaldada por una norma de Derecho Internacional. Pero este fortalecimiento habría sido dirigido contra el gobierno y no contra los grupos más resistentes de las fuerzas militares. El único grupo que hubiera ganado poder resultaría ser el beneficiario menos apropiado, es decir, el grupo de los autores de los crímenes perpetrados. Los grupos extremistas de las fuerzas militares hubieran recibido con los brazos abiertos el debilitamiento del gobierno y de sus políticas a través de su pérdida de

⁴⁸ Existe incluso un partido que se enorgullece de ser llamado “intransigente”.

⁴⁹ Véase J. Colomer, *La Manipulación del Poder* (1990).

legitimidad en la sociedad y su pérdida de prestigio internacional.

Es posible que la existencia del deber de enjuiciar de manera selectiva, respaldado mediante sanciones muy fuertes hubiera marcado una diferencia en la estructura de acción colectiva⁵⁰. Las sanciones habrían afectado a la población en general, creando una enorme presión adicional en los sectores más radicales de las fuerzas militares para superar su resistencia a enfrentar los juicios. Pero, como lo señalé anteriormente, la posibilidad de que hubiesen poderes mundiales reaccionando tan fuertemente contra un gobierno por su incapacidad de enjuiciar de manera selectiva las violaciones cometidas durante un gobierno anterior, resulta ser una completa fantasía.

B. El Fracaso del Discurso Común

Las negociaciones entre las partes involucradas en los juicios por violaciones a los derechos humanos en Argentina no prosperaron. La otra forma de comunicación, es decir, discutir con la intención de persuadir, resultó ser difícil cuando se dirigía hacia ciertos sectores de las fuerzas militares.

Luego de años de educación formal e informal, muchos militares desarrollan una forma de ver el mundo que es significativamente diferente a la del resto de los ciudadanos. Como consecuencia desarrollan tipos de discurso prácticos muy desconectados y aislados de los utilizados por el resto de la sociedad. Esta forma de discurso refuerza y refleja su ideología referente a un valor supremo, el florecimiento del Ser Nacional. Este Ser Nacional no evoluciona con la historia del país; su estructura no depende de la Constitución, la cual es vista como un mero instrumento; tampoco se expresa su voluntad a través del proceso democrático. De esta manera, debido a que este Ser Nacional no tiene una base empírica, está constantemente siendo amenazado por enemigos empeñados en destruir su identidad al debilitar su poder militar, su religión, y su régimen de propiedad. Las fuerzas armadas, así como la Iglesia y otros poderes “reales”, serían los defensores naturales de ese Ser Nacional, dado que tienen un conocimiento privilegiado de sus necesidades.

La “guerra sucia contra la subversión” fue justificada bajo esta ideología con una retórica de apoyo. Muchos militares defendieron el sacrificio de individuos inocentes y la total falta de respeto por la Constitución y por el estado de derecho como medios necesarios para preservar el Ser Nacional.

A veces se presentaron inconsistencias dentro de este modo de discurso cuando los líderes militares no justificaban sus crímenes sino que los negaban tajantemente. Otras veces, los militares ya acusados oscilaban entre la justificación y la negación. Sin embargo, en general, los militares involucrados en los abusos eran relativamente consistentes en justificar la “guerra sucia” como necesaria para alcanzar metas superiores.

Una vieja pregunta es si estamos justificados en imponer, a través del derecho penal, nuestros propios valores a personas que no sólo no los comparten sino que además carecen del esquema conceptual que los haría capaces de reconocerlos y entenderlos⁵¹. No me cabe duda que nuestro propio modo de discurso es universalista e inevitablemente nos

⁵⁰ Un ejemplo de esto son las sanciones aplicadas a Sudáfrica por su política de apartheid tales como sanciones económicas, embargo de petróleo, y desinversión.

⁵¹ [omitido]

compromete a realizar juicios sobre moralidad intersubjetiva, incluso en relación con la conducta de personas que no comparten ese modo de discurso⁵². Puede ser que, subjetivamente, las acciones de una persona sean excusables porque ésta las evalúa desde un modo de discurso diferente, por ejemplo, puede creer que sus acciones fueron justificadas porque su forma de ver el mundo dicta el comportamiento en cuestión, pero esto no quiere decir que las acciones de esa persona sean objetivamente justificadas según las presuposiciones de nuestro modo de discurso práctico⁵³. Sin embargo, cuando los abismos entre diferentes modos de discurso se establecen dentro del discurso más dominante, y cuando el operar del derecho penal no está acompañado por un proceso de argumentación basado en terreno en común, surge una seria amenaza contra la estabilidad social y la cohesión. En cierto sentido esto es lo que pasó en los juicios por las violaciones a los derechos humanos en Argentina. Los militares mantuvieron un alto nivel de solidaridad durante los juicios, tanto así que casi ninguno de los soldados testificó. Se negaron a reconocer la legitimidad de los procesos. Así, surgió una situación en la cual un grupo poderoso no aceptó las mismas normas y principios del resto de la sociedad.

Es poco probable que la existencia del deber de enjuiciar de manera selectiva los abusos a los derechos humanos bajo el Derecho Internacional hubiese contribuido a cerrar la brecha entre modos de discurso que no tenían ninguna relación. Tal vez algunos pequeños pero influyentes sectores conservadores, que se inclinaban a justificar sus abusos, se hubieran rendido ante la presión internacional para seguir adelante con los juicios. Sin embargo, esto probablemente no habría afectado el resultado final. Efectivamente, los sectores militares extremistas no se habrían conmovido con la presión internacional para cambiar su visión de mundo. Por el contrario, dichas presiones de la comunidad internacional habrían confirmado su idea de que los militares necesitaban proteger a Argentina de poderes externos que intentaban debilitar su soberanía. Y la inconsistencia con la cual los superpoderes denuncian, desde una posición de superioridad moral, a Estados más pequeños de violaciones a los derechos humanos, hubiera sido condenada por los sectores relevantes de las fuerzas militares como ruido hipócrita en vez de un discurso moralmente superior.

C. Demandas Maximalistas

La comunicación entre el gobierno y los grupos de derechos humanos no estuvo tan afectada por los diferentes modos de discurso, sino más bien por otros factores.

Muchos de los miembros de estos grupos habían sido extremadamente valientes durante la represión. Sus miembros incluían familiares de las víctimas que, por supuesto, se sentían profundamente afectados por el destino de sus seres queridos. Pero las presiones emocionales que muchos grupos sufrieron dificultaron su habilidad para ser objetivos. Las Madres de la Plaza de Mayo, por ejemplo, insistieron en que los desaparecidos debían aparecer vivos, aún cuando el hecho desafortunado de sus muertes era evidente para todo el mundo. En consecuencia, las Madres demoraron las investigaciones con acciones tales como oponerse a la inspección de tumbas anónimas con el propósito de identificar cadáveres.

⁵² Incluso el posible juicio sobre la necesidad de tolerar las acciones realizadas por personas con valores diferentes y con diversos esquemas que los justifican nos comprometería a no tolerar las acciones que interfirieran con esa tolerancia.

⁵³ Véase C. Nino, *El Constructivismo Ético* (1989).

Una complicación adicional fue que los grupos de derechos humanos en general, adoptaron una posición totalmente retribucionista frente al castigo de los actos de terrorismo de Estado, la que no fue igualmente extendida a los actos del terrorismo de las fuerzas de izquierda. Estos grupos acusaron al gobierno de ver las cosas a través de “la teoría de los dos demonios” que, a su modo de ver, trataba erróneamente a los dos grupos terroristas como igualmente responsables. El gobierno respondió que se intentaba, por el contrario, des-endemoniar la política argentina al someter a todos a enfrentar el peso de la ley. Pero los grupos se mantuvieron comprometidos con el objetivo exclusivo de castigar el terrorismo de Estado. La visión punitiva del castigo adoptada por estas organizaciones podría haber servido como contrapeso a cualquier apoyo popular a la impunidad general de los militares o al excesivo pragmatismo de algunos oficiales del gobierno que estaban inclinados a adoptar la solución de corto plazo más fácil. Sin embargo, cuando se pasó cierto umbral, esta posición punitiva empezó a ser dañina y auto-frustrante.

En primer lugar, la actitud de “todo o nada” no brindaba ningún incentivo para promover los juicios puesto que, bajo la versión más extrema, cualquier resultado que no incluyera el enjuiciamiento total hasta del último oficial involucrado, que por supuesto hubiese sido imposible, carecería totalmente de valor. Esta actitud desalentó a los oficiales del gobierno y afectó negativamente su voluntad de promover y acelerar los procesos judiciales más críticos.

Tanto nacional como internacionalmente muchas personas sostuvieron expectativas extremadamente altas sobre los juicios, sin entender las incertidumbres que Argentina estaba enfrentando en este experimento. Hubo gente en el extranjero que incluso dijo que el gobierno de Alfonsín estaba perdiendo legitimidad moral por los límites que impuso a los juicios. Extrañamente, esta conclusión coincidía con aquella alcanzada por los sectores extremistas de las fuerzas militares, aunque basada en diferentes premisas. En segundo lugar, la posición maximalista de los grupos de derechos humanos, también ayudó a confirmar los temores del partido de oposición en el sentido que había un plan para debilitar a las fuerzas armadas. La demanda fue formulada sin discriminar entre los militares sino, por el contrario, acusando a toda la institución. Por supuesto esta condena a todos los militares no hizo nada para facilitar la cooperación, incluso entre aquellos que no tenían ni la más remota posibilidad de ser enjuiciados. En tercer lugar, dado que sus exigencias eran extremas e indiscriminadas, los grupos de derechos humanos posiblemente terminaron desacreditándose a sí mismos, junto con el gobierno, ante los ojos de la opinión pública. Este resultado fue muy desafortunado, dado el importante papel que estas organizaciones jugaron en el pasado y podrían tener que jugar en el futuro.

La incorporación dentro del Derecho Internacional del deber de enjuiciar de manera selectiva los abusos a los derechos humanos cometidos por un gobierno anterior, hubiera sólo alimentado las exigencias maximalistas, magnificando su efecto divisorio. La debilidad de la posición retribucionista del castigo en la cual las demandas de los grupos de derechos humanos estaban basadas, habría sido sostenida artificialmente por el Derecho Internacional positivo, perjudicando al gobierno que se encontraba acorralado. Su incorporación sólo hubiera deslegitimado y debilitado aún más al gobierno que no contaba con la fuerza para cumplir con este deber, sin agregar ni una pizca de poder adicional para cumplir con el.

D. Oportunismo Político

Los partidos de oposición argentinos cooperaron al aprobar muchos de los instrumentos fundamentales para la implementación de las políticas del Presidente Alfonsín en lo referente a derechos humanos. Por ejemplo, la anulación de la ley de amnistía fue aprobada por todos los partidos representados en el Congreso. Pero se vio también un nivel relevante de oportunismo, principalmente cuando las dificultades para culminar los juicios comenzaron a surgir. Por ejemplo, el Partido Peronista se abstuvo de enviar congresistas a CONADEP, a sabiendas de que su falta de participación podía afectar la percepción de legitimidad de ésta. Y, aún cuando los legisladores Peronistas concordaron en privado con la necesidad de limitar los juicios⁵⁴ y entregaron quórum para aprobar la legislación, públicamente criticaron estas leyes como concesiones a los militares.

Este oportunismo no se debe por entero a carencia de virtud política. El oportunismo se crea también producto de la dinámica de confrontación, que es inherente a un sistema presidencialista de gobierno que coexiste con partidos fuertes y disciplinados⁵⁵.

Es poco probable que el oportunismo se hubiera limitado con la existencia, dentro del Derecho Internacional, del deber de enjuiciar de manera selectiva los abusos a los derechos humanos cometidos por un gobierno anterior. Por el contrario, los partidos de oposición hubieran señalado que el gobierno no estaba cumpliendo con sus obligaciones internacionales, o que incluso era una especie de paria en la comunidad internacional. Los partidos de oposición - que no absorbieron los costos políticos de limitar esos juicios - hubieran usado la atención internacional para maximizar sus ganancias políticas. Sólo la posibilidad de sanciones internacionales extremadamente duras hubiera forzado a los partidos de oposición a trabajar seriamente para avanzar con los juicios.

E. Ambigüedades

Es inevitable que en política haya algún nivel de discurso contradictorio o ambiguo, dado los efectos auto-gratificantes y auto-frustrantes de las predicciones, amenazas y advertencias que existen en este contexto. Por ejemplo, muchas personas insistieron que cuando el Presidente Alfonsín envió al Congreso la ley de obediencia debida debió haber sido mucho más abierto con respecto al riesgo que ésta representaba para la democracia y, por lo tanto, para el futuro de los derechos humanos. Su credibilidad personal se vio afectada por el hecho de que repitió afirmaciones algo inconsistentes, diciendo que la ley de obediencia debida era necesaria para preservar el estado de derecho y que él no se encontraba bajo ningún tipo de presión cuando se decidió a promoverla. Sin embargo, fue importante el hecho de que no enfatizara en exceso el riesgo de la resistencia militar por miedo a agitar a los militares y a generalizar la percepción de debilidad al interior del gobierno. De esta manera, a los oficiales del gobierno se les acusó con frecuencia de emitir diferentes mensajes intencionalmente, dependiendo de si su audiencia consistía en oficiales militares, grupos de derechos humanos, ciudadanos u organizaciones internacionales. Pero si la ambigüedad hubiera sido una práctica común, esto habría provocado muchos efectos perjudiciales.

⁵⁴ Esto se evidencia en el apoyo que posteriormente se dio a muchos de los perdones más generalizados otorgados por Menem.

⁵⁵ En general véase Nino, "Transition to Democracy, Corporation and Constitutional Reform in Latin America", 44 *U. Miami L. Rev.* 129 (1989).

La presencia constante de ambigüedades habría creado expectativas poco realistas por parte de las respectivas audiencias, las cuales luego habrían presionado al gobierno para que las cumpliera. Y, el fracaso inevitable del gobierno de cumplir con todas estas expectativas poco realistas, hubiera creado, a su vez, frustración e insatisfacción generalizadas. Además, si las ambigüedades se hubieran hecho públicas, se habría desacreditado a los miembros de gobierno que las dijeron y habrían generado el temor de que ellos estaban conspirando con los partidos de oposición.

Si hubiera habido una norma internacional sobre el deber de enjuiciar de manera selectiva los abusos a los derechos humanos cometidos por un gobierno anterior, con sanciones que lo respaldaran, tal vez el gobierno se hubiera sentido obligado a abandonar las ambigüedades y hubiera confesado abiertamente que carecía de la fortaleza necesaria para castigar estos abusos de derechos humanos. Esto podría haber tenido algunos efectos positivos al bajar las expectativas de los diferentes sectores de la sociedad, y al generar más simpatía por un gobierno que estaba luchando con intereses y valores en competencia. Pero sin sanciones impuestas para hacer cumplir la ley, esta confesión abierta de debilidad, como señalé anteriormente, sólo habría socavado la imagen del gobierno, con resultados impredecibles.

IV. Conclusiones

Dadas las circunstancias, las investigaciones y juicios que el gobierno de Alfonsín realizó por abusos a los derechos humanos cometidos en el pasado, se sostuvieron milagrosamente bien. Los resultados, que fueron el producto de acciones realizadas por agentes independientes sin ninguna coordinación, constituyeron todo lo que se podía exigir moralmente dadas las circunstancias - una muestra de lo que Bernard Williams llama "suerte moral"⁵⁶. El éxito limitado contribuyó a crear una conciencia pública sobre los horrores que pueden tener lugar cuando la democracia y el estado de derecho son pasados por alto. Esta conciencia se dejó ver en el hecho que bajo la peor crisis económica de la historia en Argentina, casi nadie apoyó una interferencia al proceso democrático, a diferencia de lo que sucedía anteriormente en situaciones más moderadas de crisis económica. También se puede apreciar a través de las reacciones populares que existieron en contra de los perdones otorgados por el Presidente Menem.

Estos logros del gobierno del Presidente Alfonsín se alcanzaron sin que las instituciones democráticas sufrieran una tensión excesiva a raíz de las reacciones de los militares. En consecuencia, los militares están gradualmente cambiando su modo de discurso característico, aceptando una visión menos holística de la nación y una visión menos elitista, en términos epistémicos, sobre sus necesidades⁵⁷.

Ha habido pocos paralelos en el mundo, y ciertamente no en América Latina, relacionados con el enjuiciamiento de los responsables por tales atrocidades. Más aún, Argentina lo logró sin un ejército invasor o un sector de las fuerzas armadas respaldando los juicios - literalmente sin nada más que el llamado a la moral. Sin embargo, la mayor limitación para los logros de Argentina bajo Alfonsín provino de la crítica pública. Si personas como Orentlicher piensan que el proceso fue un fracaso parcial, entonces fue un

⁵⁶ B. Williams, *Moral Luck, Passim* 1981.

⁵⁷ Esto se ve por ejemplo, en la aceptación de los militares de una ley de seguridad interna que no permitía su intervención en conflictos internos.

fracaso parcial. Esto es así porque parte del éxito consiste en los efectos subjetivos, como el impacto ejemplar del proceso en otros desarrollos, el orgullo de los ciudadanos en relación a los resultados de los juicios, y la satisfacción de las víctimas.

El éxito, aunque limitado, fue el producto de un delicado equilibrio entre muchos factores. Yo no creo que el equilibrio se hubiese fortalecido con la clase de deber internacional por el cual Orentlicher aboga. El deber internacional posiblemente hubiera desestabilizado aún más el proceso de promover los juicios. El deber legal de llevar a juicio de manera selectiva los casos por abusos a los derechos humanos cometidos en el gobierno anterior es un instrumento muy burdo para ayudar los gobiernos sucesores que deben luchar con las complejidades sutiles de restablecer la democracia.

Quizás sería mucho más útil para el Derecho Internacional reconocer el derecho de la comunidad internacional de castigar las violaciones de derechos humanos en un foro internacional. El espíritu post-Nuremberg de enviar a autores de crímenes en contra de los derechos humanos a cortes internacionales parece ser muy sensato. Las violaciones a los derechos humanos están, junto con crímenes como el terrorismo, el narcotráfico y la desestabilización de gobiernos democráticos, en una categoría de actos que pueden, dada su magnitud, exceder la capacidad de las cortes nacionales para manejarlos internamente. Por supuesto puede resultar demasiado idealista esperar la implementación de dichas cortes bajo el estado presente del Derecho Internacional; pero no es menos realista que esperar que la comunidad internacional, a través de la presión política externa, haga cumplir el deber de castigar los abusos de derechos humanos cometidos en el pasado en un país determinado. Ahora bien, si el establecimiento de las cortes internacionales se hace imposible, se podrían implementar soluciones intermedias, tales como la internacionalización de la jurisdicción y el rechazo de los tribunales extranjeros a reconocer amnistías, perdones o prescripciones para esta clase de crímenes.

En segundo lugar, se podría establecer un deber internacional para esta clase de situaciones de una manera que tome más en cuenta el contexto existente que como lo propone Orentlicher. Me refiero al deber de los gobiernos de salvaguardar los derechos humanos de futuras violaciones por parte del gobierno o de otros agentes. Hay casos claros, condenados por las actuales normas internacionales, en donde los gobiernos violan los derechos humanos de una manera abierta y activa. Pero también hay casos en los que los gobiernos, de manera pasiva e indirecta, hacen peligrar la preservación de los derechos humanos a través del debilitamiento de las instituciones, las prácticas, los hábitos culturales, y la estructura económica que apoya la protección de los derechos humanos. Estos no son generalmente reconocidos como violaciones propiamente tales, aunque deberían serlo. A veces la incapacidad del gobierno de investigar y hacer juicios por las violaciones a los derechos humanos cometidos durante un gobierno anterior puede, con justa razón, ser categorizada como un abuso pasivo a los derechos humanos si pone dichos derechos en peligro en el futuro.

En ocasiones, sin embargo, lo que puede parecer ante la comunidad internacional como pasividad por parte de un gobierno, puede de hecho ser una forma activa de salvaguardarse de *futuras* violaciones a costa de dejar de lado los juicios por crímenes pasados. En otras palabras, el contexto presente puede frustrar el esfuerzo del gobierno de promover el castigo de personas responsables por los abusos de derechos humanos, a menos que se corra el riesgo de provocar mayor violencia y el retorno a un régimen no democrático. En esos casos, la comunidad internacional debería asumir la responsabilidad

de hacer valer el deber general que estoy proponiendo. Esto resultaría mucho más útil para la protección de los derechos humanos que la incorporación de un deber burdo e indiscriminado para castigar, independientemente de las circunstancias particulares por las que esté atravesando el gobierno, especialmente considerando la amenaza de futuras violaciones similares.

Con el mecanismo internacional que aquí se propone, los estados extranjeros y la comunidad internacional no podrían emitir críticas simplistas sobre la omisión de un gobierno de castigar las violaciones de un régimen anterior. Antes de reaccionar con críticas y sanciones, la comunidad internacional tendría que ejercer una revisión completa del contexto actual y de las complejas cadenas de causalidad que llevan a la violación de derechos humanos, que pudieron haber sido generadas no sólo por la indulgencia hacia los abusos del pasado sino también por otros factores como las presiones políticas y económicas. Tal revisión podría revelar que esos obstáculos se originan en agentes, tales como gobiernos extranjeros, que usualmente son percibidos como estando por encima de toda sospecha.

En resumen, la propuesta de Orentlicher, aunque bien expuesta y argumentada, no ayudaría a un gobierno que busca prevenir violaciones futuras a los derechos humanos ni siquiera cuando éste decide hacerlo mediante el castigo de los abusos de derechos humanos cometidos en el pasado. Por el contrario, lo que se necesita es un sistema en el que la comunidad internacional considere los problemas únicos y particulares que cada gobierno democrático sucesor enfrenta y apoyar los esfuerzos necesarios para asegurar la democracia, y por lo tanto, los derechos humanos en el futuro. El conocimiento requerido sobre las circunstancias existentes para cada caso con el fin de lograr soluciones justas y prudentes, excluye en general la actitud epistemológicamente elitista de la intervención directa ejercida por poderes externos; al mismo tiempo permite presiones⁵⁸ que tiendan a estimular a las personas a discutir y decidir por sí mismas la mejor forma de proteger sus propios derechos⁵⁹.

⁵⁸ Tales como aquellas realizadas por el gobierno del Presidente Carter, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y otros, cuando los derechos humanos estaban siendo violados en Argentina.

⁵⁹ Esto tiene conexión con mi defensa de la democracia, que ciertamente debe ser extendida a la esfera internacional, basada en su valor epistémico para lograr soluciones correctas (es decir, imparciales) y morales para conflictos internamente subjetivos. Véase C. Nino, *The Ethics of Human Rights* (1991).

UNA RESPUESTA AL PROFESOR NINO*

Diane F. Orentlicher

Siendo uno de los principales arquitectos del programa de juicios sobre derechos humanos del Presidente Alfonsín, Carlos Nino entiende muy bien los dilemas que existen alrededor de los esfuerzos de una democracia naciente para castigar los crímenes de un régimen anterior, y su recuento lúcido de la experiencia argentina enriquece nuestra propia comprensión de éstos. Los ciudadanos de naciones que enfrentan dilemas similares han quedado bien advertidos para tener en cuenta la precaución que el Profesor Nino hace contra las demandas excesivas de los “maximalistas”. Pero al atribuirme a mí sus puntos de vista, el Profesor Nino está apuntando fuera del blanco¹.

He tenido el privilegio de trabajar, en distintas partes del mundo, con hombres y mujeres que dedican sus vidas a la transformación de normas abstractas de Derecho Internacional en prácticas cotidianas de las personas. Les ha costado tanto alcanzar sus logros que no podría nunca sostener, como el Profesor Nino sugiere que he hecho, que una democracia naciente debe sacrificar los resultados de sus esfuerzos ante rígidos preceptos o demandas maximalistas².

El Profesor Nino y yo estamos completamente de acuerdo con el hecho de que el Derecho Internacional debe “tener en cuenta [las] complejidades” de situaciones reinantes en países como Argentina. Mi tesis gira precisamente alrededor del reconocimiento de esas complejidades. Tal como mi artículo encarece, el Derecho Internacional no exige que los gobiernos cometan suicidio político. Las doctrinas de excepción, descritas en mi artículo, aseguran que los deberes generalmente aplicables no tengan este efecto.

* Tomado de Diane F. Orentlicher, “A Reply to Professor Nino”, publicado en *The Yale Law Journal*, vol. 100, pp. 2641-2643.

¹ Aún cuando mis breves observaciones en esta nota se dirigen a lo que yo creo son los principales puntos hechos en el comentario del Profesor Nino, en Nino, “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights in Context: The Case of Argentina”, 100 *Yale L.J.* 2619 (1991), algunos de los puntos de vista que él me atribuye pueden crear una impresión equivocada con respecto a las posiciones planteadas en mi artículo. Por ejemplo, yo no sugerí que el resultado de los juicios por tortura en Grecia pudiera ser atribuido solamente a “tecnicismos legales.” *id.* En 2624n. 16. Ver Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime* 2537, 2599-600 n.273 (1991). Tampoco sugerí que era políticamente viable que el gobierno de Alfonsín creara un “límite de corto plazo para los juicios más allá de el empleo de procedimientos” descrito en el trabajo del Profesor Nino. Nino, *supra* nota en 2624. Véase Orentlicher, *supra* nota en 2599 n.270.

² Estas experiencias también me han dejado claro que los derechos ganados con dificultad deben salvaguardarse frente a los efectos destructivos de la impunidad. Con respecto a esto, es particularmente notoria la experiencia filipina. Poco tiempo después que Corazón Aquino sucedió a Ferdinand Marcos, muchos de sus asesores, que eran abogados de derechos humanos durante el gobierno de Marcos, me comentaron en privado que ellos pensaban que los juicios a oficiales del ejército por violaciones cometidas durante el gobierno de Marcos serían desestabilizadores. Algunos años más tarde, los mismos oficiales me dijeron que, visto en retrospectiva, ellos hubieran deseado que las organizaciones internacionales de derechos humanos hubieran ejercido presión sobre el gobierno de Aquino para instaurar los juicios por violaciones a los derechos humanos. En su opinión, el hecho que el gobierno no lo hizo había dado valor a los militares para lanzar sucesivos intentos golpistas, y esto había erosionado más aún la disciplina militar. Después de un período de calma, las violaciones de derechos humanos comenzaron a surgir de nuevo. Los abogados de derechos humanos se encontraron, en números importantes, entre las nuevas víctimas.

Por otra parte, los deberes generales impuestos por el Derecho Internacional tampoco son un “instrumento burdo” como el Profesor Nino los hace ver. El Profesor Nino se equivoca al asumir que los deberes examinados en mi artículo, si fueran aplicados en Argentina, podrían haber reforzado la posición de los maximalistas al investir sus demandas con la autoridad del “Derecho Internacional positivo”. Mi argumento es que el Derecho Internacional *no* requiere que los gobiernos sucesores castiguen a todos los que participaron en el sistema pasado de violaciones a los derechos humanos - como los maximalistas hubieran exigido que se hiciera. Entonces, ¿cómo podrían los requerimientos del Derecho Internacional haber habilitado a los oponentes de Alfonsín para “señalar que el gobierno no estaba cumpliendo con sus obligaciones internacionales, o que incluso era una especie de paria en la comunidad internacional,” sólo porque no llegó a postular una política más amplia de procesos penales?

Si el gobierno argentino erró en sus decisiones, erró en términos de estrategia, no en términos de la ley. Al retirarse de juicios que ya estaban comenzados, el gobierno dejó la impresión de que era demasiado débil para enjuiciar a aquellos que creyó merecían un castigo. Eso es, por cierto, una especie de fracaso. Pero es meramente un fracaso político - un fracaso de la voluntad basado en la percepción del gobierno de su propia falta de poder - y no una violación a la ley internacional³.

Sospecho que es en la idea de la autoridad del Derecho Internacional donde el Profesor Nino y yo diferimos más⁴. Es halagador, aunque completamente desacertado, que el Profesor Nino caracterice como “el deber de Orentlicher” las obligaciones establecidas por Estados bajo el Derecho Internacional de castigar ciertos crímenes atroces. Yo no creé estos deberes. Ellos surgen, en algunos casos, en virtud de explícitos requerimientos establecidos en las convenciones de derechos humanos⁵. En otros casos surgen en forma de tratados, interpretados con toda autoridad por organismos judiciales internacionales⁶. Y surgen, también, bajo leyes tradicionales tal como son interpretadas por, entre otros, el *American Law Institute*⁷. Contrario a lo que el Profesor Nino sugiere, ellos han sido, de manera repetida, las bases de las condenas y esfuerzos internacionales por hacer cumplir la ley⁸. Hay, por supuesto, una ironía - una que sólo puedo lamentar - en la reticencia del

³ Aun cuando la retirada del gobierno de Alfonsín de los juicios no fue en sí una violación al Derecho Internacional, la ley que prohibió futuros juicios de la mayoría de los acusados potenciales, cuyo pasaje fue asegurado por el gobierno de Alfonsín en 1987, estableció una base de “órdenes superiores” para la impunidad que era inconsistente con los principios bien establecidos del Derecho Internacional. Véase Orentlicher, *supra* nota, en 2605 n.300-01.

⁴ El profesor Nino encuentra inconcebible que la “totalidad de la población” pueda no estar en libertad de anular la ley internacional mediante plebiscito popular. Pero está bien establecido que las leyes nacionales pueden violar las obligaciones internacionales del Estado, no importando la manera en que dichas leyes fueron dictadas. Véase Orentlicher, *supra* nota 1, en 2553, 2597 & nn.62, 260-61.

⁵ Véase *id* en 2562-84.

⁶ Véase *id* en 2562-84.

⁷ Véase *id* en 2562-84.

⁸ Véase *id* en nn. 213, 310 y en nn. 204-06 y su texto acompañante; véase también *id.* en 2573-83 (decisiones de los organismos internacionales interpretando los tratados de derechos humanos para obligar el castigo de las violaciones graves). Que esos deberes no se cumplan adecuadamente, no cabe duda. Es entendible también la percepción del Profesor Nino de que los gobiernos no han tenido la voluntad de presionar a otros Estados para instaurar los juicios de derechos humanos. El gobierno de Reagan no tomó ninguna posición frente a los juicios del gobierno de Alfonsín, y el gobierno de Bush se mantuvo en silencio con respecto a los indultos otorgados por el sucesor de Alfonsín. El gobierno de los Estados Unidos ha sido más directo en presionar por los juicios por derechos humanos en muchos otros países, como Haití y El Salvador.

Profesor Nino para reconocer estas obligaciones internacionales: éstas dan sustento a los mismos procesos penales por los cuales él mismo merece tanto crédito - y que ciertamente cuentan entre los logros más encomiables de su nación.

Sexualidad*

Catharine A. MacKinnon

¿Qué es lo que tiene la experiencia de las mujeres para producir una perspectiva particular acerca de la realidad social? ¿Cómo se genera un punto de vista determinado y una hermenéutica interpretativa de la vida social en el grupo de las mujeres? ¿Qué les sucede a las mujeres para que tengan un interés particular en los arreglos sociales, algo de lo cual ser conscientes? ¿Cómo se generan socialmente y se hacen respetar en forma cotidiana las cualidades que conocemos como masculinas y femeninas? La cosificación de la mujer, primero en el mundo, luego a nivel de la mente, primero en la apropiación visual y luego en el sexo forzado y por último en el asesinato sexual¹, proporciona las respuestas.

El dominio masculino es sexual. Significado: los hombres en particular, si no exclusivamente, sexualizan las jerarquías; el género es una de ellas. Tanto una teoría sexual del género como una teoría "generizada" del sexo, ésta es la teoría de la sexualidad surgida de la concientización. Trabajos feministas recientes, tanto interpretativos como empíricos sobre la violación, violencia, acoso sexual, abuso sexual infantil, prostitución y pornografía la avalan². En conjunto, estas prácticas expresan y actualizan el poder distintivo de los hombres

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de Catharine A. MacKinnon, titular del derecho de autor.

¹ Véase Jane Caputi, *The Age of Sex Crime* (Bowling Green, Ohio: Bowling Green State University Popular Press, 1987); Deborah Cameron y Elizabeth Frazer, *The Lust to Kill: A Feminist Investigation of Sexual Murder* (New York: New York University Press, 1987).

² Algunas citas básicas del cuerpo masivo de trabajo en el cual se apoya este capítulo se enumeran a continuación:

Sobre la violación: Diana E.H. Russell y Nancy Howell, "The Prevalence of Rape in the United States Revisited", *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 8 (verano de 1983): 668-695; D. Russell, *Rape in Marriage* (New York: Macmillan, 1982); Lorenne M.G. Clark y Debra Lewis, *The Politics of Rape: The Victim's Perspective* (Nueva York: Stein & Day, 1975); Andrea Medea y Kathleen Thompson, *Against Rape* (Nueva York: Farrar, Straus y Giroux, 1974); Susan Brownmiller, *Against our Will: Men, Women and Rape* (Nueva York: Simon and Schuster, 1975); Irene Frieze, "Investigating the Causes and Consequences of Marital Rape", *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 8 (primavera de 1983): 532-553; Nancy Gager y Cathleen Schurr, *Sexual Assault: Confronting Rape in America* (Nueva York: Grosset & Dunlap, 1976); Gary LaFree, "Male Power and Female Victimization: Towards a Theory of Interracial Rape", *American Journal of Sociology* 88 (1982): 311-328; Martha Butt, "Cultural Myths and Supports for Rape", *Journal of Personality and Social Psychology* 38 (1980): 217-230; Kalamu ya Salaam "Rape: A Radical Analysis from the African-American Perspective", en *Our Women Keep our Skies from Falling* (Nueva Orleans: Nkombo, 1980); J. Check y N. Malamuth, "An Empirical Assessment of Some Feminist Hypotheses about Rape", *International Journal of Women's Studies* 8 (1985): 414-423.

Sobre la violencia: D. Martin, *Battered Wives* (San Francisco: Glide Productions, 1976); S. Steinmerz, *The Cycle of Violence: Assertive, Aggressive and Abusive Family Interaction* (Nueva York: Praeger, 1977); R. Emerson Dobash y Russell Dobash, *Violence against Wives: A Case against the Patriarchy* (Nueva York: Free Press, 1979); R. Langley y R. Levy, *Wife Beating: The Silent Crisis* (Nueva York: E.P. Dutton, 1977); Evan Stark, Anne Flitcraft y William Frazier, "Medicine and Patriarchal Violence: The Social Construction of a 'Private' Event", *International Journal of Health Services* 9 (1979): 461-493; Lenore Walker, *The Battered Woman* (Nueva York: Harper & Row, 1979).

Sobre el acoso sexual: Merit Systems Protection Board, *Sexual Harassment in the Federal Workplace: Is it a Problem?* (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1981); C.A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women* (New Haven: Yale University Press, 1979); Donna Benson y Gregg Thomson, "Sexual Harassment on a University Campus: The Confluence of Authority Relations, Sexual Interest and Gender Stratification", *Social Problems* 29 (1982): 236-251; Phyllis Crocker y Anne E. Simon, "Sexual Harassment in Education", 10 *Capital University Law Review* 541 (1981).

Sobre el incesto y el abuso sexual infantil: D. Finkelhor, *Sexually Victimized Children* (Nueva York: Free Press, 1979); J. Herman, *Father-Daughter Incest* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981); D. Finkelhor, *Child Sexual Abuse: Theory and Research* (Nueva York: Free Press, 1984); A. Jaffe, L. Dynneson y R. Ten-Bensel, "Sexual Abuse of Children. An Epidemiologic Study", *American Journal of Diseases of Children* 129 (1975): 689-695; K. Brady, *Father's Days: A True Story of Incest* (Nueva York: Seaview Books, 1979); L. Armstrong, *Kiss Daddy Goodnight* (Nueva York: Hawthorn Press, 1978); S. Burler, *Conspiracy of Silence: The Trauma of Incest* (San Francisco: New Glide Publications, 1978); A. Burgess, N. Groth, L. Homstrom y S. Sgroi, *Sexual Assault of Children and Adolescents* (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1978); F. Rush, *The Best-Kept Secret: Sexual Abuse of Children* (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1980); Diana E.H. Russell, "The Prevalence and Seriousness of Incestuous Abuse: Stepfathers v. Biological Fathers", *Child Abuse and Neglect: The International Journal* 8 (1984): 15-22; idem, "The Incidence and Prevalence of Intrafamilial and Extrafamilial Sexual Abuse of Female Children", *ibid.* 7 (1983): 133-146; idem, *The Secret Trauma: Incestuous Abuse of Women and Girls* (Nueva York: Basic Books, 1986).

Sobre la prostitución: Kathleen Barry, *Female Sexual Slavery* (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, 1979); M. Griffin, "Wives, Hookers and the Law", 10 *Student Lawyer* 18-21 (enero de 1982); J. James y J. Meyerding, "Early Sexual Experience as a Factor in Prostitution", *Archives of Sexual Behavior* 7 (1978): 31-42; Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Sub Comisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías, Grupo de Trabajo sobre Esclavitud, *Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others*, E/Cn.4/AC.2/5 (Nueva York: 1976); Jennifer James, *The Politics of Prostitution* (Seattle: Social Research Associates, 1975); Kate Millett, *The Prostitution Papers* (Nueva York: Avon Books, 1973).

Sobre la pornografía: L. Lederer, ed., *Take Back the Night: Women on Pornography* (Nueva York: William Morrow, 1980); Andrea Dworkin, *Pornography: Men Possessing Women* (Nueva York: Perigee, 1981); Linda Lovelace y Michael McGrady, *Ordeal* (Secaucus, N.J.: Citadel Press, 1980); P. Bogdanovich, *The Killing of the Unicorn: Dorothy Stratten, 1960-1980* (Nueva York: William Morrow, 1984); M. Langelan, "The Political Economy of Pornography", *Aegis: Magazine on Ending Violence against Women* 32 (agosto de 1981): 5-7. D. Leidholdt, "Where Pornography Meets Fascism", *WIN New*. 15 de marzo de 1983, Págs. 18-22; E. Donnerstein, "Erotica and Human Aggression", en *Aggression: Theoretical and Empirical Review*, ed. R. Green y E. Donnerstein (Nueva York: Academic Press, 1983); idem, "Pornography: Its Effects on Violence against Women", en *Pornography and Sexual Aggression*, ed. N. Malamuth y E. Donnerstein (Orlando, Fla.: Academic Press, 1984); Geraldine Finn, "Against Sexual Imagery, Alternative or Otherwise", (Trabajo presentado en el Symposium on Images of Sexuality in Art and Media, Ottawa, 13-16 de marzo de 1985); Diana E.H. Russell, "Pornography and Rape: A Causal Model", *Political Psychology* 9 (1988): 41-74; M. McManus, ed., *Final Report of the Attorney General's Commission on Pornography* (Nashville: Rutledge Hill Press, 1986).

Véase en general: Diana E.H. Russell, *Sexual Exploitation, Rape, Child Sexual Abuse and Workplace Sexual Harassment* (Beverly Hills: Russell Sage, 1984); D. Russell y N. Van de Ven, *Crimes against Women: Proceedings of the International Tribunal* (Millbrae, Calif.: Les Femmes, 1976); E. Stanko, *Intimate Intrusions: Women's Experience of Male Violence* (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1985); Ellen Morgan, *The Erotization of Male Dominance/Female Submission* (Pittsburgh: Know, 1975); Adrienne Rich, "Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence", *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 5 (verano de 1980): 631-660; J. Long Laws y P. Schwartz, *Sexual Scripts: The Social Construction of Female Sexuality* (Hinsdale III.: Dryden Press, 1977), L. Phelps, "Female Sexual Alienation", en *Women: A Feminist Perspective*, Ed. J.

sobre las mujeres en la sociedad; el hecho de que efectivamente son permitidas lo confirma y lo amplía. Si uno cree los relatos de las mujeres acerca del uso y abuso sexual por parte de los hombres³; si el carácter generalizado de la violencia sexual masculina contra las mujeres verificado en estos estudios no se niega, no se minimiza ni se excluye como algo desviado o episódico⁴; si el hecho de que sólo el 7,8% de las mujeres en Estados Unidos no son objeto de acoso o ataque sexual durante el transcurso de sus vidas sea considerado como algo que no se debe ignorar o como algo inconsecuente⁵; si las mujeres a las que les sucede no son consideradas desechables; si la violación de mujeres se entiende como una cuestión sexualizada en algún nivel, entonces la sexualidad misma no puede ser vista como un factor no involucrado en lo anterior. Tampoco se puede categorizar el significado de la práctica de la violencia sexual sencillamente como violencia y no como un hecho sexual. En conjunto, esta información y análisis sugieren que el rol sexual masculino se centra en la intrusión agresiva frente a los menos poderosos. Estos actos de dominio se viven como sexualmente excitantes, como si fueran sexo⁶. Por lo tanto lo son. Los nuevos conocimientos sobre la violación sexual de mujeres por parte de hombres proporcionan el marco para una investigación sobre el lugar que ocupa la sexualidad en el género y en el género dentro del ámbito de la sexualidad.

Una teoría feminista sobre la sexualidad basada en estos datos coloca la sexualidad dentro de una teoría de desigualdad de género, lo que significa el dominio jerárquico de los hombres sobre las mujeres. Para que una teoría sea feminista, no basta con que sea escrita por una mujer biológica ni que describa la sexualidad femenina como algo distinto (aunque igual) a la sexualidad masculina o como si la sexualidad de las mujeres existiera en algún dominio más allá de, debajo de, por encima de, detrás de, o de cualquier modo, esencialmente no tocado e impenetrable frente a un orden social desigual. Una teoría sobre la sexualidad se vuelve

Freeman (Palo Alto, Calif.: Mayfield, 1979); Shere Hite, *The Hite Report: A Nationwide Survey of Female Sexuality* (Nueva York: Macmillan, 1976); Andrea Dworkin, *Intercourse* (Nueva York: Free Press, 1987). Trabajos comparativos recientes proporcionan confirmaciones y contrastes: Pat Caplan, ed., *The Cultural Construction of Sexuality* (Nueva York: Tavistock, 1987); Marjorie Shostak, *Nisa: The Life and Words of a KungWoman* (Nueva York: Vintage Books, 1983).

³ La decisión de Freud de no creer los relatos de las mujeres acerca de haber sido abusadas sexualmente cuando niñas aparentemente fue un hecho central en la construcción de las teorías de la fantasía y posiblemente también de la teoría del inconsciente. Es decir, en cierta medida, esa creencia de que el abuso sexual de los relatos de sus pacientes no sucedió efectivamente generó la necesidad de una teoría relacionada con la fantasía, y el inconsciente, para explicar lo que le informaban. Véase Rush, *The Best-Kept Secret*; Jeffrey M. Masson, *The Assault on Truth: Freud's Suppression of the Seduction Theory* (Nueva York: Farrar, Straus & Giroux, 1984). Sólo podemos especular acerca del curso de la psiquis moderna (sin mencionar la historia moderna) si se les hubiera creído a las mujeres.

⁴ E. Schur, *Labeling Women Deviant: Gender, Stigma, and Social Control* (Philadelphia: Temple University Press, 1984) (una excelente revisión de estudios que recomienda un enfoque de "continuo" más que de "desviación" en relación con temas de desigualdad de sexo).

⁵ Esta cifra fue calculada a petición de la autora por Diana E.H. Russell desde la base de datos de muestreo al azar de 930 hogares de San Francisco analizados en *The Secret Trauma*, pp. 20-37, y *Rape in Marriage*, pp. 27-41. La cifra incluye todos los tipos de violación u otras formas de abuso o acoso sexual que se evaluaron, con o sin contacto, desde la violación colectiva por parte de extraños y la violación marital hasta los llamados telefónicos obscenos, insinuaciones sexuales en la calle, solicitudes indeseables de posar para sesiones de pornografía y la exposición a voyeristas y exhibicionistas sexuales.

⁶ S.D. Smithyman, "The Undetected Rapist" (Tesis de doctorado, Claremont Graduate School, 1978); N. Groth, *Men Who Rape: The Psychology of the Offender* (Nueva York: Plenum Press, 1979); D. Scully y J. Marolla, "Riding the Bull at Gilley's: Convicted Rapists Describe the Rewards of Rape", *Social Problems* 32 (1985): 251. (El subtítulo del manuscrito era "Convicted Rapists Describe the Pleasure of Raping").

feminista de manera metodológica, en el sentido post marxista del término, si trata la sexualidad como un constructo social de poder masculino: definido por los hombres, impuesto a las mujeres y constituyente del significado de género. Este enfoque centra el feminismo en la perspectiva de la subordinación de las mujeres al hombre al identificar al sexo - es decir, la sexualidad del dominio y la sumisión - como crucial, como fundamental, como definitivo en cierto nivel, en dicho proceso. La teoría feminista se convierte en un proyecto de análisis de esa situación con el propósito de enfrentarla en su esencia, con el fin de modificarla.

Al enfocarse en la desigualdad de género sin un relato sexual de su dinámica, como ocurre en la mayoría de los trabajos, uno podría criticar el sexismo presente en las teorías existentes sobre sexualidad y salir sabiendo que los hombres redactan textos para su propio beneficio, que mujeres y hombres los actúan; que los hombres fijan las condiciones, que las mujeres y los hombres actúan de acuerdo a conductas condicionadas; que los hombres elaboran las categorías de desarrollo a través de las cuales ellos se desarrollan y las mujeres se desarrollan o no se desarrollan; que, socialmente, a los hombres se les permite tener sí mismos y por lo tanto identidades con personalidades en las cuales la sexualidad está bien o mal integrada, mientras que las mujeres constituyen lo que está o no está integrado, constituyen aquello a través de la alteridad de lo cual un ser se experimenta a sí mismo como poseedor de una identidad; que los hombres tienen relaciones objetales, siendo las mujeres el objeto de esas relaciones, y así sucesivamente. Siguiendo con esa crítica, uno podría intentar invertir o corregir las premisas o aplicaciones de esas teorías para volverlas neutrales en términos de género, aún si la realidad a la cual éstas se refieren se parece más a las teorías - una vez revelada su especificidad de género - que a lo que pareciera ser neutral en términos de género. O uno podría intentar consagrar una "realidad de las mujeres" distintiva como si realmente estuviera permitido existir como algo más que una dimensión de la respuesta de las mujeres ante una condición de falta de poder. Tales ejercicios serían reveladores e instructivos, incluso deconstructivos, pero limitar el feminismo al acto de corregir el sesgo sexual actuando en teoría como si el poder masculino no existiera en realidad, incluso mediante una valorización por escrito de lo que las mujeres, sin tener otras opciones, han sido limitadas a convertirse en la vida, significa limitar la teoría feminista tal como el sexismo limita la vida de las mujeres: una respuesta a los términos impuestos por los hombres.

Una teoría distintivamente feminista conceptualiza la realidad social, incluso la realidad sexual, en sus propios términos. Sin embargo, la pregunta es ¿cuáles son dichos términos? Si las mujeres se han visto privadas sustancialmente no sólo de su propia experiencia sino de sus propios términos con los cuales observarla, entonces una teoría feminista de la sexualidad que intente comprender la situación de las mujeres para poder cambiarla debe primero identificar y criticar el constructo "sexualidad" como un constructo que ha circunscrito y definido la experiencia, así como también la teoría. Esto exige captarlo en el mundo, en sus significados sociales contextualizados, como se construye en la vida cotidianamente. Debe ser estudiado, en su existencia empírica vivida, no solamente en los textos de historia (como lo hace Foucault), o en la psiquis social (como lo hace Lacan) o en el lenguaje (como lo hace Derrida). El significado sexual no está formado exclusivamente y ni siquiera primordialmente por palabras y en los textos. Está hecho por relaciones sociales de poder en el mundo, proceso a través del cual también se produce el género. En términos feministas, el hecho de que el poder masculino tenga poder significa que los intereses de la sexualidad masculina construyen lo que significa la sexualidad en sí, lo que incluye la forma

estándar en que se encuentra permitida y reconocida en cuanto a ser sentida, expresada y experimentada, de una manera que determina las biografías de las mujeres, incluidas sus biografías sexuales. Las teorías existentes, hasta que logren comprender este hecho, no sólo atribuirán erróneamente lo que denominan sexualidad femenina a las mujeres como tales, como si no le fuera impuesta a las mujeres a diario, sino que también participarán en la imposición de la hegemonía del constructo social del “deseo” y de su producto resultante la “sexualidad” y su constructo “la mujer” al mundo.

El tema del género, en este análisis, se convierte en el tema relacionado con lo que se entiende por “sexualidad”: lo que significa el sexo y lo que se quiere decir al hablar de sexo, cuándo, cómo, con quién y con qué consecuencias para quién. Rara vez se enfrentan estas preguntas en forma sistemática, ni siquiera en discursos que dicen tener por objeto la concientización feminista. Lo que es el sexo - cómo se anexa y se atribuye a lo que es, encarnado y practicado de la manera en que lo es, contextualizado de las maneras en que suele hacerse, con el significado y la referencia a lo que hace - se toma como punto de partida, como un hecho, excepto en las explicaciones de lo sucedido cuando se piensa que falló en algo. Es como si lo “erótico” por ejemplo, se pudiera tomar como algo que tiene un referente entendido, aunque nunca se defina, excepto para implicar que es universal pero sin embargo individual, en última instancia variable y plástico, esencialmente indefinible pero arrolladoramente positivo. El “deseo”, cuyas vicisitudes son alabadas interminablemente y respecto del cual se filosofa por lo alto y por lo bajo en la cultura, no es visto como fundamentalmente problemático ni como algo que requiere explicación a nivel de lo operativo, concreto e interpersonal a menos (nuevamente) que deba existir y no exista de hecho. Enumerar y analizar lo que aparentemente son los elementos esenciales de la excitación sexual masculina, lo que debe estar presente para que funcione el pene, parece ser ligeramente blasfemo, como un pornógrafo dedicado a la investigación de mercado. Se supone que el sexo es demasiado individual y demasiado trascendental a nivel universal para aquello. Sugerir que lo sexual podría ser continuo a algo fuera del sexo mismo, algo como la política, no se hace con frecuencia, se trata como un factor de detumescencia, incluso por las feministas. Es como si la sexualidad la trajera la cigüeña.

Desde el punto de vista feminista, la sexualidad no es una esfera discreta de interacción o de sensaciones o conductas en las que las divisiones sociales preexistentes se puedan o no desarrollar. Es una dimensión omnipresente de la vida social, algo que impregna la totalidad, una dimensión en la cual el género ocurre y a través del cual el género se constituye socialmente: es una dimensión en la que otras divisiones sociales, como la raza y la clase social, se manifiestan parcialmente. El dominio erotizado define los imperativos de su masculinidad, la sumisión erotizada define su feminidad. Tantas características de la situación de la mujer como ciudadana de segunda clase - la restricción y limitación y deformación, el servilismo y la exhibición, la automutilación y la necesaria presentación del ser como algo bello, la pasividad impuesta, la humillación - se convierten en parte del contenido del sexo para las mujeres. Ser un objeto de uso sexual es esencial para ello. Este enfoque identifica no solamente una sexualidad moldeada bajo condiciones de desigualdad de género sino que revela esta misma sexualidad como la dinámica de la desigualdad de los sexos. Es afirmar que la excitación producida por la reducción de una persona a una cosa, a algo que es menos que un ser humano, como ha sido socialmente definido, es su fuerza motriz fundamental. Es sostener que la diferencia sexual es una función del dominio sexual. Es argüir una teoría

sexual de la distribución del poder social a través del género en el cual esta sexualidad que es sexualidad es lo que sustancialmente hace que la división de género sea lo que es, con dominio masculino, dondequiera que esté, lo cual es casi en cualquier lugar.

En esta perspectiva, transculturalmente, la sexualidad es aquello que cualquier cultura o subcultura define como tal. La siguiente pregunta se refiere a su relación con el género como una división del poder. El dominio masculino aparentemente existe en todas las culturas, si bien en formas particulares. Transculturalmente, aquello que define a las mujeres como “diferentes” ¿es lo mismo que lo que las define como “inferiores” y lo mismo que lo que define la “sexualidad” de las mujeres? ¿Aquello que define la desigualdad de género simplemente como la diferencia sexual también es el contenido de lo erótico, en términos transculturales? Desde este punto de vista, la teoría feminista de la sexualidad es su teoría de la política, su contribución distintiva a la explicación social y política. Explicar la desigualdad de género en términos de “política sexual”⁷ es proponer no sólo una teoría política de lo sexual que define el género sino también una teoría sexual de lo político para lo cual el género es fundamental.

En este enfoque, el poder masculino adopta la forma social de lo que los hombres, como género, desean sexualmente, lo que se centra en el poder mismo, según se define socialmente. En los países capitalistas, esto incluye la riqueza. La masculinidad consiste en tenerla, la feminidad en no tenerla. [La masculinidad antecede a lo masculino al igual que la feminidad antecede a lo femenino y el deseo sexual masculino define a ambos]. Específicamente, “mujer” está definida por lo que el deseo masculino requiere para su excitación y satisfacción y ésta es socialmente tautológica con “sexualidad femenina” y “el sexo femenino”. En las formas de trato permitidas hacia una mujer, en las formas socialmente no consideradas violaciones sino adecuadas para su naturaleza, se encuentran los detalles de los intereses y requisitos sexuales masculinos. [En el paradigma sexual concomitante, las normas imperantes de atracción y expresión sexual están fusionadas con la formación y la afirmación de la identidad de género de modo que la sexualidad equivale a la heterosexualidad y equivale a la sexualidad del dominio (masculino) y la sumisión (femenina).]

Post-Lacan, en realidad post-Foucault, se acostumbra afirmar que la sexualidad es construida socialmente⁸. Rara vez se especifica de qué está construida y mucho menos quién

⁷ Kate Millett, *Sexual Politics* (Garden City, Nueva York: Doubleday, 1970).

⁸ Jacques Lacan, *Feminine Sexuality [Sexualidad Femenina]* traducción de Jacqueline Rose, Ed. Juliet Mitchell y Jacqueline Rose, (Nueva York: Norton, 1982); Michel Foucault, *The History of Sexuality [Historia de la Sexualidad]*; vol 1: Una Introducción (Nueva York: Random House, 1980); idem, *Power/Knowledge, ed. C. Gordon* (Nueva York: Pantheon, 1980).

Véase, en general (incluyendo los materiales revisados allí): R. Padgug, “Sexual Matters; On Conceptualizing Sexuality in History”, *Radical History Review* 70 (Primavera/Verano 1979) por ej. p. 9; M. Vicinus, “Sexuality and Power: A Review of Current Work in the History of Sexuality”, *Feminist Studies* 8 (Primavera de 1982): 133-155; S. Ortner y H. Whitehead, *Sexual Meanings: The Cultural Construction of Gender and Sexuality* (Cambridge: Cambridge University Press, 1981); Red Collective, *The Politics of Sexuality in Capitalism* (Londres: Black Rose Press, 1978); J. Weeks, *Sex, Politics and Society: The Regulation of Sexuality since 1800* (Nueva York: Longman, 1981); J. D’Emilio, *Sexual Politics, Sexual Communities: The Making of a Homosexual Minority in the United States 1940-1970* (Chicago: University of Chicago Press, 1983); A. Snitow, C. Stansell y S. Thompson, eds., Introducción de *Powers of Desire: The Politics of Sexuality* (Nueva

la construye, ni cuándo, cómo ni dónde⁹. Cuando el capitalismo es el constructo social elegido, la sexualidad es modelada, controlada, explotada y reprimida por el capitalismo; y no es que el capitalismo genera la sexualidad como la conocemos. Cuando la sexualidad es un constructo de discursos de poder, el género nunca es uno de ellos; la fuerza es central para que se despliegue pero esto ocurre a través de la represión, no mediante su constitución; el discurso no se investiga en forma concreta para analizar su participación en este proceso de construcción. El poder está en todas partes y por lo tanto en ninguna, es difuso más que hegemónico en forma omnipresente. “Construido” pareciera significar influido por, dirigido, canalizado, como una carretera que construye patrones de tráfico. Y no: ¿por qué los automóviles? ¿Quién maneja? ¿A dónde van todos? ¿Qué hace que sea importante la movilidad? ¿Quién puede ser dueño de un auto? ¿Será que todos estos accidentes no son muy accidentales? A pesar de que estas excepciones son parciales (no obstante la declinación de responsabilidades) el típico modelo de sexualidad que se acepta tácitamente sigue siendo profundamente freudiano¹⁰ y esencialista: la sexualidad es impulso no condicionado¹¹ prepolítico, natural, primario, sui generis e innato, dividido a lo largo de la línea biológica de género que se centra en el coito heterosexual, vale decir, la intromisión del pene, la plena actualización de lo cual está reprimida por la civilización. Incluso si se rechaza el aspecto de sublimación de esta teoría, o si se observa que las razones de la represión varían (para la supervivencia de la civilización o para mantener el control fascista, o para mantener el capitalismo en movimiento), la expresión sexual es vista implícitamente como la expresión de algo que es, en un sentido significativo, presocial y socialmente se le niega la totalidad de su fuerza. La sexualidad sigue siendo predominantemente precultural y universalmente invariable, social solamente en el sentido de que necesita a la sociedad para adoptar formas sociales específicas. El impulso mismo es un hambre, un apetito fundado en una necesidad; en qué consiste específicamente dicho apetito y cómo se satisface queda entonces sometido a innumerables variaciones culturales e individuales, al igual que la gastronomía, al igual que la cocina.

El eje ideológico principal de esta sexualidad es lo permitido/no permitido. El hecho de que la sexualidad está restringida ideológicamente es conocido. El que éstos sean sus ejes, centrales en cuanto a la forma en que el “impulso” se impulsa, y que esto sea esencial para el género y que el género sea esencial para ello, se desconoce¹². Su supuesto normativo básico es que debiera permitirse que “se exprese” lo que sea que se considere como sexualidad. Se le

York: Monthly Review Press, 1983); E. Dubois y L. Gordon “Seeking Ecstasy on the Battlefield: Danger and Pleasure in Nineteenth-Century Feminist Social Thought”, *Feminist Studies* 9 (Primavera de 1983): 7:25.

⁹ Un ejemplo aparece en Jeffrey Weeks, *Sexuality and its Discontents* (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1985).

¹⁰ La crítica de Freud que hace Luce Irigaray en *Speculum of the Other Women* (Ithaca: Cornell University Press, 1974) muestra agudamente cómo Freud construye la sexualidad a partir del punto de vista masculino con la mujer vista como una desviación de la norma. Pero ella, también, ve la sexualidad femenina no como algo construido por el dominio masculino sino solamente como sometido a la represión de éste.

¹¹ Para quienes consideran que tales ideas son atavismos dejados atrás por los científicos modernos, véase una conceptualización plenamente típica del “placer sexual, un potente estímulo y reforzador no condicionado” en N. Malamuth y B. Spinner “A Longitudinal Content Analysis of Sexual Violence in the Best-Selling Erotic Magazines”, *Journal of Sex Research* 16 (agosto de 1980): 226. Véase, asimismo, la discusión de B. Ollman sobre Wilhelm Reich en *Social and Sexual Revolution [Revolución Social y Sexual]* (Boston: South End Press, 1979), pp. 186-187.

¹² La contribución de Foucault a este análisis y sus limitaciones se analizan de manera muy ilustrativa en Frigga Haug, ed., *Female Sexualization*, trad. Erica Carter (Londres: Verso, 1987), pp. 190-198.

atribuye una valencia normativa positiva o una valoración afirmativa a cualquier cosa que se llame sexo. Este supuesto *ex cathedra*, afirmación que parece indispensable para la propia credibilidad de cualquier tema que se acerque a lo sexual, significa que el sexo como tal (sea lo que sea) es bueno (natural, sano, positivo, adecuado, agradable, saludable, propio, y debe ser aprobado y expresado). Esto, que a veces es caracterizado como “sexual positivo” es, evidentemente, un juicio de valor.

Kinsey y sus seguidores, por ejemplo, claramente pensaban (y siguen pensando) que cuanto más sexo, mejor. En consecuencia, trivializan incluso la mayoría de los casos de violación y abuso sexual infantil que ellos identifican como tales, condenan el rechazo sexual de las mujeres como inhibición sexual y reiteradamente interpretan la falta de deseo sexual de las mujeres como “restricciones” a la actividad sexual natural de los hombres, la cual, si se le permitiera operar por su cuenta, imitaría a la de (algunos) animales¹³. Los seguidores del imperativo freudiano de desrepresión han identificado, de manera similar, la frontera de la libertad sexual con la transgresión de los límites sociales en cuanto al acceso a ésta, con hacer que lo no permitido sexualmente sea permitido, particularmente el acceso sexual masculino a cualquier cosa. La lucha por lograr que todo lo sexual sea permitido en una sociedad que, según nos dicen, se derrumbaría si así fuera, genera una sensación de oposición a - y un aura de peligro alrededor de - la violación de lo carente de poder. Si supiéramos que los límites son falsos, y que existen solamente para erotizar el objetivo transgresible, ¿sería menos “sexy” penetrarlo? El tabú y el crimen pueden servir para erotizar lo que, de lo contrario, sería tan dominante como quitarle caramelos a un bebé. Asimilar la verdadera falta de poder frente a la prohibición masculina, frente al poder masculino, otorga la apariencia de resistencia, lo que permite que sea posible vencer, sin realmente socavar la realidad del poder, ni su dignidad, al entregarle verdadero poder a los sin poder. La cuestión es que lo permitido/no permitido se convierte en el eje ideológico en el cual se experimenta la sexualidad cuando y porque el sexo - género y sexualidad - se trata de una cuestión de poder.

Una versión de la hipótesis de la desrepresión que pretende ser feminista sostiene que: dado que la civilización ha sido dominada por los hombres, la sexualidad femenina ha sido reprimida y no permitida. La sexualidad como tal se sigue centrando en lo que, de lo contrario, se consideraría el acto reproductivo, en el coito: en la penetración del pene erecto en la vagina (u orificios similares que la sustituyan) seguido de embestidas hasta lograr la eyaculación masculina. Si la reproducción, efectivamente, tuviera algo que ver con el objetivo del sexo, éste no sucedería todas las noches (ni incluso dos veces por semana) durante cuarenta o cincuenta años, ni existirían las prostitutas. “Tuvimos relaciones sexuales tres veces” típicamente significa que el hombre penetró a la mujer en tres ocasiones y tuvo tres orgasmos. En este modelo, la sexualidad femenina se refiere a la presencia de la “sexualidad” de esta teoría o al deseo de ser tratada de esta manera, por parte de mujeres biológicas; lo “femenino” yace en algún punto entre un adjetivo y un sustantivo, una adscripción entre biológica y posesiva. La libertad sexual significa que se permite que las mujeres se comporten tan libremente como los hombres para expresar esta sexualidad, para que les sea permitida, eso quiere decir, (ojalá) desvergonzadamente y sin restricciones sociales para iniciar la

¹³ A. Kinsey, W. Pomeroy, C. Martin y P. Gebhard, *Sexual Behavior in the Human Female* (Philadelphia: W.B. Saunders, 1953); A. Kinsey, W. Pomeroy y C. Martin, *Sexual Behavior in the Human Male* (Philadelphia: W.B. Saunders, 1948). Véase la crítica de Kinsey en Dworkin, *Pornography*, pp. 179-198.

satisfacción del impulso genital mediante el coito heterosexual¹⁴. De ahí proviene la mujer liberada. De ahí, la revolución sexual.

El carácter generalizado de estos supuestos sobre la sexualidad a lo largo de tradiciones que son, de lo contrario, metodológicamente diversas, queda sugerido por el siguiente comentario de un académico acerca de la violencia contra las mujeres:

Si las mujeres logran escapar de los roles de desinterés y resistencia al sexo que les imponen los estereotipos culturales y adoptaran un papel asertivo en cuanto a expresar su propia sexualidad, en lugar de dejar que funcione la asertividad de los hombres, esto contribuiría a reducir la violación... Lo primero y lo más evidente es que el sexo voluntario estaría disponible para un mayor número de hombres, lo cual disminuiría la “necesidad” de la violación. En segundo lugar, y probablemente más importante, ayudaría a reducir la confusión entre sexo y agresión¹⁵.

Desde este enfoque, alguien debe ser asertivo para que se produzca el sexo. El sexo voluntario, la igualdad sexual, significa agresión sexual igualitaria. Si las mujeres expresaran “su propia sexualidad”, se iniciarían más coitos heterosexuales. La “resistencia” de las mujeres al sexo es un estereotipo cultural impuesto, no una forma de lucha política. La violación es ocasionada por la resistencia de las mujeres, no por la fuerza de los hombres; o, la fuerza masculina, en consecuencia la violación, es generada por la resistencia de las mujeres al sexo. Los hombres cometerían menos violaciones si obtuvieran más sexo obediente de las mujeres. Corolario: la fuerza presente en la violación no es de índole sexual para los hombres.

En esta cita subyace una visión, tanto común como tácita, que si las mujeres simplemente aceptaran el contacto que los hombres actualmente deben violar para obtener, si las mujeres dejaran de resistirse o si las mujeres (según uno de los escenarios favoritos de los pornógrafos) se convirtieran en agresoras sexuales, la violación simplemente desaparecería.

¹⁴ Los ejemplos incluyen a: D. English: “The Politics of Porn: Can Feminists Walk the Line?” *Mother Jones*, abril de 1980, pp. 20-23, 43-44, 48-50; D. English, A. Hollibaugh, y G. Rubin, “Talking Sex: A Conversation on Sexuality and Feminism”, *Socialist Review* 58 (julio-agosto) 1981); J.B. Elshtain, “The Victim Syndrome: A Troubling Turn in Feminism”, *The Progressive*, junio de 1982, pp. 40-47; Ellen Willis, *Village Voice*, 12 de noviembre de 1979. Este enfoque también tiende a caracterizar la ideología básica de “cursos de sexualidad humana” como han sido analizados por C. Vance en Snitow, Stansell y Thompson, *Powers of Desire*, pp. 371-384. La visión del sexo que se promulga de este modo queda destilada en la siguiente cita, que viene después de una lista aliterada que probablemente tenía la intención de ser graciosa, titulada “determinantes de la sexualidad” (en la cual no aparece el “poder” a pesar de que todas las demás palabras empiezan con la letra “p” en inglés): Presiones persistentemente puritanas que promueven el decoro, la pureza y la mojigatería se enfrentan a una pasión poderosa, primitiva, procreadora de hundir su polla en su coño”; “Materials from Course on Human Sexuality”, College of Medicine and Dentistry of New Jersey, Rutgers Medical School, 29 de enero, 2 de febrero de 1979, p. 39.

¹⁵ También se da una tercera razón: “en la medida que el sexismo en la estructura social y familiar es responsable del fenómeno de “masculinidad compulsiva” y del antagonismo estructurado entre los sexos, la eliminación de la desigualdad sexual eliminaría el número de violaciones motivadas por “ejercicios de poder” y “ceremonias de denigración”, M. Straus, “Sexual Inequality, Cultural Norms and Wife-Beating”, *Victimology: An International Journal* 1 (1976): 54-76. Nótese que estos factores estructurales parecieran ser considerados no sexuales, en el sentido de que las violaciones motivadas por “ejercicios de poder” y “ceremonias de denigración” son tratadas como eventos no eróticos para los perpetradores *debido* a los elementos de dominio y degradación, ni tampoco se considera que el “antagonismo estructurado” sea un elemento erótico de la violación o del sexo (o de la familia).

En un nivel, esta es una verdad evidente en términos de definición. Cuando una mujer acepta lo que se convertiría en violación si no lo aceptara, se transforma en sexo. Si las mujeres aceptaran el coito forzado como sexo, “habría sexo voluntario para un mayor número de hombres”. Si tal visión no está implícita en este texto, entonces es un misterio cómo las mujeres, agrediendo a los hombres de igual manera, eliminarían en lugar de duplicar la confusión entre sexo y agresión. Sin tal supuesto, solamente se eliminaría la confusión de agresión sexual con el género. Si las mujeres dejaran de resistir la agresión sexual masculina, la confusión del sexo con la agresión resultaría tan epistemológicamente completa que, efectivamente, desaparecería. Ninguna mujer sería violada porque la violación sería sexo. La situación se podría parecer a aquella de una sociedad categorizada como “libre de violación” en parte porque los hombres afirman que ahí no existe la violación porque: “nuestras mujeres jamás se resisten”¹⁶. Tal pacificación también se produce en sociedades “con tendencia a la violación” como en Estados Unidos, donde cierto grado de fuerza puede ser percibido como tal, pero solamente por encima de determinados niveles de umbral¹⁷.

Si bien la intención es la contraria, algunas feministas han estimulado y han participado en este tipo de análisis al ver la violación como violencia y no como sexo¹⁸. Aunque este enfoque otorgó el énfasis necesario a los elementos de poder y dominio en la violación que antes permanecían borrados, también logró ocultar los elementos relacionados con el sexo. Aparte de ser incapaz de responder la pregunta evidente de si se trata de violencia y no sexo, ¿por qué simplemente el hombre no le pega a la mujer?, este enfoque impedía ver que la violencia es sexo cuando se practica como sexo¹⁹. Esto se vuelve evidente cuando la sexualidad se entiende en términos de lo que significa y cómo se interpreta. Afirmer que la violación es violencia y no sexo conserva la norma de que “el sexo es bueno” simplemente haciendo una distinción de que el sexo forzado “no es sexo”, independientemente de que signifique sexo para el perpetrante o incluso posteriormente para la víctima, que tiene dificultades para tener sexo sin volver a experimentar la violación. Lo que sea sexo, no puede ser violento; lo que sea violento no puede ser sexo. Esta realización del deseo analítico permite que quienes desean salvar la sexualidad de los violadores se opongan a la violación dejando intactas las premisas sexuales fundamentales del dominio masculino.

Si bien muchos trabajos anteriores sobre la violación han analizado el tema como un problema de desigualdad entre los sexos pero no como un problema de desigualdad de la sexualidad basada en el género²⁰, otras exploraciones contemporáneas de la sexualidad que pretenden ser feministas carecen de la comprensión ya sea del género como una forma de poder social o de las realidades de la violencia sexual. Por ejemplo, los editores de *Powers of*

¹⁶ P.R. Sanday, “The Socio-Cultural Context of Rape: A Cross-Cultural Study”, *Journal of Social Issues* 87, N° 4 (1981): 16. Véase también M. Lewin, “Unwanted Intercourse: The Difficulty of Saying ‘No’” *Psychology of Women Quarterly* 9 (1985), pp. 184-192.

¹⁷ Véase la discusión en el Capítulo 9.

¹⁸ Susan Brownmiller, *Against our Will*, dio origen a este enfoque el cual, a partir de ese momento, se ha vuelto omnipresente.

¹⁹ Annie McCombs me ayudó a expresar este pensamiento; carta a *Off Our Backs* (Washington, D.C., octubre de 1984), p. 34.

²⁰ Brownmiller, *Against our Will*, sí analizó la violación como algo que los hombres le hacen a las mujeres y por lo tanto como un problema de género, a pesar de que su concepto de género se basa en cuestiones biológicas. Véase, por ejemplo, pp. 4, 6, y la discusión en el capítulo 3. Una excepción es Clark y Lewis, *Rape*.

Desire consideran el sexo “como una forma principal de expresión, que define la identidad y que es visto como una forma primordial de energía y placer”²¹. Esta puede ser la forma en “que es visto” pero también es la manera en que lo ven, operativamente, los editores. Como si las mujeres escogieran la sexualidad como factor definitorio de la identidad. Como si fuera tanto una forma de “expresión” de las mujeres como lo es de los hombres. Como si la violación y el abuso no fueran igualmente esenciales para la sexualidad como la viven las mujeres.

El *Diary* de la Conferencia Barnard sobre sexualidad iguala en forma generalizada la sexualidad con el “placer”. Quizás la pregunta global que necesitamos hacer es: ¿cómo hacen las mujeres para ... negociar el placer sexual”²²? Como si las mujeres sometidas al dominio masculino tuvieran el poder de hacerlo. Como si la “negociación” fuera una forma de libertad. Como si el placer y la forma de obtenerlo, en lugar del dominio y la manera de ponerle fin fuera el tema “global” que la sexualidad le plantea al feminismo. Como si las mujeres solamente necesitaran que las cojan bien. En estos textos, los tabúes son tratados como verdaderas restricciones - como cosas que realmente no están permitidas - en lugar de máscaras bajo las cuales se erotiza la jerarquía. El dominio de lo sexual está dividido en “restricción, represión, y peligro”, por una parte, y “exploración, placer y acción”, por la otra²³. Esta división es análoga a las formas ideológicas a través de las cuales se erotizan el dominio y la sumisión, codificados de modo distinto en la cultura heterosexual como masculino/femenino, en la cultura lesbiana como marimacho/fémica y el arriba/abajo del sadomasoquismo²⁴. Hablando en términos de roles, el que vive placer en la ilusión de libertad y seguridad dentro de la realidad de peligro es la “muchacha”; el que vive placer dentro de la realidad de libertad y seguridad en la ilusión del peligro es el “muchacho”. Es decir, el *Diary* adopta como herramienta analítica, en forma acrítica, la dinámica central del fenómeno que supuestamente está analizando. Presumiblemente, uno debe obtener una experiencia sexual del texto.

Los términos de estos discursos excluyen o eluden interrogantes feministas cruciales. ¿Qué es lo que tienen que ver mutuamente la sexualidad y la desigualdad de género? ¿Cómo se sexualizan el dominio y la sumisión? O ¿por qué la jerarquía es provocativa? Y ¿cómo se anexa a lo masculino y lo femenino? ¿Por qué se centra la sexualidad en el coito, en el acto reproductivo por excelencia, en términos físicos? ¿Es la masculinidad el goce de la violación, la femineidad el placer de ser violada? ¿Es ese el significado social del coito? ¿Es que a los

²¹ Snitow, Stansell y Thompson, Introducción de *Powers of Desire*, p. 9.

²² C. Vance, “Concept Paper: Toward a Politics of Sexuality”, en *Diary of a Conference on Sexuality*, ed. H. Alderfer, B. Jaker, y M. Nelson (Registro del comité de planificación de la conferencia “The Scholar and the Feminist IX: Toward a Politics of Sexuality”, 24 de abril de 1982), p. 27 para abordar “el placer sexual, la elección, y autonomía de las mujeres, reconociendo que la sexualidad es simultáneamente un dominio de restricción, represión y peligro como también un dominio de exploración, placer y acción”. Partes del *Diary* junto con los documentos de la conferencia fueron publicados posteriormente en C. Vance, ed. *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality* (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1984).

²³ Vance, “Concept Paper”, p. 38.

²⁴ Véase, por ejemplo, A. Hollibaugh y C. Moraga “What We’re Rollin’ Around in Bed With: Sexual Silences in Feminism”, en Snitow, Stansell y Thompson, *Powers of Desire*, pp. 394-405, esp. 398; Samois *Coming to Power* (Berkeley, California: Alyson Publications, 1983).

hombres “les encanta la muerte”²⁵? ¿Por qué? ¿Cuál es la etiología de la heterosexualidad en la mujer? ¿Es su placer lo que las mujeres apuestan en la subordinación?

Tomadas en conjunto y en forma seria, las consultas feministas acerca de la realidad de la violación, la violencia, el acoso sexual, el incesto, el abuso sexual infantil, la prostitución y la pornografía responden a estas preguntas sugiriendo una teoría del mecanismo sexual. Su argumento, aprendizaje, condicionamiento, logros de desarrollo, impronta del micropunto, su *deus ex machina*, cualquiera sea el término de proceso sexual que defina la excitación sexual en sí, es una fuerza, una expresión de poder. La fuerza es sexo, no es simplemente sexualizada; la fuerza es la dinámica del deseo, no sencillamente una respuesta al objeto del deseo cuando la expresión del deseo se ve frustrada. La presión, la socialización de género, la retención de los beneficios, la extensión de indulgencias, los libros de auto ayuda, las terapias sexuales son la parte blanda; la parte dura incluye el coger, el puño, la calle, las cadenas, la pobreza. La hostilidad y el desprecio, o la excitación del amo frente al esclavo, junto con el sobrecogimiento y la vulnerabilidad o la excitación del esclavo frente al amo, éstas son las emociones del enardecimiento de esta sexualidad. “El sadomasoquismo es al sexo lo que la guerra es a la vida civil: la experiencia magnífica”²⁶, escribió Susan Sontag. “[E]s la hostilidad, el deseo, abierto o encubierto, de dañar a otra persona, lo que genera y realza la excitación sexual”, escribió Robert Stoller²⁷. Harriet Jacobs, una esclava, al hablar de su violación sistemática por parte de su amo, escribió “Parece menos denigrante entregarse que someterse a la coacción”²⁸. De los datos queda claro que la fuerza en el sexo y el sexo en la fuerza es simplemente cuestión de descripción empírica, a menos que uno acepte que la fuerza en el sexo ya no es fuerza sino que es meramente sexo; o que cada vez que una mujer es forzada es porque realmente lo desea o porque ella no tiene importancia; o bien, a menos que una aversión previa o el sentimentalismo substituya lo que uno quiera que sea el sexo, o lo que tolerará o aprobará como sexo, por lo que realmente está sucediendo.

Para ser clara: lo sexual es lo que le produce una erección a un hombre. Cualquier cosa que hace que un pene tiemble y se endurezca, experimentando su potencia, es lo que la cultura entiende por sexualidad. Cualquier otra cosa que haga esto, lo hace el temor, lo hace la hostilidad, lo hace el odio, la indefensión de un niño o de un estudiante o de una mujer infantilizada o restringida o vulnerable, lo hace la repulsión, lo hace la muerte. Lo hace la jerarquía, una creación constante de relaciones persona/cosa, arriba/abajo, dominación/subordinación. Lo que se entiende por violación, convencionalmente la penetración y el coito, define el encuentro sexual paradigmático. El escenario del abuso sexual es: tú harás lo que yo diga. Estas textualidades y estas relaciones situadas en y también generando un contexto de poder en el que se pueden experimentar, se convierten en sexualidad. Todo lo anterior sugiere que lo que se denomina sexualidad es la dinámica de

²⁵ Andrea Dworkin, “Why So-called Radical Men Love and Need Pornography”, en Lederer, *Take Back the Night*, p. 148.

²⁶ Susan Sontag, “Fascinating Fascism”, en *Under the Sign of Saturn* (Nueva York: Farrar, Strauss and Giroux, 1980), p. 103.

²⁷ Robert Stoller, *Sexual Excitement: Dynamics of Erotic Life* (Nueva York: Pantheon Books, 1979), p. 6.

²⁸ Harriet Jacobs, citada en Rennie Simson, “The Afro-American Female: The Historical Context of the Construction of Sexual Identity”, en Snitow, Stansell y Thompson, *Powers of Desire*, p. 231. Posteriormente, Jacobs resistió escondiéndose en un hueco en la buhardilla “casi desprovista de luz y aire, sin espacio para mover sus extremidades, durante casi siete años” para evitarlo.

control mediante la cual el dominio masculino - de maneras que abarcan desde lo íntimo hasta lo institucional, desde una mirada hasta la violación - erotizan y así definen al hombre y a la mujer, la identidad de género y el placer sexual. También es aquello que mantiene y define la supremacía masculina como sistema político. De este modo, el deseo sexual masculino es generado y revisado, jamás satisfecho de una vez por todas, mientras que se le asigna un carácter romántico a la fuerza masculina, incluso se le sacraliza, potencia y naturaliza, al sumergirla en el sexo mismo.

En términos filosóficos contemporáneos, aquí nada es “indeterminado” en el sentido postestructuralista; todo es demasiado determinado²⁹. Su realidad tampoco proporciona una sola perspectiva en un mundo interpersonal relativista que podría significar cualquier cosa o precisamente lo contrario³⁰. La realidad del abuso sexual generalizado y su erotización no cambia debido a la perspectiva, aunque si uno lo verá o no o le otorgará significado sí puede cambiar. La interpretación varía dependiendo del lugar en el abuso sexual, indudablemente, pero el hecho de que las mujeres sean objeto de abuso sexual como mujeres, ubicadas en la matriz social de una subordinación sexualizada no desaparece porque se haga caso omiso de ella o porque autoritariamente se niegue su existencia o se lo vuelva inexistente, mediante la interpretación. Efectivamente, ciertos soportes ideológicos de su persistencia dependen precisamente de técnicas de indeterminación social: la inexistencia de lenguaje más que el de las obscenidades para describir lo indecible, la negación por parte de los poderosos al arrojar dudas sobre la autenticidad de los daños, llevando así a sus víctimas a la locura. La indeterminación, desde este punto de vista, es un juego mental neocartesiano que genera posibilidades interpretativas no contextualizadas que carecen de significado social real o de posibilidad real alguna de tenerlo, disolviendo de este modo la habilidad para criticar el carácter opresivo de los significados reales sin generar espacios para nuevos sentidos. El punto de vista feminista es simple. Los hombres son las condiciones materiales de las mujeres. Si le sucede a las mujeres, entonces sucede.

Con frecuencia, las mujeres encuentran maneras de resistir la supremacía masculina y de expandir sus esferas de acción. Pero nunca se liberan totalmente de ésta. Las mujeres también adoptan los estándares del lugar de la mujer en este sistema como “propios” con variaciones y con voces diferentes, como afirmación de la identidad y el derecho al placer, con el fin de ser amadas, aprobadas y remuneradas, sólo para pasar de un día al otro. Esto, no la pasividad inerte, es lo que significa ser víctima³¹. El término no es moral: quién tiene la culpa

²⁹ Se puede encontrar un rechazo similar de la indeterminación en Linda Alcoff “Cultural Feminism versus Post-Structuralism: The Identity Crisis in Feminist Theory”, *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 13 (Primavera de 1988): 419-420. En otros sentidos, el artículo diagnostica erróneamente la división en el feminismo como una ruptura entre las llamadas feministas culturales y el postestructuralismo, cuando la verdadera división es entre aquellos que se toman en serio la misoginia sexual como la causa principal de la jerarquía de género y aquellos que desean, al estilo liberal, aseverar la existencia de “diferencias” sin ver que la igualdad/diferencia es precisamente una dicotomía del tipo que el postestructuralismo afirma intentar deconstruir.

³⁰ Véase Sandra Harding, “Introduction: Is There a Feminist Method?” en *Feminism and Methodology* (Bloomington: Indiana University Press, 1987), pp. 1-14.

³¹ Uno de los relatos más convincentes de conducta activa de víctima aparece en *Give Sorrow Words: Maryse Holder's Letters from Mexico*, introducción de Kate Millett (Nueva York: Grove Press, 1980). La Srta. Holder escribió a una amiga acerca de su búsqueda cotidiana, desesperada y siempre fracasada de hombres, sexo, belleza y de sentirse bien acerca de ella misma: “Joda joder, llegaré a sentir respeto por mí misma ” (p. 94). Poco tiempo después fue asesinada por un atacante desconocido.

o a quién hay que tenerle lástima o condenar o hacer que asuma la responsabilidad. No es prescriptivo: qué debemos hacer a continuación. No es estratégico: cómo debemos interpretar la situación de modo de poder modificarla. No es emocional: lo que hace que uno se sienta mejor al pensar. Es descriptivo: quién le hace qué a quién y logra salirse con la suya.

En consecuencia, la pregunta que Freud nunca planteó es la interrogante que define la sexualidad desde una perspectiva feminista: ¿qué es lo que quieren los hombres? La pornografía proporciona una respuesta. La pornografía permite que los hombres obtengan lo que quieren de la sexualidad. Es su “verdad acerca del sexo”³². Conecta la centralidad de la cosificación visual tanto con la excitación masculina como con los modelos masculinos de conocimiento y verificación, objetividad con cosificación. Muestra cómo los hombres ven el mundo, cómo al verlo acceden a él y lo poseen y cómo ésto es un acto de dominio sobre el mundo. Muestra lo que los hombres quieren y se los da. Desde el testimonio de la pornografía, lo que los hombres quieren es: mujeres atadas, mujeres golpeadas, torturadas, humilladas, denigradas y deshonradas, mujeres asesinadas. O para ser justas con la pornografía “blanda”, mujeres sexualmente accesibles, poseibles, disponibles, que desean ser tomadas y usadas, quizás atadas ligeramente. Cada transgresión contra una mujer - violación, violencia, prostitución, abuso sexual infantil, acoso sexual - se convierte en sexualidad, se vuelve “sexy”, entretenida y liberadora de la verdadera naturaleza de las mujeres en la pornografía. Cada grupo específicamente victimizado y vulnerable de mujeres, cada grupo objetivo tabú - las mujeres negras, las asiáticas, las latinas, las judías, las embarazadas, las discapacitadas, las retrasadas, las pobres, las viejas, las gordas, las que desempeñan labores consideradas propias de mujeres, las prostitutas, las niñas - distingue géneros y subtemas pornográficos, clasificados de acuerdo con la degradación favorita de los diferentes clientes. Las mujeres son transformadas en y se las hace acoplarse con cualquier cosa que sea considerada inferior al ser humano: animales, objetos, niños y (por supuesto) otras mujeres. Todo aquello que las mujeres han reclamado como propio - la maternidad, el atletismo, los puestos tradicionales de los hombres, el lesbianismo, el feminismo - se vuelve particularmente erótico, peligroso, incitante, castigado, apropiado por los hombres en la pornografía.

La pornografía es un medio a través del cual la sexualidad se construye socialmente, un sitio de construcción, un dominio de ejercicio. Construye a las mujeres como cosas para el uso sexual y construye a sus consumidores para que deseen desesperadamente a las mujeres, para que deseen urgentemente la posesión, la crueldad y la deshumanización. La desigualdad misma, el sometimiento mismo, la jerarquía misma, la cosificación misma con una renuncia extasiada a la autodeterminación, es el aparente consentimiento del deseo sexual y la característica de lo apetecible de las mujeres. “El tema principal de la pornografía como género” afirma Andrea Dworkin “es el poder masculino”³³. Las mujeres están en la pornografía para ser violadas y poseídas, los hombres para violarlas y poseerlas, ya sea en la pantalla, por medio de la cámara o la pluma, a nombre del espectador. Esto no quiere decir que la sexualidad en la vida real o en los medios jamás expresa amor y afecto; sólo significa que el amor y el afecto no son lo que está sexualizado en el paradigma sexual real de esta sociedad, como atestigua la pornografía. Lo que sí está sexualizada es la violación del que

³² Esta frase está tomada de Michel Foucault “The West and the Truth of Sex”, [El Occidente y la verdad del sexo] *Sub-stance* 5 (1978): 20. Foucault no critica la pornografía en estos términos.

³³ Dworkin, *Pornography*, p. 24.

carece de poder, es la intromisión respecto de las mujeres. Las formas más suaves, la posesión y el uso, la más leve de las cuales es la cosificación visual, también lo son. Esta sexualidad de la observación, de la intromisión visual y el acceso, de la entretención, convierte al sexo en un deporte de espectadores para los participantes.

Si la pornografía no se ha convertido en sexo, desde y para el punto de vista masculino, resulta difícil explicar por qué la industria de la pornografía obtiene ganancias conocidas de diez mil millones de dólares al año vendiéndola como sexo principalmente a los hombres; por qué se usa para enseñarle sexo a prostitutas infantiles, a esposas, novias e hijas recalcitrantes, a estudiantes de medicina y a quienes cometen delitos sexuales; por qué se la clasifica casi universalmente como una subdivisión de la “literatura erótica”; por qué es protegida y defendida como si fuera sexo propiamente tal³⁴. Y por qué un conocido sexólogo teme que imponer los puntos de vista de las feministas en contra de la pornografía en la sociedad convertiría a los hombres en “enclenques eróticamente inertes”³⁵. Sin pornografía, no hay sexualidad masculina.

En el texto de Andrea Dworkin *Pornography: Men Possessing Women* se propone una crítica feminista de la sexualidad en este sentido. La autora desarrolla su anterior identificación de la desigualdad de género como un sistema de significación social³⁶, una ideología que carece de base fuera de la realidad social que su poder construye y mantiene, sostiene que la sexualidad es una construcción de dicho poder al que se le otorga significado mediante, por y dentro de la pornografía. Según esta perspectiva, la pornografía no es una fantasía inocua o una tergiversación corrupta y confusa del sexo que, por lo demás, es sano y natural, ni tampoco es fundamentalmente una distorsión, reflejo, proyección, expresión, representación, fantasía o símbolo del mismo³⁷. Por medio de la pornografía, entre otras prácticas, la desigualdad de género se vuelve tanto sexual como socialmente real. La pornografía “revela que el placer masculino está inextricablemente vinculado a la victimización, a herir, a la explotación”. “La dominación en el sistema masculino constituye placer”. La violación es “el paradigma definitorio de la sexualidad” y para evitarla, los muchachos optan por la virilidad y la homofobia³⁸.

³⁴ J. Cook, “The X-Rated Economy”, *Forbes*, 18 de septiembre de 1978, p. 18; Langelan, “The Political Economy of Pornography”, p. 5, *Public Hearings on Ordinances to Add Pornography as Discrimination against Women* (Minneapolis, 12-13 de diciembre de 1983); F. Schauer, “Response: Pornography and the First Amendment”, 40 *University of Pittsburgh Law Review*, 605, 616 (1979).

³⁵ John Money, profesor de psicología médica y pediatría, Johns Hopkins Medical Institutions, carta dirigida a Clive M. Davis, 18 de abril de 1948. El mismo punto de vista es manifestado por Al Goldstein, editor de *Screw*, un periódico pornográfico en lo relativo a feministas antipornografía, a las que denominó “ricachonas charlatanas del negativismo sexual”: “Debemos decirnos a nosotros mismos, como un mantra: el sexo es bueno, la desnudez es una alegría, una erección es bella... No dejes que los cabrones te dejen flácido”. “Dear Playboy”, *Playboy*, junio de 1985, p. 12.

³⁶ Andrea Dworkin, “The Root Cause”, en *Our Blood: Prophecies and Discourses on Sexual Politics* (Nueva York: Harper & Row, 1976), pp. 96-111.

³⁷ Para un mayor análisis véase el capítulo 12.

³⁸ Dworkin, *Pornography*, pp. 69, 136, y Cap. 2 “Men and Boys”. “En la práctica, coger es un acto de posesión - simultáneamente un acto de propiedad, posesión, fuerza, es una conquista; expresa el poder en la intimidad por encima y en contra, cuerpo a cuerpo, de la persona y la cosa. ‘El acto sexual’ implica la introducción del pene seguido de embates del mismo, o coger. La mujer es objeto de una acción, el hombre actúa y, a través de la acción, expresa poder sexual, el poder de la masculinidad. El hecho de coger requiere que el macho actúe sobre uno que tiene menos poder y esta valoración es tan profunda, tan completamente implícita en el acto que a quien

Las mujeres a las que no se les da una opción son cosificadas o “al objeto le es permitido desear, si desea ser un objeto”³⁹. La psicología fija los límites adecuados de esta cosificación al denominar “fetichismo” a sus excesos inadecuados, haciendo una distinción entre el uso y el abuso de la mujer⁴⁰. Dworkin demuestra cómo el proceso y el contenido de la definición de la mujer en tanto mujer, como subclase, son el proceso y el contenido de su sexualización, como objetos para el uso sexual de los hombres. El mecanismo es, nuevamente, la fuerza, imbuida de significado porque es el medio para la muerte⁴¹ y la muerte es el máximo acto sexual, lo máximo en la conversión de una persona en objeto.

A estas alturas uno se pregunta ¿podrá el coito ser realmente “sexo”? En la pornografía, el coito convencional es un acto entre muchos otros, la penetración es esencial pero ésta se puede hacer con cualquier cosa; el pene es crucial pero no necesariamente dentro de la vagina. El embarazo es un tema subgenético menor, de tan poca importancia en la pornografía como lo es la reproducción en la violación. Temáticamente, el coito es incidental en la pornografía, particularmente si se le compara con la fuerza, que es primordial. De la pornografía uno aprende que la violación forzada de las mujeres es la esencia del sexo. Lo que sea eso y lo que haga eso es sexo. Todo lo demás es secundario. Quizás el acto reproductivo sea considerado sexual porque es considerado un acto de violación forzada y profanación de la hembra como tal y no porque “es” sexo a priori.

Ser cosificado sexualmente significa que se le imponga al ser de uno un significado social que lo define para ser utilizado sexualmente, de acuerdo con sus usos deseados para que luego otro lo use de esa manera. Hacer esto constituye sexo en el sistema masculino. La pornografía es una práctica sexual de esto porque existe en un sistema social en el cual el sexo en la vida real no está menos mediado que en la representación. No hay una esencia irreductible, no existe el “sexo solamente”. Si el sexo es un constructo social de sexismo, los hombres tienen sexo con su imagen de una mujer. La pornografía crea un objeto sexual accesible, la posesión y el consumo del cual constituye la sexualidad masculina, para ser poseído y consumido, lo que constituye la sexualidad femenina. Esto no se debe al hecho de que la pornografía presenta al sexo cosificado sino porque crea la experiencia de una sexualidad que en sí está cosificada. La apariencia de elección o consentimiento, con su atribución a la naturaleza inherente, es crucial para ocultar la realidad de la fuerza. El amor por la violación, denominado entre otras designaciones masoquismo y consentimiento femenino, viene a definir la sexualidad femenina⁴² legitimando este sistema político al ocultar la fuerza en la cual se basa.

se coge es estigmatizado como femenino durante el acto, aunque anatómicamente no sea femenino. En el sistema masculino, el sexo es el pene, el pene es el poder sexual, su uso al coger es la virilidad”, p. 23.

³⁹ Ibid., p. 109.

⁴⁰ Ibid., pp. 113-128.

⁴¹ Ibid., p. 174.

⁴² Freud opinaba que la naturaleza femenina era inherentemente masoquista; Sigmund Freud, Conferencia XXXIII, “The Psychology of Women”, en *New Introductory Lectures on Psychoanalysis* (Londres: Hogarth Press, 1933). Helene Deutsch, Marie Bonaparte, Sandor Rado, Adolf Grunberger, Melanie Klein, Helle Thorning, Georges Bataille, Theodore Reik, Jean-Paul Sartre y Simone de Beauvoir, todos describieron alguna versión de masoquismo femenino en sus trabajos, cada uno con alguna descripción teórica diferente respecto de observaciones virtualmente idénticas. Véase Helene Deutsch, “The Significance of Masochism in the Mental Life of Women”, *International Journal of Psychoanalysis* 11 (1930); 48-60; idem en *The Psychology of*

En este sistema, una víctima, generalmente de sexo femenino, siempre feminizada, “jamás es forzada, sólo actualizada”⁴³. Las mujeres cuyos atributos ocasionan fijaciones particulares en los hombres - tales como las mujeres con pechos grandes - son consideradas llenas de deseo sexual. Las mujeres que los hombres quieren, quieren hombres. Las mujeres simulan orgasmos vaginales, considerados la única sexualidad “madura” porque los hombres exigen que las mujeres disfruten de la penetración vaginal⁴⁴. Las mujeres violadas son vistas como si pidieran ser violadas: si un hombre la quiso, ella debe haberlo querido también. Los hombres obligan a las mujeres a convertirse en objetos sexuales “esa cosa que causa una erección y luego ello se vuelven desvalidos e indefensos cuando son excitados por ella”⁴⁵. Los hombres que acosan sexualmente a las mujeres dicen que las mujeres los acosan sexualmente a ellos. Quieren decir que se excitan con las mujeres que los rechazan. Este elaborado sistema de proyección de características de la demanda - llevado al colmo en el ejemplo de fantasiar con un clitoris en la garganta⁴⁶ de una mujer para que los hombres puedan disfrutar del fellatio por la fuerza en la vida real, con la seguridad de que las mujeres también lo disfrutaban - indudablemente es una estructura delirante que merece un estudio psicológico serio. En cambio, se estudia a las mujeres que se resisten a este esquema, pues se las ve como necesitadas de una explicación y ajuste, estigmatizadas como inhibidas, reprimidas y asexuadas. El supuesto de que en asuntos sexuales las mujeres realmente quieren lo que los hombres desean obtener de las mujeres hace invisible la fuerza masculina contra las mujeres en el sexo. Convierte a la violación en sexo. “La reticencia, el desagrado y la frigidez” sexual de las mujeres, su puritanismo y mojigatería a la luz de este sexo es “la rebelión silenciosa de las mujeres contra la fuerza del pene... una rebelión ineficaz pero rebelión de todos modos”⁴⁷.

Women (Nueva York: Grune & Stratton, 1944). Varios han sido resumidos por Janine Chasseguet-Smirgel, ed., en su Introducción a *Female Sexuality: New Psychoanalytic Views* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1970); Theodore Reik, *Masochism in Sex and Society* (Nueva York: Grove Press, 1962), p. 217; Helle Thorning “The Mother-Daughter Relationship and Sexual Ambivalence”, *Heresies* 12 (1979): 3-6; Georges Bataille, *Death and Sensuality* (Nueva York: Walker & Co., 1962); Jean-Paul Sartre, “Concrete Relations with Others”, in *Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology*, trad. Hazel E. Barnes (Nueva York: Philosophical Library, 1956, pp. 361-430. Betsey Belote señaló que “el comportamiento masoquista e histérico son tan parecidos al concepto de “feminidad” que los tres no se pueden diferenciar claramente”; “Masochistic Syndrome, Hysterical Personality, and the Illusion of the Healthy Woman”, en *Female Psychology: the Emerging Self*, ed. Sue Cox (Chicago, Science Research Associates, 1976), p. 347. Véase, asimismo, S. Bartky, “Feminine Masochism and the Politics of Personal Transformation”, *Women’s Studies International Forum* 7 (1984): 327-328. Andrea Dworkin señala lo siguiente: “Creo que la libertad de las mujeres debe comenzar en el repudio de nuestro propio masoquismo... Creo que liberarnos de nuestro propio masoquismo profundamente arraigado, que adopta tantas formas tortuosas, es la primera prioridad; es el primer golpe mortal que podemos darle al dominio masculino sistematizado”, *Our Blood*, p. 111.

⁴³ Dworkin, *Pornography*, p. 146.

⁴⁴ Anne Koedt “The Myth of Vaginal Orgasm”, en *Notes from the Second Year: Women’s Liberation* (Nueva York: Radical Feminism, 1970); Ti-Grace Atkinson, *Amazon Odyssey: the First Collection of Writing by the Political Pioneer of the Women’s Movement* (Nueva York: Links Books, 1974); Phelps, “Female Sexual Alienation.”

⁴⁵ Dworkin, *Pornography*, p. 22.

⁴⁶ Este es el argumento de *Garganta Profunda*, la película pornográfica que Linda “Lovelace” se vio obligada a filmar. Posiblemente sea la película pornográfica que ha obtenido las mayores utilidades en la historia mundial (McManus, *Final Report*, p. 345). El hecho de que este argumento sea disfrutado en forma tan generalizada sugiere que resulta atractivo a algo existente en la psiquis masculina.

⁴⁷ Dworkin, “The Root Cause”, p. 56.

Por otro lado, la homosexualidad no deja de ser parte interesada en este sistema sexual basado en el género. Dejando de lado el contenido evidentemente de género de los roles adoptados expresamente, de la ropa y la imitación sexual, en la medida que el género de un objeto sexual es esencial para la excitación, la estructura de poder social que subyace y define al género está lejos de ser irrelevante aunque haya sido reorganizada. Algunos han argumentado que la sexualidad lesbiana - refiriéndose en este caso, simplemente al hecho de mujeres que tienen sexo con mujeres, no con hombres - resuelve el problema de género al eliminar a los hombres de los encuentros sexuales voluntarios de las mujeres⁴⁸. Sin embargo, la sexualidad de las mujeres sigue siendo construida de acuerdo con las condiciones de la supremacía masculina; las mujeres siguen estando definidas socialmente como mujeres en relación a los hombres; la definición de las mujeres como inferiores a los hombres sigue siendo sexual aunque no sea heterosexual, estando presentes o no los hombres en ese momento. En la medida que los hombres gay escogen hombres porque son hombres, el significado de la masculinidad se reafirma a la vez que se socava. También puede ser que la sexualidad esté tan marcada por el género que conlleva el dominio y la sumisión, independientemente del género de sus participantes.

Cada requisito estructural de esta sexualidad como se revela en la pornografía ha sido profesado en recientes defensas del sadomasoquismo, descrito por sus proponentes como aquella sexualidad en que “la dinámica básica... es la dicotomía del poder”⁴⁹. Revelando las bases de sustentación prohibitorias de las cuales depende este modelo violatorio de lo sexual, un proponente sostiene que “Seleccionamos las actividades más terroríficas, asquerosas o inaceptables y las transformamos en placer”. La dinámica relacional del sadomasoquismo ni siquiera niega el paradigma del dominio masculino sino que precisamente se ajusta al mismo: el éxtasis del dominio (“Me gusta oír a alguien pedir clemencia o protección”); el goce de infligir tortura tanto psicológica como física (“Quiero ver la confusión, la rabia, la excitación, la indefensión”); la expresión de creencia en la superioridad del inferior contradicho por el desprecio absoluto (“el de abajo debe ser mi superior... hacer el papel de un inferior que no exigiera mi respeto y admiración sería como comer fruta podrida”); la degradación y consumo de mujeres a través del sexo (“ella me proporciona la energía que necesito para dominarla y abusar de ella”); la lógica de la salud y el crecimiento personal (“es un proceso de sanación”); la justificación de terapia radical antipuritana (“me enseñaron a tenerle pavor al sexo... Es chocante y profundamente satisfactorio cometer este tipo de rebelión, obtener placer exactamente de la forma que yo quiero, de exigirlo como un tributo”); el doble pensamiento bipolar en que el de arriba disfruta del “servicio sexual” mientras “la voluntad de agradar es la fuente de placer del de abajo”. Y el mismo resultado final de todo el sexo de arriba hacia abajo: “Quiero tener el control”. Las afirmaciones son de una sádica femenina. La buena noticia es que no es biológico.

Al igual que la pornografía conecta la sexualidad con el género en la realidad social, la crítica feminista de la pornografía conecta el trabajo feminista sobre la violencia contra la mujer con su investigación sobre la conciencia de la mujer y los roles de género. No

⁴⁸ Un ejemplo notable, aunque no muy actual es el de Jill Johnston, *Lesbian Nation: The Feminist Solution* (Nueva York: Simon and Schuster, 1973).

⁴⁹ Esta cita y las siguientes de este párrafo fueron tomadas de P. Califia, “A Secret Side of Lesbian Sexuality”, *The Advocate* (San Francisco), 27 de diciembre de 1979, pp. 19-21, 27-28.

solamente se trata de que las mujeres son los blancos principales de las violaciones, hecho que, según cálculos conservadores, le sucede a casi la mitad de las mujeres al menos una vez en su vida. No se trata únicamente de que más de un tercio de las mujeres son objeto de vejaciones sexuales por parte de hombres de confianza de mayor edad, ya sean parientes o amigos o figuras de autoridad dentro de un encuentro sexual interpersonal temprano y quizás introductorio. No es sólo cuestión de que al menos el mismo porcentaje, siendo mujeres adultas, sufren actos de violencia física en el hogar por parte de sus cercanos de sexo masculino. No se trata solamente que cerca de un quinto de las mujeres estadounidenses hayan sido o se sabe que son prostitutas y que la mayoría no pueda salir de esa situación. No se trata solamente de que el 85% de las mujeres trabajadoras sufrirán acoso sexual en el trabajo, muchas de ellas físicamente, en algún momento de su vida laboral⁵⁰. Lo anterior documenta el grado y el terreno del abuso y la agresión sexual sistemática y efectivamente no restringida por parte de menos de la mitad de la población contra la otra parte que supera la mitad. Sugiere que esta situación básicamente se encuentra permitida.

No demuestra, por sí sola, que la disponibilidad para este tipo de trato define la identidad que se le atribuye a esa otra mitad de la población o que dicho trato, todo este tormento y degradación es considerado no sólo socialmente legítimo sino disfrutable y, de hecho, es disfrutado por la mitad dominante; o que la capacidad de participar en tales conductas define la identidad de dicha mitad. Y no sólo de esa mitad. Ahora consideren el contenido de los roles de género. Todos los requisitos sociales para la excitación y satisfacción sexual masculina son idénticos a la definición de género de lo “femenino”. Todos los aspectos esenciales del papel del género masculino constituyen también las características sexualizadas como “masculinas” en la sexualidad dominante masculina. Si el género es un constructo social y la sexualidad es un constructo social y la pregunta es ¿de qué están contruidos cada uno?, el hecho de que sus respectivos contenidos sean idénticos - sin mencionar que la palabra *sexo* se refiere a ambos - podría ser más que una coincidencia.

En cuanto al género, lo que es sexual de la pornografía es lo que es desigual en la vida social. Decir que la pornografía sexualiza al género y que da género a la sexualidad significa que proporciona un proceso social concreto a través del cual el género y la sexualidad se convierten en funciones recíprocas. Desde esta perspectiva, el género y la sexualidad se convierten en dos formas diferentes adoptadas por la ecuación social única de lo masculino con dominio y lo femenino con sumisión. El hecho de sentir esto como una identidad, actuarlo como un rol, habitarlo y presentarlo como el ser, es el dominio del género. Disfrutarlo como lo erótico, centrarse en eso cuando genera excitación genital, es el dominio de la sexualidad. La desigualdad es lo que se sexualiza a través de la pornografía, es lo que tiene de sexual. Cuanto más desigual, más sexual. La violencia contra las mujeres en la pornografía es una expresión de la jerarquía de género, el extremo de la jerarquía expresada y creada a través del extremo del abuso, que, a su vez, produce el extremo de la respuesta sexual masculina. Las múltiples variaciones de la pornografía sobre el tema del género/sexual dominio masculino/sumisión femenina y sus múltiples derivaciones de este tema no son excepciones a estas regularidades de género sino que las reafirman. La capacidad de los

⁵⁰ Las estadísticas que aparecen en este párrafo fueron tomadas de las fuentes indicadas en la Nota N° 2, clasificadas por tema. Kathleen Barry define la “esclavitud sexual femenina” como una condición de prostitución de la cual uno no puede escapar.

cambios de género (las dominatrices) y las inversiones (la homosexualidad) para producir excitación sexual se deriva precisamente de su imitación, parodia, negación o inversión de los arreglos habituales. Esto reafirma en vez de socavar o calificar el arreglo sexual estándar como arreglo sexual estándar, la definición de sexo, la norma a partir de la cual se define todo lo demás, aquello en que la sexualidad como tal está inherente.

Aparentemente, la sexualidad masculina se activa por la violencia contra la mujer y se expresa mediante la violencia contra la mujer en forma importante. Si se considera a la violencia como algo que ocupa la punta más plenamente lograda de un continuo de deshumanización en el cual la cosificación ocupa la punta menos explícita, surge la pregunta de si alguna forma de jerarquía - la dinámica del continuo - es actualmente esencial para que la sexualidad masculina se pueda experimentar a sí misma. En ese caso, y si se entiende el género como jerarquía, quizás los sexos son desiguales para que los hombres logren excitarse sexualmente. Dicho de otro modo, posiblemente el género deba ser mantenido como jerarquía social para que los hombres logren tener erecciones; o, parte del interés masculino en mantener a las mujeres abajo radica en el hecho de que con esto logran mantenerse erectos. A lo mejor se considera castradoras a las feministas porque la igualdad no es sexy .

Investigaciones recientes sobre la violación respaldan estas suposiciones. Resulta que, a menudo, los hombres violan a las mujeres porque desean hacerlo y porque lo disfrutan. El acto, incluida la dominación, excita, afirma sexualmente y respalda la masculinidad del que lo comete.

A esto debe agregarse lo generalizado que resulta ser la violación y la permisividad con la cual se enfrenta, sumado a la creencia de que es un hecho poco frecuente y no permitido. Si se combinan estos elementos con la similitud entre los patrones, ritmos, roles y emociones - sin mencionar los actos - que conforman la violación y la violencia por una parte y el coito por la otra, resulta difícil sostener las distinciones habituales entre patología y normalidad, parofilia y nomofilia, violencia y sexo, en esta área. Algunos investigadores observaron anteriormente la centralidad de la fuerza para el valor de excitación de la pornografía pero su tendencia ha sido adjudicarla a la perversión. Robert Stoller, por ejemplo, señala que actualmente la pornografía depende de la hostilidad, el voyerismo y el sadomasoquismo, y denomina perversión “la forma erótica de odio”⁵¹. En este contexto, si lo perverso es visto no como el otro lado de una brillante línea normal/anormal sino como la expresión no diluida de una norma que impregna muchas interacciones comunes, entonces el odio a las mujeres - la misoginia - se convierte en una dinámica de la excitación sexual misma.

Todas las mujeres viven en una cosificación sexual tal como los peces viven en el agua. Ante la falta de alternativas, la estrategia para adquirir autoestima y orgullo es: yo lo escogí.

Consideren las condiciones bajo las cuales se hace lo anterior. Esta es una cultura en la cual se espera socialmente que las mujeres - y ellas necesariamente esperan y desean - ser capaces de distinguir lo que es indistinguible socialmente y epistemológicamente. La violación y el coito no están autoritariamente separados por diferencia alguna entre los actos

⁵¹ Robert Stoller, *Perversion: The Erotic Form of Hatred* (Nueva York: Pantheon, 1975), p. 87.

físicos o la cantidad de fuerza que implican sino que sólo legalmente, por una norma que se centra en la interpretación masculina del encuentro. Así, aunque las mujeres violadas, es decir, la mayoría de las mujeres, supuestamente deben ser capaces de sentir cada día y cada noche que desempeñan un papel determinante y significativo en lograr que su vida sexual - o simplemente su vida - no sea una serie de violaciones, lo más que logran es proporcionar los datos no procesados para que el hombre lo vea como lo ve. Y él ha estado viendo pornografía. De manera similar, “el consentimiento” supuestamente es la línea divisoria esencial entre la violación y el coito, pero la norma legal que los separa es tan pasiva, tan conformista, que una mujer puede estar muerta y aún así, la ley puede considerar que dio su consentimiento. Lo enloquecedor de todo esto hace que el desplome cómplice del liberalismo a la opción de “yo lo escogí” se sienta como una estrategia para conservar la salud mental. Ciertamente, deja a la mujer en paz con el mundo.

La teoría general de la sexualidad que emerge de esta crítica feminista no considera que la sexualidad sea una fuerza innata inherente a los individuos, ni que sea cultural en el sentido freudiano, en el cual la sexualidad existe en un contexto cultural pero en etapas y representaciones psíquicas universalmente invariables. Pareciera, en cambio, ser culturalmente específica, aún cuando sea fundamentalmente invariable dado que la supremacía masculina es preponderantemente universal, si bien siempre en formas específicas. Aunque algunos de sus abusos (como la prostitución) se ven acentuados por la pobreza, no varía de acuerdo a la clase social, aunque la clase es una de las jerarquías que sexualiza. La sexualidad, desde esta perspectiva, se vuelve social, relacional, construyendo y construida por el poder. Respecto de los niños, aunque son seres sensoriales, no se puede afirmar que poseen sexualidad en este sentido porque no han tenido las experiencias (y no hablan el lenguaje) que le da significado social. Dado que la sexualidad es su significado social, las erecciones infantiles, por ejemplo, son claramente sexuales en el sentido de que esta sociedad centra su sexualidad en ellas, pero relacionarse con un niño como si sus erecciones significaran lo mismo que las erecciones de adultos con su significado condicionado, es una forma de abuso infantil. Dichas erecciones tienen el significado que adquieren en la vida social solamente para los adultos que observan.

A riesgo de complicar más el asunto, quizás serviría pensar en la sexualidad de la mujer como propia de las mujeres, así como la cultura de los negros es de los negros: les pertenece y no les pertenece. El paralelo no puede ser preciso, en parte porque, debido a la segregación, la cultura negra se desarrolló bajo condiciones más autónomas que las que han tenido las mujeres, las que han estado íntimamente integradas por la fuerza con los hombres. No obstante, ambos ejemplos pueden ser vividos como fuente de fortaleza, alegría, expresión y un distintivo afirmativo de orgullo⁵². Sin embargo, ambos siguen siendo estigmáticos en el sentido de una marca, una restricción, una definición de ser menos. Esto no se debe a un contenido o valor intrínseco sino al hecho que la realidad social es que su forma, cualidades, textura, imperativos y su existencia misma son una respuesta a la falta de poder. Existen de

⁵² Lo mismo vale para Foucault, *The History of Sexuality*. Foucault entiende que la sexualidad debe ser analizada con método, poder, clase social y con las leyes. El género, sin embargo, se les escapa. Por lo tanto, no puede distinguir entre el silencio acerca de la sexualidad que el victorianismo ha convertido en un bullicioso discurso y el silencio que *ha sido* la sexualidad de la mujer bajo condiciones de subordinación por los hombres y ante los hombres. Aunque Foucault pretende captar la sexualidad, incluido el deseo mismo, como social, no ve el contenido de su determinación como un orden social sexista que erotiza la potencia como masculina y la victimización como femenina. Las mujeres simplemente no merecen atención significativa.

esta forma porque carecen de opciones. Han sido creadas a partir de condiciones sociales de opresión y exclusión. Es posible que sean parte de una estrategia de supervivencia o incluso de cambio. Pero en estas condiciones, no son todo el mundo y uno tiene derecho a todo el mundo. Por este motivo es que interpretar la sexualidad femenina como una expresión de la acción y la autonomía de las mujeres, como si el sexismo no existiera, siempre es denigrante, bizarro y reduccionista, como sería interpretar la cultura negra como si el racismo no existiera⁵³. Como si la cultura negra hubiera surgido libre y espontáneamente en las plantaciones y en los guetos de Estados Unidos, agregando diversidad al pluralismo estadounidense.

Mientras la desigualdad sexual siga siendo desigual y sexual, los intentos por valorar la sexualidad como propio de las mujeres, posesiva como si las mujeres la poseyeran, seguirá formando parte del acto de limitar a las mujeres a su actual definición de lo que son. Fuera de revelaciones fugaces realmente momentáneas y ocasionales (aunque la mayoría de la gente cree que vive su vida sexual entera dentro de ellas) la búsqueda de una sexualidad igualitaria sin una transformación política equivale a buscar la igualdad bajo condiciones de desigualdad. Rechazar este hecho y rechazar la glorificación de adaptarse a lo mejor que pueda ofrecer la desigualdad o que los ingeniosos se han visto impulsados a inventar constituyen lo que Ti-Grace Atkinson quiso rechazar al afirmar “No conozco ninguna feminista que merezca ese apelativo que, al verse forzada a escoger entre la libertad y el sexo, escogería el sexo. Ella elegiría la libertad cada vez”⁵⁴.

⁵³ Sobre la sexualidad, véase, por ejemplo, A. Lorde, *Uses of the Erotic: The Erotic as Power* (Brooklyn, N.Y.: Out and Out Books, 1978); y Haunani-Kay Trask, *Eros and Power: The Promise of Feminist Theory* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1986). Ambos intentan, creativamente, tal reconstitución. El trabajo de Trask adolece de un esencialismo subyacente en el que no se analiza la realidad del abuso sexual ni se lo ve como parte constituyente de la sexualidad de las mujeres como tal. En consecuencia, se puede instar a un retorno a la madre y al cuerpo como bases sociales para reclamar el Eros feminista. Otra razón por la cual el paralelo no puede ser plenamente preciso es que las mujeres negras y su sexualidad conforman tanto la cultura negra como la sexualidad femenina, habitando ambos lados de la comparación. En otras palabras, los paralelos que convergen e interactúan, no son paralelos. Sin embargo, la comparación puede resultar heurísticamente útil para quienes puedan comparar dos dimensiones de la vida que se superponen y resuenan en forma conjunta en algunos momentos para luego divergir fuertemente en forma disonante en otros.

⁵⁴ Ti-Grace Atkinson, “Why I’m Against S/M Liberation”, en *Against Sado-masochism: A Radical Feminist Analysis*, ed. F. Linden, D. Pagano, D. Russell, y S. Start (Palo Alto, Calif.: Frog in the Well, 1982), p. 91.

Derechos Humanos de la Mujer ¿Dónde estamos ahora en las Américas?*

Cecilia Medina**

1. Introducción

La "transversalización de la perspectiva de género"¹, como se conoce comúnmente a los esfuerzos sistemáticos para introducir la perspectiva de género, *inter alia*, en la aplicación de las normas de derechos humanos por parte de los órganos supervisores internacionales, tiene en la actualidad algunos años de existencia. En las Naciones Unidas, comenzó con la Declaración y Programa de Acción de Viena², que señaló en su párrafo 42 que "[l]os órganos de vigilancia creados en virtud de tratados deben incluir la cuestión de la condición de la mujer y los derechos humanos de la mujer en sus deliberaciones y conclusiones, utilizando datos concretos desglosados por sexo", y en el sistema interamericano, cuando la Asamblea General, el órgano político principal de la Organización de los Estados Americanos (OEA), solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión o la CIDH), que comenzara a considerar a la mujer en sus actividades³.

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de Nomiki Bibliothiki Group, Atenas.

** Profesora, Universidad de Chile; Co-Directora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ ECOSOC ha definido la transversalización de la perspectiva de género (*gender mainstreaming*) en sus conclusiones acordadas 1997/2 de la siguiente manera: 'Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de evaluar las implicancias para mujeres y hombres de cualquier acción planificada, incluyendo legislación, políticas y programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres así como también de los hombres constituyan una dimensión integral del diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales de modo que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y la desigualdad no sea perpetuada. El fin último es alcanzar la igualdad de los géneros' (A/52/3). Esta definición es apropiada para describir lo que los órganos de supervisión internacional deberían hacer en el campo de los derechos humanos.

² A/Conf. 157/23 de 12 de julio de 1993.

³ AG/RES 1112 (XXI-0-91).

El propósito del presente artículo es ampliar un trabajo previo realizado por esta misma autora sobre el tema de la mujer y el sistema interamericano⁴, examinando si los esfuerzos por transversalizar la perspectiva de género dentro del sistema interamericano han dado frutos en la forma de demandas formales presentadas por mujeres ante la Comisión Interamericana. Naturalmente, no estoy interesada en las demandas que mujeres víctimas de violaciones a los derechos humanos han presentado ante la Comisión Interamericana cuando el género de la víctima no tiene relevancia para la respuesta del sistema. En lugar de ello, deseo explorar el número y la calidad de las demandas formales presentadas por mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las cuales la perspectiva de género se encuentra presente, y analizar cómo la Comisión ha desarrollado dicha perspectiva en el manejo de esas demandas. Este trabajo también examinará el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) en esta tarea, el que parece, *prima facie*, extremadamente modesto. Finalmente, se intentará sacar algunas conclusiones sobre la base de lo que se ha hecho hasta la fecha.

2. El sistema interamericano para la promoción y la protección de los derechos humanos

Una breve descripción del sistema debería comenzar explicando que existen dos mecanismos paralelos para la supervisión de los Estados con respecto a los derechos humanos en general en el continente. El primero de ellos, que data desde 1960, cuenta con un órgano de supervisión, la CIDH⁵, y un catálogo contra el cual se mide la conducta de los Estados: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶. La Comisión actúa como un órgano de la OEA y tiene competencia para controlar el cumplimiento de esta Declaración por parte de la totalidad de los Estados miembros de la OEA. La verificación puede adoptar la forma de una revisión de una demanda individual, o la preparación de un informe con respecto a la situación general de los derechos humanos en un país específico o en relación a una materia específica⁷. La Comisión puede actuar *motu proprio*, lo que le permite tomar la iniciativa para tratar cualquier asunto que desee dentro de su competencia⁸. La Comisión es también un ente encargado de la promoción de los derechos humanos, debido a que su primera

⁴ Véase C. Medina, “The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence”, en M. Castermans, F. van Hoof y J. Smith (eds.) *The role of the Nation-State in the 21st Century. Human Rights, International Organizations and Foreign Policy. Essays in Honour of Peter Baehr*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, pp. 117 – 134.

⁵ La VIII resolución de la Quinta Asamblea de Consulta creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fundamentalmente como una entidad promocional. Para una historia de los comienzos de la Comisión, véase K. Vasak, *La Commission Interaméricaine des Droits de l’Homme*, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, R. Pichon & R. Durand-Auzias, Paris, 1968, Tomo XXXV y Ana P. Schreiber, *The Inter-American Commission on Human Rights*, A. Sijthoff/Leyden, 1970. Sobre la Comisión desde su creación hasta 1987, véase C. Medina, *The Battle of Human Rights. Gross, systematic violations and the Inter-American system*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Holanda, 1998, capítulos IV y VI.

⁶ La Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, Bogotá, Colombia, 1948, adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Texto en Documentos Básicos (OEA/Ser.L/V/II.92, doc. 31 rev. 3, 1996).

⁷ Véase CIDH, Reglamento (efectivo desde el 1 de mayo de 2001), artículos 49 y 50 sobre peticiones individuales y 58 con respecto a informes por países.

⁸ *Ibidem*, artículo 24.

función es “estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América”⁹. Basada en esta facultad, la Comisión ha participado en el establecimiento de estándares y en capacitación. Finalmente, la Comisión sirve como un órgano consultivo para todos los Estados miembros de la OEA¹⁰.

El segundo mecanismo se establece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹. La Convención tiene un catálogo de derechos humanos (básicamente derechos civiles y políticos), y dos órganos supervisores: la misma Comisión mencionada anteriormente, y una Corte Interamericana de Derechos Humanos establecida en 1978, cuando la Convención entró en vigencia. Ambas tienen la facultad de examinar demandas individuales de un modo similar al sistema europeo antes de que el Protocolo 11 entrara en vigencia¹². La Corte también tiene la facultad de emitir opiniones consultivas, ya sea con relación a la interpretación de la Convención u otros tratados sobre derechos humanos, o con respecto a la compatibilidad de las leyes nacionales con las obligaciones relativas a derechos humanos internacionales de los Estados miembros de la OEA¹³.

Otros tratados relativos a los derechos humanos establecen medios de protección adicionales. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, permite comunicaciones individuales para reclamar por violaciones a dos de los derechos en el Protocolo¹⁴; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹⁵ puede ser también controlada por la Comisión y la Corte, debido a que la prohibición de la tortura se encuentra ya establecida en el artículo 5 de la Convención Americana¹⁶; la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁷ señala explícitamente la posibilidad de presentar demandas individuales ante la Comisión y la Corte; y el artículo 12 de la Convención sobre Violencia contra la Mujer¹⁸ confiere a la Comisión la facultad de examinar comunicaciones

⁹ CIDH, Estatuto, artículo 18.a.

¹⁰ *Ibidem*, artículo 18.e.

¹¹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en la Conferencia Interamericana Especializada de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Texto en Documentos Básicos, nota 6. A enero de 2002, la Convención tiene 24 Estados parte, ya que Trinidad y Tobago la denunció el 26 de mayo de 1998.

¹² Convención Americana, artículos 44 – 51 y 61 – 69.

¹³ *Ibidem*, artículo 64.

¹⁴ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigencia el 16 de noviembre de 1999. El Protocolo tiene, a enero de 2002, 12 Estados parte. Véase artículos 8 y 13.

¹⁵ La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura fue adoptada el 9 de diciembre de 1985 y entró en vigencia el 28 de febrero de 1987. A enero de 2002, tiene 16 Estados parte.

¹⁶ Véase artículo 16 de esa Convención. La Comisión y la Corte han seguido esta misma interpretación. Véase Corte IDH, Caso Paniagua Morales *et al*, sentencia del 8 de marzo de 1998, párrafo 136, y Caso Villagrán Morales *et al*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párrafos 239 al 252. También, el artículo 23 del nuevo Reglamento de la Comisión establece esta facultad.

¹⁷ La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue adoptada el 9 de junio de 1994 y entró en vigencia el 29 de marzo de 1996. A enero de 2002, tiene 11 Estados parte.

¹⁸ La Convención Interamericana para la Prevención, Castigo y Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, fue adoptada en el mes de junio de 1994, y entró en vigencia el 5 de marzo de 1995. A enero de 2002, tiene 29 Estados parte. La Convención fue el resultado de una muy acertada iniciativa de organizaciones no gubernamentales de mujeres llevada a cabo dentro del marco de la CIM. Ella es,

que acusan la falta de cumplimiento por un Estado parte de las obligaciones establecidas en el artículo 7 de la misma. A pesar de que el artículo 12 no menciona la Corte, parece obvio, dado que dicha disposición señala que la Convención Americana dictará normas relativas a las comunicaciones, que la Corte no se encuentra excluida del proceso.

Un tercer organismo es la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), creada en La Habana, Cuba, en 1928, como resultado de un poderoso movimiento de mujeres que lucharon para tener un tratado sobre igualdad de derechos. La Comisión, establecida para realizar un estudio sobre la condición legal de la mujer en las Américas para la siguiente Conferencia Internacional de los Estados Americanos¹⁹, permaneció y es, hoy en día, una organización especializada permanente de la OEA a cargo de la promoción y protección de los derechos de la mujer y de proporcionar apoyo a los Estados miembros en sus esfuerzos para garantizar a la mujer el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales sobre una base igualitaria con los hombres²⁰. La CIM es un organismo inter gubernamental, no una comisión de expertos que actúan sobre la base de su capacidad personal, compuesta por 34 delegados permanentes, uno por cada Estado miembro, designado por sus respectivos gobiernos. A pesar de que la CIM es un órgano importante para los derechos humanos de la mujer, no es el propósito de este trabajo tratarla, ya que el enfoque aquí está centrado en la transversalización de la perspectiva de género dentro de los órganos generales de supervisión del sistema interamericano.

3. Las Mujeres, la Comisión y la Corte

Las Mujeres y la Comisión. El progreso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en favor de grupos postergados requiere de la confluencia de varios factores. Un factor es la existencia de normas internacionales que confieran derechos a todas las personas sin discriminación, lo que se ha logrado tanto a nivel universal como regional. Existen dos tratados internacionales, los Pactos, que confieren derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales a todos los seres humanos²¹ y, a nivel regional, existen, según se explicó anteriormente, varios tratados sobre derechos humanos. Un segundo factor es la existencia de órganos facultados para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar estos derechos y que tengan la voluntad de ejercitar sus poderes sin discriminación de ningún tipo. La CIDH y la Corte se encuentran, en la actualidad, en el proceso de realizar este trabajo dentro del sistema, aunque les ha tomado tiempo percibir las violaciones a los derechos humanos de la mujer y actuar en consecuencia. El tercer factor dice relación con el

efectivamente, más que un tratado para enfrentar la violencia, ya que aspira a proteger todos los derechos humanos de la mujer.

¹⁹ La CIM fue establecida por una resolución de la Sexta Conferencia Internacional de Estados Americanos, La Habana, Cuba, 1928. Probablemente ella podría tener un impacto importante en el desarrollo de los derechos humanos de la mujer, pero resulta difícil estudiar y analizarlo. Por ejemplo, la resolución por la cual fue creada no se encuentra en ninguna compilación de documentos referidos a los derechos humanos. En realidad, ni siquiera se encuentra en el sitio *web* de la CIM.

²⁰ Estatuto de la CIM, artículo 2.

²¹ Los Pactos Internacionales fueron adoptados el 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 3 de enero de 1976.

comportamiento de los titulares de estos derechos, ya que el desarrollo de su respeto y garantía depende, en una medida importante, de que ellos sean ejercitados por las víctimas de violaciones de los mismos. Los factores segundo y tercero son dependientes el uno del otro. El mecanismo de las comunicaciones individuales se encuentra fundado en una especie de estimulación recíproca entre víctima y órgano de supervisión sin la cual no opera en forma plena: o el ente supervisor se encuentra sin material para ejercer sus facultades o, por el contrario, las mujeres que proveen este material y no reciben una respuesta apropiada se desalientan y discontinúan sus acciones.

Cuando se creó la Comisión en 1960, a pesar de que no tenía la facultad para tratar comunicaciones individuales, recibió muchas demandas de parte de individuos, todos hombres, quienes creían que los derechos humanos establecidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estaban dirigidos a ellos, para ser ejercidos y disfrutados, y la Comisión reaccionó frente a esto de una forma muy positiva, creando, a través del manejo de estas demandas, un mecanismo para monitorear la situación general de los derechos humanos en países específicos y logrando obtener la facultad para revisar reclamos individuales formalmente. La actitud tanto de los individuos como de la Comisión dio inicio a un movimiento que, en conjunto con otros factores, tuvo su clímax en 1969 con la adopción por parte de la OEA de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²².

Parece que esta idea de recurrir a un órgano internacional en búsqueda de apoyo no cruzó la mente de las mujeres en dicha época. Es posible, también, que si uno o dos casos de violaciones de los derechos humanos de la mujer se hubiesen presentado ante la Comisión, habrían sido rechazados, debido a que la misma Comisión estaba compuesta por hombres que pueden no haber estado conscientes, en ese tiempo, de que los derechos humanos de la mujer podían ser violados en formas diferentes a aquellos de los hombres, y que una nueva lectura de los derechos (en comparación con la forma en que las libertades civiles eran usualmente interpretadas a nivel nacional) era necesaria para hacer realidad la idea de que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna” según se señala en el artículo II de la Declaración. Si éste fue el motivo de la inacción, aunque era sólo una suposición, está claro que las mujeres no la cuestionaron.

Por otra parte, por muchos años, la Comisión misma permaneció ajena a los derechos humanos de la mujer. Su amplio mandato, que le permitía examinar la situación de todos y cada uno de los derechos humanos en un país a su propia iniciativa²³, no fue utilizado para proteger los derechos humanos de la mujer sino hasta mediados de la década de los '90. La primera referencia a los derechos humanos de la mujer se encuentra en 1993, cuando la Comisión reconoció, en un informe anual, la falta de igualdad entre los hombres y las mujeres

²² Para una explicación completa de estos acontecimientos, véase C. Medina, *The Battle of Human Rights*, nota 5.

²³ La Comisión ha preparado varios “informes por país” sobre Chile (4), Cuba (7), Guatemala (5) y Haití (7), e informes sobre Argentina, Bolivia, Colombia, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay. Sobre informes por país, véase C. Medina, “The Role of Country Reports in the Inter-American System of Human Rights”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 15, N° 4, págs. 457 – 473.

en el goce de los derechos humanos²⁴. Con posterioridad, se designó un Relator Especial sobre la Mujer²⁵ y la Comisión comenzó a incluir en los informes por país, una sección que trataba la situación de los derechos humanos de la mujer²⁶.

No se puede decir, sin embargo, que las mujeres permanecieron totalmente inactivas. La actitud de la Comisión no fue el resultado de una inspiración súbita. En realidad, fue la Asamblea General de la OEA la que instó a la Comisión en 1991, a través de la resolución AG/RES.1112 (XXI-0/91), a revisar la situación de los derechos humanos de la mujer en el continente. La misma Comisión señaló en su primer informe global con respecto a la condición de la mujer en las Américas²⁷ que la designación de un Relator Especial sobre la Mujer “fue motivada por la convergencia de una serie de factores”: la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), las etapas finales de la redacción de una convención interamericana para tratar el tema de la violencia contra la mujer, y la futura Cumbre de las Américas y la Cuarta Conferencia Mundial sobre los Derechos de la Mujer que tendría lugar en Beijing en 1995. Todos estos eventos, y la inclusión del tema de los derechos humanos de la mujer en algunos de ellos, fueron el producto del movimiento de mujeres. Podría decirse entonces, con justicia, que las acciones de las mujeres condujeron a un “despertar” de la OEA y la Comisión, y la pregunta es si las mujeres están haciendo ahora su parte en esta empresa recíproca para que el progreso se incremente de una nueva manera.

Ha tomado, y tomará aún más tiempo, para que las mujeres ejerzan sus derechos en forma plena, ya que para usar los mecanismos de supervisión las mujeres deben primero conocer sus derechos. Más aún, deben superar el sentimiento de que, aunque los derechos humanos existen para todos los seres humanos, éstos no son para ellas sino para “el resto”; y finalmente deben percibir que tiene algún sentido ejercitarlos. Por lo tanto, la internalización del derecho a ejercitar todos sus derechos no sólo requiere el conocimiento: parece estar conectado profundamente con, *inter alia*, la percepción del valor de sí misma, y, además, con una cantidad bastante importante de coraje. No siempre es fácil desafiar el orden establecido, y cuando uno lo hace, tiene que ser capaz de soportar las consecuencias. Para esto, es necesario un respaldo adecuado para ayudar a desarrollar en las mujeres las capacidades necesarias para asumir su propia defensa, emocional y económicamente, de modo que su autoestima también se desarrolle sobre una base sólida. Se requiere también la realización de acciones dirigidas hacia la promoción de un cambio cultural en el resto de la sociedad que liberará a las mujeres de la posición subordinada en la cual ellas han sido colocadas durante tanto tiempo. Es principalmente la responsabilidad de los Estados proporcionar este apoyo, pero ello no ocurre con frecuencia en nuestro continente, de modo que la tarea deberá ser fortalecida en forma importante por los organismos internacionales de derechos humanos y por la sociedad civil dentro de cada Estado. Ambos tienen un papel muy importante que

²⁴ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992 – 1993 (OEA/Ser.L/V/II.83, doc 14, rev., 1, 12 de marzo de 1993), Capítulo V, sección V.

²⁵ En su sesión N° 85, en 1994, la Comisión designó como Relator Especial sobre la Mujer a uno de sus miembros, Claudio Grossman.

²⁶ Para una descripción más detallada de las actividades de la Comisión con respecto a la mujer hasta comienzos de 1998, véase C. Medida, *op. cit.*, nota 4.

²⁷ CIDH, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas (OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, 13 de octubre de 1998). Original: Castellano.

desempeñar en el área de la educación y capacitación de la mujer y en la cooperación en los esfuerzos para cambiar los patrones culturales que subyacen tras la discriminación.

Luego del vuelco positivo en la primera mitad de la década de los '90, la Comisión comenzó a ejercer sus facultades para promover y proteger los derechos humanos de la mujer. En lo que concierne a la revisión de la situación general de los derechos humanos en sus Informes Anuales, la Comisión preparó informes de progreso con respecto a la situación de la mujer en los Informes Anuales de los años 1995 y 1996²⁸. En el Informe Anual del año 1997, se incluyó en el capítulo VI un Informe más sustancial sobre la Situación de la Mujer en las Américas²⁹ donde se describió el marco legal e institucional interamericano, recalcando el principio de la no discriminación y examinando la escasa jurisprudencia del sistema que trata las materias de género. En el Informe Anual del año 1998 se incluyó un informe de cuatro páginas de progreso sobre la mujer que no agregó mucho a aquello que ya había sido escrito en el informe del año anterior³⁰. En el Informe Anual del año 1999, a solicitud de la CIM, la Comisión incluyó un análisis jurídico acerca de la compatibilidad con el principio de no discriminación de las medidas de acción afirmativa diseñadas para promover la participación política de la mujer³¹. El Informe Anual del año 2000, el último informe publicado, no trata el tema de la mujer³².

La Comisión ha sido más consistente en la preparación de informes sobre países. Comenzando con el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití de 1995³³, no ha dejado de incluir un capítulo referido a la mujer en todos los informes generales por país que han seguido a dicho Informe³⁴.

²⁸ CIDH, Informe Anual 1995 (OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7 rev., 28 de febrero de 1996), e Informe Anual 1996 (OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997). Más detalles sobre esto se pueden encontrar en C. Medina, *op. cit.*, nota 4.

²⁹ CIDH, Informe Anual 1997 (OEA/Ser.L/V/II.98, doc. 6 rev., 13 de abril de 1998). Este mismo Informe fue publicado posteriormente en forma independiente, casi *verbatim*, bajo la denominación CIDH, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas (OEA/Ser.L/V/II.100, doc. 17, 13 de octubre de 1998).

³⁰ CIDH, Informe Anual 1998 (OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 6 rev., 16 de abril de 1999), Volumen II.

³¹ El análisis está en el Capítulo VI del Informe Anual 1999 de la Comisión (OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 3 rev., 13 de abril de 2000).

³² CIDH, Informe Anual 2000 (OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev., 16 de abril de 2001).

³³ CIDH, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití [Informe Haití 1995] (OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 10 rev., 9 de febrero de 1995).

³⁴ Véase CIDH, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador (OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997), Capítulo XI; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil (OEA/Ser.L/V/II.97, doc. 29 rev. 1, 29 de septiembre de 1997), Capítulo VIII; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México (OEA/Ser.L/V/II.100, doc. 7 rev. 1, 24 de septiembre de 1998), Capítulo IX; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999), Capítulo XII; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en República Dominicana (OEA/Ser.L/V/II.104 doc. 9 rev. 1, 7 de octubre de 1999), Capítulo X; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú (OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., 2 de junio de 2000), Capítulo VII; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay (OEA/Ser.L/V/II.110, doc. 52, 9 de marzo de 2001), Capítulo VIII; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala (OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev., 6 de abril de 2001), Capítulo XIII.

Finalmente, la Comisión ha comenzado a examinar demandas individuales³⁵, para lo cual el impulso de agentes externos, ya sea las propias víctimas o alguien que presenta una denuncia en su representación, es, como se ha señalado anteriormente, esencial³⁶. Si uno estudia los Informes Anuales de los años que siguen a la designación del Relator Especial, lo que marcó el comienzo del esfuerzo desplegado por la Comisión para incorporar la perspectiva de género, el número de casos encontrados que se refieren a esta perspectiva es todavía muy pequeño: i) no hay casos relativos a la discriminación del género en el Informe Anual de 1994³⁷; ii) en el Informe Anual de 1995³⁸ existen nueve informes examinados en el fondo³⁹, de los cuales uno trata de violación a manos de miembros de las fuerzas armadas⁴⁰; iii) en el Informe Anual de 1996⁴¹, de seis decisiones de inadmisibilidad, una trata de discriminación en la organización de hipódromos municipales en Costa Rica⁴², y de 16 informes examinados en el fondo, dos tratan de materias relacionadas con género: uno examina la práctica de inspecciones vaginales de mujeres visitantes a una cárcel en Argentina⁴³, y el otro trata de una violación a manos de agentes del Estado en Guatemala⁴⁴; iv) en el Informe Anual de 1997, 22 casos fueron declarados admisibles, de los cuales uno trató el tema de la discriminación en el matrimonio⁴⁵, y de 23 informes examinados en el fondo, ninguno se relacionó con discriminación de género; v) en el Informe Anual de 1998, hubo 34 decisiones de admisibilidad, ninguna de ellas relativa a discriminación sobre la base del género⁴⁶, y de 25 informes examinados en el fondo, ninguno se relaciona con la perspectiva de género; vi) en el Informe Anual de 1999 hubo 26 decisiones de admisibilidad, de las cuales tres trataban, respectivamente, de discriminación en la participación política⁴⁷, discriminación en el tratamiento en prisión debido a orientación sexual⁴⁸, y violación a manos de miembros de

³⁵ El Reglamento de la Comisión permite el inicio de un caso individual por iniciativa propia de la Comisión. Se ha escrito mucho sobre el procedimiento para tratar las comunicaciones individuales. Véase, por ejemplo, de este autor, *The Battle of Human Rights*, nota 7; “The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: Reflections on a Joint Venture”, en *Human Rights Quarterly* (Johns Hopkins University Press, Baltimore, EE.UU.) (1990), N° 4; págs. 439 – 464. “The Right of Individual Petition Before the Inter-American Commission on Human Rights: Some Problems of Law and Practice”, en *Training Course on International Human Rights Law for Judges and Lawyers from South America, Selected Lectures* (C. Medina, editor), SIM Especial N° 13, 1993, págs. 158–182. Véase también, H. Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999, Segunda edición.

³⁶ Convención Americana, artículo 44. Cualquier persona o grupo de personas, o cualquier entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más de los Estados miembros de la OEA puede hacer peticiones a la Comisión.

³⁷ Informe Anual 1994 (OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 9, rev., 17 de febrero de 1995).

³⁸ Informe Anual 1995, nota 28.

³⁹ En ese tiempo la Comisión solía emitir decisiones de admisibilidad frecuentemente.

⁴⁰ Caso 10.970, Raquel Martín de Mejía contra Perú, Informe N° 5/96.

⁴¹ Informe Anual 1996, nota 28.

⁴² Caso 11.553, Emerita Montoya González contra Costa Rica sobre inadmisibilidad N° 48/96.

⁴³ Caso 10.506, X e Y contra Argentina, Informe 38/96.

⁴⁴ Caso 10.526, Diana Ortiz contra Guatemala, Informe 31/96.

⁴⁵ Caso 11.435, María Eugenia de Sierra contra Guatemala, Informe sobre admisibilidad N° 28/98.

⁴⁶ Un caso se ocupó de una infracción al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, pero la materia no era en esencia un asunto de género, ya que trató de la tortura a manos del Servicio de Seguridad de Perú y la falta de protección judicial, similar a casos en los cuales las víctimas eran hombres. Véase caso 11.756, Leonor La Rosa Bustamante contra Perú, Informe sobre admisibilidad N° 54/98.

⁴⁷ Caso 11.307, María Merciadri de Morini contra Argentina, Informe sobre admisibilidad N° 102/99.

⁴⁸ Caso 11.656, María Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia, Informe sobre admisibilidad N° 71/99.

las fuerzas armadas⁴⁹, en tanto que de los 30 informes examinados en el fondo, ninguno tenía relación con la perspectiva de género⁵⁰; vii) en el Informe Anual de 2000⁵¹, hubo 35 decisiones de admisibilidad, de las cuales una trató de la esterilización forzada⁵² y una segunda trató de la negativa a otorgar nacionalidad a hijos de madres que son nacionales del país en cuestión⁵³, y de 23 informes de fondo, uno se relacionó con la falta de protección contra la violencia doméstica⁵⁴, otro es el Informe que examinó en el fondo el caso María Eugenia de Sierra contra Guatemala, con respecto a la discriminación en el matrimonio⁵⁵, y un tercero es el Informe que examinó en el fondo el caso Ana, Beatriz y Celia González Pérez, sobre violación⁵⁶.

La Corte. A diferencia de la Comisión, la Corte no puede actuar a menos que se le solicite. Sólo puede conocer de casos contenciosos una vez que los procedimientos seguidos ante la Comisión Interamericana han finalizado y únicamente si la Comisión o un Estado presenta el caso ante la Corte. Para emitir opiniones consultivas, depende de solicitudes de los Estados o de los órganos de la OEA mencionados en el capítulo X de la Carta de la OEA, entre los cuales se encuentran la CIM y la CIDH. Ha habido sólo una solicitud de opinión consultiva por parte de un Estado relativa a la discriminación sobre la base del género⁵⁷. Por el contrario, ni la CIM ni tampoco la Comisión han, en ocasión alguna, solicitado una opinión consultiva a la Corte con respecto al grado y alcance de los derechos humanos en la Convención Americana para cubrir las muchas formas en las cuales los derechos humanos de la mujer son infringidos en este continente. Dichas solicitudes podrían conducir a una nueva lectura de los derechos en la dirección seguida por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que especificó para los Estados las varias situaciones en la vida diaria de la mujer que deberían quedar cubiertas por los derechos humanos que se establecen en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁸. Ningún caso en el cual la perspectiva de género se encuentra involucrada ha llegado a la Corte, con la excepción de uno en el cual la Corte encontró que los hechos no habían sido probados⁵⁹.

Es, efectivamente, desafortunado que el sistema aún no se encuentre operando plenamente para los asuntos de la mujer. La Comisión no puede ser culpada por tener pocos casos provenientes de mujeres víctimas de violaciones a los derechos humanos debido a su

⁴⁹ Caso 11.565, Ana, Beatriz y Celia González Pérez contra México, Informe sobre admisibilidad N° 129/99.

⁵⁰ Existe un informe relativo al trato desigual en el proceso de elecciones de Susana Higuchi, mujer del entonces presidente Fujimori, pero los argumentos no se refieren a discriminación de género (Caso 11.428, Susana Higuchi Miyagawa contra Perú, Informe N° 119/99).

⁵¹ Informe Anual 2000, nota 32.

⁵² Caso 12.191, María Mamérita Mestanza Chavez contra Perú. Informe sobre admisibilidad N° 66/00.

⁵³ Caso N° 12.189, Dilcia Yean y Violeta Bosica contra República Dominicana, Informe sobre admisibilidad N° 28/01.

⁵⁴ Caso 12.051, María da Penha contra Brasil, Informe 54/01.

⁵⁵ Caso 11.625 (decisión de admisibilidad en nota 35), Informe 4/01.

⁵⁶ Caso 11.565 (decisión de admisibilidad en nota 39), Informe 53/01.

⁵⁷ Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. "Propuesta de modificación la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización". Para el contenido de la opinión, véase más adelante.

⁵⁸ Refiero al lector al Comentario General N° 28 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, "Igualdad de Derechos entre el Hombre y la Mujer", adoptado en el mes de marzo de 2000 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.10).

⁵⁹ Corte IDH, caso Loayza Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997, párrafo 58.

género, pero podría ser criticada por no enviar los pocos casos que recibe a la Corte de modo que los derechos humanos de la mujer pudieran ser fortalecidos por sentencias jurídicamente obligatorias para los Estados partes en un caso.

4. Progreso en materias sustantivas

La actividad de la Comisión y la Corte, y la participación de las mujeres en ella, ha dado como resultado un progreso en las materias sustantivas en la transversalización de la perspectiva de género. La Comisión comprende claramente que la posición subordinada de la mujer en la sociedad es la causa de la totalidad de las violaciones a los derechos humanos de la mujer⁶⁰ y ha vinculado en forma consistente las violaciones específicas con la situación general de discriminación contra la mujer. También ha enfatizado que no es suficiente tener disposiciones legales que establezcan la igualdad entre el hombre y la mujer, sino que se debe realizar un esfuerzo serio para cambiar el patrón cultural que permite esta discriminación en la práctica y debe existir legislación que prohíba la discriminación por cualquier motivo⁶¹. De esta manera, la prevención y sanción deben estar siempre presentes. En sus actividades relacionadas con la mujer, la Comisión ha analizado varios problemas específicos de los derechos humanos de la mujer. Los desarrollos, en mi opinión, más importantes serán examinados aquí⁶².

Discriminación en el orden jurídico. Desde un comienzo, y luego que resolvió tratar asuntos de género, la Comisión ha señalado la necesidad de ajustar las disposiciones legales a la prohibición de la discriminación en todas las esferas. En este empeño, ha interpretado el principio empleando todo el desarrollo que ha tenido en el ámbito internacional: aparte de los tratados mismos, ha invocado la jurisprudencia de los entes creados por tratado universales, tales como el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (*CEDAW*), y la investigación y los trabajos doctrinarios llevados a cabo por entidades internacionales o privadas. La Comisión se ha pronunciado con respecto a la discriminación en el derecho civil⁶³, laboral⁶⁴ y penal⁶⁵, manteniendo siempre posiciones progresistas. Un análisis detallado de los derechos a la igualdad y a vivir libre de discriminación puede encontrarse en el capítulo VI del Informe Anual del año 1999. Allí la Comisión sigue los argumentos y el razonamiento desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte y Comisión Europea, el Comité *CEDAW* y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el sentido de que únicamente una diferencia en el trato que persigue un fin legítimo y que es proporcional a la obtención del objetivo puede ser justificado de conformidad con el derecho internacional⁶⁶.

⁶⁰ Esta posición estaba ya clara en su primer informe global sobre la condición de la mujer en las Américas. Ver notas 27 y 29.

⁶¹ Todos los informes por país mencionados en la nota 34 contienen esta idea.

⁶² Sólo las decisiones examinadas en el fondo serán consideradas en la presente sección.

⁶³ Véase Informe sobre Guatemala 2001, nota 34, párrafos 21 y 22, págs. 231 – 232.

⁶⁴ Véase *Ibidem*, párrafo 24, pág. 232.

⁶⁵ Véase Informe sobre Ecuador 1997, pág. 122; Informe sobre Brasil 1997, párrafo 9, pág. 135; Informe sobre Guatemala 2001, párrafo 25, pág. 233, todos en la nota 34.

⁶⁶ Véase Informe Anual 1999, nota 31, Capítulo VI, secciones B y C.

Un caso en el cual la discriminación legal fue analizada es el de María Eugenia Morales de Sierra. Este caso también constituye una prueba de la influencia recíproca entre las acciones de mujeres que reclaman por la violación de sus derechos y la reacción de la Comisión. Luego de agotar los recursos domésticos, la señora Sierra presentó una demanda ante la Comisión denunciando que varias disposiciones del Código Civil de Guatemala infringían la prohibición de discriminación respecto del goce de los derechos establecidos en los artículos 11, 17 y 24 de la Convención Americana. Entre otros, el artículo 109 confería al marido la facultad de representar a la unión matrimonial; el artículo 131 facultaba al marido para administrar los bienes conyugales; el artículo 110 establecía la obligación de la esposa a asumir el cuidado de los hijos menores y del hogar; el artículo 113 prescribía que una mujer casada sólo podía ejercer una profesión o mantener un empleo si esto no iba en perjuicio de su papel como madre y dueña de casa, y el marido podía prohibir estas actividades. El Estado no disputó la sustancia de las acusaciones, pero argumentó que se estaban adoptando medidas para hacer el Código Civil de Guatemala compatible con las obligaciones internacionales, que consistían en la preparación de un proyecto de ley para modificar el Código; sobre esa base objetó sin éxito la admisibilidad de la demanda por la falta de agotamiento de los recursos domésticos⁶⁷. El Tribunal Constitucional de Guatemala, habiendo sido llamado a pronunciarse con respecto a la constitucionalidad de estas disposiciones, encontró que todas ellas eran constitucionales, fundado en que la certeza y la seguridad jurídicas aconsejaban algunas de las disposiciones; otras se justificaban constitucionalmente por la necesidad de salvaguardar el papel de la madre y proteger a los hijos. La Comisión rechazó estos argumentos señalando que las disposiciones objetadas “institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los esposos”, y establecen “una situación de dependencia *de jure* en el caso de la mujer y crean un desequilibrio insuperable en la autoridad conyugal dentro del matrimonio”⁶⁸. El caso, que después de un prolongado proceso fue declarado admisible en marzo de 1998, se dilató hasta el mes de enero de 2001, mientras el Estado intentaba corregir las incompatibilidades en el Código Civil con las disposiciones de la Convención Americana. Muchos de los cambios fueron efectuados, según se menciona en el Informe de Guatemala de 2001⁶⁹. La demanda de la señora Sierra fue entonces un conveniente comienzo de una campaña para cambiar las disposiciones discriminatorias para todas las mujeres en Guatemala y dio a la Comisión el impulso que requería para solicitar este cambio.

La Corte ha efectuado su única incursión en la discriminación legal fundada en el sexo en una opinión consultiva. Ejerciendo esta jurisdicción, la Corte emitió una opinión con respecto a la compatibilidad con la Convención Americana de un proyecto de ley que modificaba la Constitución de Costa Rica en el área de nacionalización⁷⁰. Ese Estado consultó a la Corte si una disposición que otorgaba “a una mujer extranjera que [contrae matrimonio] con un costarricense” una consideración especial para obtener la nacionalidad costarricense se encontraba en conformidad con los artículos 17, 20 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷¹, dado que el mismo privilegio no estaba contemplado para un hombre

⁶⁷ Véase Informe 28/98, nota 45.

⁶⁸ Informe 4/01, nota 56, párrafo 43.

⁶⁹ Informe sobre Guatemala 2001, nota 63.

⁷⁰ OC-4/84, nota 57.

⁷¹ El artículo 17 establece la “protección a la familia”, aunque incluye la igualdad dentro del matrimonio para el hombre y la mujer; el artículo 20 trata del “derecho a la nacionalidad”; y el artículo 24, de la “igualdad ante la ley”.

extranjero que contraía matrimonio con una mujer costarricense. El gobierno explicó que este sistema estaba fundado en el principio de la unidad familiar y pretendía cumplir con un objetivo en torno a dos ideas: i) todos los miembros de una misma familia deberían tener la misma nacionalidad; y ii) es el marido el que detenta la autoridad conyugal y paternal y, por lo tanto, su nacionalidad debería prevalecer⁷². La Corte resolvió que “[d]e este modo, el privilegio femenino para la obtención de la nacionalidad se presenta como una consecuencia de la desigualdad conyugal”⁷³. Finalmente, dado que el artículo 17 instruye al Estado a “tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”, y el artículo 24 dispone la igualdad ante la ley, la Corte concluyó que “no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges en el párrafo 4 del artículo 14 del proyecto para la obtención de la nacionalidad costarricense en condiciones especiales por razón del matrimonio”⁷⁴.

Violencia contra la mujer. La Comisión ha dado un lugar prominente al problema de la violencia contra la mujer. Luego de un tímido comienzo en su Informe Anual de 1994⁷⁵, avanzó en el Informe sobre Haití de 1995⁷⁶, cuando analizó, por una parte, en detalle las consecuencias físicas, psicológicas y sociales de la violencia sexual contra la mujer en una situación de conflicto armado y, por otra, la caracterización jurídica de este fenómeno. La Comisión sostuvo que consideraba que “las violaciones sexuales constituyen no sólo un tratamiento inhumano que atenta contra la integridad física, psíquica y moral, bajo el artículo 5 de la Convención, sino además una forma de tortura según el artículo 5(2) del citado instrumento”⁷⁷.

La Comisión ha adoptado una posición muy progresista en el campo de la violencia contra la mujer. En sus informes ha incluido: todas las formas de violencia, desde la violencia estatal hasta la doméstica; los factores legales así como también culturales que inciden en la violencia; la necesidad de protección judicial apropiada, lo que implica no sólo legislación a este respecto sino también capacitación de jueces, policías y otros operadores legales; la necesidad de prevención; y la necesidad de asistencia a las mujeres maltratadas a través de comisarías especiales, albergues, y otros. Unos pocos ejemplos siguen a continuación.

En el Informe sobre Ecuador del año 1997, la Comisión examinó brevemente la violencia doméstica, la violación y el acoso sexual. Un punto importante analizado por la Comisión fue la definición del delito de violación en Ecuador la que, como ocurría en muchos otros países, requería que la víctima opusiera resistencia “y arriesgue su vida o su integridad física para poder satisfacer la definición de delito”. La Comisión también puso énfasis en el problema de la falta de protección judicial y en la necesidad de dictar medidas de prevención y

⁷² Esto a pesar de la existencia de la Convención de Montevideo sobre la Nacionalidad de la Mujer del 26 de diciembre de 1933, cuyo artículo 1 establece que “No se hará distinción alguna, basada en el sexo, en materia de nacionalidad, ni en la legislación ni en la práctica”.

⁷³ OC-4/84, nota 57, párrafo 64.

⁷⁴ *Ibidem*, párrafo 67.

⁷⁵ Informe Anual 1994, nota 37, pág. 219.

⁷⁶ Informe sobre Haití 1995, nota 33.

⁷⁷ Informe Anual 1995, nota 28, pág. 43.

de apoyo a las mujeres maltratadas⁷⁸. El Informe sobre Brasil del año 1997 también analizó la violencia física, incluyendo los así llamados crímenes de honor, y la falta de protección judicial para las mujeres víctimas de violencia doméstica⁷⁹. El Informe sobre México agregó el problema de la violación marital y la inserción forzada de elementos intrauterinos⁸⁰. El Informe sobre Colombia del año 1999 analizó la violencia contra la mujer en el conflicto armado interno y, notablemente, introdujo en la sección sobre violencia los problemas que enfrentan las mujeres colombianas en el área de la salud reproductiva, mencionando la consecuencia de la alta mortalidad maternal como resultado, entre otras causas, de la tipificación criminal del aborto aún en el caso de un embarazo producto de una relación sexual violenta o abusiva o de una inseminación artificial forzada⁸¹. El Informe sobre Perú del año 2000 continuó refiriéndose a problemas de salud reproductiva dentro de la sección sobre violencia, probablemente debido al hecho de que un fenómeno ocurrido en ese país era la esterilización forzada, particularmente entre las mujeres indígenas. La Comisión también mencionó otra situación que muestra cuán profundamente se encuentra enraizada la idea en los países latinoamericanos de que las mujeres no deben tener derecho a opinar respecto a la decisión de ser madres: me refiero al hecho de que a menudo las mujeres son maltratadas en los organismos de salud pública, especialmente, pero no exclusivamente, aquellas mujeres que llegan luego de un aborto incompleto practicado en forma privada⁸². El Informe sobre Guatemala del año 2001, al igual que el Informe sobre Paraguay del mismo año, no trata de la salud reproductiva dentro de la sección sobre violencia, pero, sin embargo, vincula la capacidad de las mujeres para controlar los nacimientos con su derecho a la integridad personal⁸³.

En resumen, ha habido una clara apertura de la Comisión al problema de la violencia. ¿Han hecho uso de ella las mujeres? No lo suficientemente como para provocar un cambio duradero y masivo. Un primer caso relacionado con violación es el caso de Raquel Martín de Mejía contra Perú⁸⁴, donde la Comisión concluyó que el repetido abuso sexual al cual Raquel Mejía fue sometida a manos de miembros de las fuerzas armadas constituyó, en primer lugar, una infracción a las disposiciones del artículo 5 de la Convención Americana que constituía tortura, ya que la violación le había causado sufrimiento físico y mental a manos de funcionarios públicos con el objeto de castigarla e intimidarla debido a que supuestamente había apoyado a la organización guerrillera conocida como Sendero Luminoso; en segundo término, esos actos constituyeron una infracción a las disposiciones del artículo 11 de la Convención, debido a que la violación es un “atropello deliberado a su dignidad”. La Comisión se explayó en esto, igualando con ello la violación en el contexto de la lucha contra el terrorismo que el gobierno peruano estaba llevando a cabo, con el tratamiento del abuso sexual en los artículos 27 y 147 de la Cuarta Convención de Ginebra, en los artículos 76 y 85.4

⁷⁸ Informe sobre Ecuador 1997, nota 34, pág. 122.

⁷⁹ Informe sobre Brasil 1997, nota 34, párrafos 20 – 27, págs. 138 – 140 (versión en castellano).

⁸⁰ Informe sobre México 1998, nota 34, párrafos 619 – 629, págs. 141 – 144.

⁸¹ Informe sobre Colombia 1999, nota 34, párrafos 35 – 39 y 47 – 54, págs. 328 – 329 y 331- 332 (versión en castellano).

⁸² Informe sobre Perú 2000, nota 34, párrafos 18 – 26, págs. 185 - 188 (versión en castellano). La misma situación está presente en Paraguay (Informe sobre Paraguay 2001, nota 34, párrafos 42 – 44, págs. 121 – 122 (versión en castellano)).

⁸³ Informe sobre Guatemala 2001, nota 34, párrafo 34, pág. 236 (versión en castellano).

⁸⁴ Informe 5/96, Caso 10.970. Véase Informe Anual 1995, nota 28.

del Protocolo Adicional I de las Convenciones de Ginebra de 1949, en el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra y finalmente en el artículo 4.2 del Protocolo II Adicional a dichas Convenciones. Hay que tener en consideración que la importancia de este caso reside no sólo en el hecho de la clasificación de la violación como tortura, sino también en la clara posición con respecto a la responsabilidad del Estado cuando la violación ocurre a manos de agentes de dicho Estado⁸⁵. Desafortunadamente, la Comisión no envió este caso a la Corte.

Un segundo caso revisado por la Comisión es el de María Elena Loayza Tamayo, también presuntamente violada por agentes del Estado peruano mientras se encontraba detenida durante un juicio por sospecha de terrorismo. Este caso fue enviado a la Corte por la Comisión con la conclusión, *inter alia*, de que Perú había infringido la disposición del artículo 5 de la Convención por las acciones de funcionarios públicos que la habían violado mientras se encontraba detenida. La Corte no encontró que los hechos constitutivos de violación habían sido probados y por lo tanto no se explayó sobre este punto⁸⁶.

La Comisión tuvo la oportunidad de aplicar el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará, que establece que los Estados deben “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”⁸⁷, en un caso, María da Penha Maia Fernandes contra Brasil⁸⁸. Lo que hace a este caso interesante es que el Estado fue encontrado responsable por las acciones cometidas por un actor privado, debido a la falta de respuesta a estos eventos por parte de los agentes del Estado. María da Penha fue objeto de violencia doméstica por años durante su convivencia marital; esto culminó en un intento de homicidio en 1983, como consecuencia del cual la víctima quedó irreversiblemente paraplégica y con otros problemas de salud. Unos pocos días después de la agresión, la víctima solicitó una investigación judicial. En septiembre de 1984, la Oficina del Fiscal Público presentó cargos contra el agresor, el señor Heredia Viveiros, y se inició un juicio penal público. El caso languideció durante ocho años hasta que un jurado finalmente lo encontró culpable de agresión e intento de homicidio, y lo condenó a una pena de prisión de 15 años, reducida a 10

⁸⁵ Es interesante que la comunicación con que se inició este caso, junto con señalar que los derechos de la señora Mejías habían sido violados, reiteró una comunicación anterior que contenía acusaciones de arresto, tortura y la posterior desaparición del señor Fernando Mejías y solicitó a la Comisión un nuevo Informe sobre dichas acusaciones, en relación a las cuales la Comisión había ya encontrado que Perú había violado los artículos 4 y 7 de la Convención (Ver Caso 10.466, Fernando Mejía y Aladino Melgarejo contra Perú, Informe N° 83/90, en CIDH, Informe Anual 1990 – 1991, OEA/Ser.L/V/II.79 rev. 1, doc. 12, 22 de febrero de 1991). El Estado solicitó a la Comisión declarar el nuevo caso inadmisibile, pero la Comisión interpretó los artículos 47 de la Convención y 39.1 de su Reglamento en forma restrictiva, de este modo permitiéndose a sí misma declarar la parte de la comunicación que trataba de las violaciones de los derechos humanos del señor Mejías inadmisibile y aquella de la Señora Mejías, admisible (Informe 5/96, sección V.A.1).

⁸⁶ Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997, párrafo 58.

⁸⁷ Esta es la cristalización de la interpretación de la Corte del artículo 1 de la Convención Americana, efectuada en su famosa sentencia en el caso Velásquez Rodríguez, que trató una desaparición presumiblemente a manos de agentes del Estado en Honduras (sentencia del 29 de julio de 1988, Corte IDH, serie C, N° 4). En esa sentencia la Corte sostuvo que los Estados tenían la obligación de prevenir e investigar las violaciones a los derechos humanos incluso si ellos eran el resultado de acciones de actores privados. El Estado tenía que ejercitar “debida diligencia” para prevenir (párrafos 172 y 174) y tenía que llevar a cabo una investigación seria y la búsqueda de la verdad de una forma efectiva, “pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado” (párrafo 177).

⁸⁸ Informe 54/01, nota 54.

años. De acuerdo a la víctima, ocurrieron irregularidades de procedimiento que permitieron una apelación que después de tres años dio como resultado que el caso fuera enviado en el mes de mayo de 1994 nuevamente al tribunal de primera instancia. En marzo de 1996 el agresor fue nuevamente sentenciado y condenado a 10 años y 6 meses de cárcel. Una nueva apelación mantenía el caso pendiente hasta abril de 1997, es decir, alrededor de 15 años después de ocurridos los hechos. El peticionario también indicó que en el año 2002 la pena quedaría sin poder aplicarse, debido a que el plazo de prescripción correspondiente no permite que ésta se aplique luego de que hayan transcurrido veinte años desde la perpetración del crimen. Finalmente, la víctima sostuvo que ésta no ha sido una situación aislada, sino que es parte de un patrón de impunidad en casos de violencia doméstica. Las acusaciones entonces involucraron infracciones a los derechos de la Convención Americana a un juicio justo (artículo 8), protección judicial (artículo 25) e igualdad ante la ley (artículo 24), y falta de cumplimiento con la obligación del Estado de aplicar debida diligencia para prevenir, investigar e imponer sanciones por violencia contra una mujer (artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará).

Fue relativamente fácil para la Comisión concluir que la demora en este caso constituía una infracción a las disposiciones de los artículos 8 y 25 de la Convención. Luego de establecer que los tribunales habían dejado de emitir una sentencia definitiva durante 17 años, lo que había conducido a la clara posibilidad de que el agresor quedara impune de manera definitiva, impidiendo además que la víctima pudiera recibir una indemnización compensatoria, el Informe señala en palabras muy fuertes que “las decisiones judiciales internas en este caso presentan una ineficacia, negligencia u omisión por parte de las autoridades judiciales brasileñas y una demora injustificada en el juzgamiento de un acusado”⁸⁹. También le fue relativamente simple llegar a la conclusión de que se habían infringido las disposiciones del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, porque era evidente que los hechos demostraban que el Estado no había ejercido la debida diligencia en la tramitación de la demanda de la víctima.

Lo importante de este caso para el avance de la transversalización de la perspectiva de género fue el que la Comisión dio una base sólida y sustancial para sostener que había una violación del artículo 24, sobre igualdad ante la ley. La Comisión podría haber razonado que un caso de demora en impartir justicia podía no ser, en principio, atribuible a una discriminación. Sin embargo, decidió analizar la posibilidad de que la forma en que este caso había sido manejado por el poder judicial era algo que ocurría en forma constante en Brasil. Probar este punto apoyaría la conclusión de discriminación sobre la base de género y despejaría la idea de que la demora era solamente un caso aislado que podía ocurrir con relación a cualquier caso; esto a su vez permitiría a la Comisión solicitar a Brasil la adopción de medidas para tratar el fenómeno de una forma global. Para probar el punto, la Comisión hizo uso de su propio informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil⁹⁰ y de otros informes preparados por entidades privadas en Brasil⁹¹. Apoyándose en la información provista en ellos, la Comisión concluyó que la tolerancia de la violencia doméstica por parte de los órganos del Estado no se limitaba a este caso y que el Estado no

⁸⁹ *Ibidem*, párrafo 44.

⁹⁰ Informe sobre Brasil 1997, nota 34.

⁹¹ Véase, por ejemplo, párrafos 48 y 49 del Informe 54/01.

había cumplido con sus obligaciones de prevenir la violencia y procesar y condenar al agresor. La Comisión, entonces, vinculó esta conducta con la situación general de la mujer, anotando que “[e]s una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer” (párrafo 55), y que “esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos” (párrafo 56). Consistente con este amplio enfoque, la Comisión, en sus recomendaciones, solicita al Estado continuar expandiendo el proceso de reformas que pondrá término a la tolerancia de la violencia doméstica en Brasil, mediante, *inter alia*, la capacitación del poder judicial y la policía especializada, la simplificación de los procedimientos judiciales penales, la creación de mecanismos alternativos para tratar la violencia doméstica, y el incremento en el número de comisarías especiales para tratar este problema.

La Comisión dio así una respuesta adecuada a la demanda y usó su propio trabajo anterior para promover el derecho de la mujer a no ser torturada o tratada de manera cruel, inhumana o degradante. Una vez más, es desafortunado que el caso no haya ido a la Corte, impidiendo, de esta forma, que el sistema emitiera un pronunciamiento que, además de ser legalmente obligatorio para el Estado, podría haber establecido una reparación adecuada para esta infracción, lo que podría haber disuadido futuras violaciones de este tipo.

Un último caso en el tema de la violencia es el caso de Ana, Beatriz y Celia González Pérez, tres jóvenes mujeres indígenas (de 20, 18 y 16 años de edad), detenidas ilegalmente, golpeadas y violadas varias veces por personal militar después de haber sido capturadas por éste en la zona de Chiapas para ser interrogadas bajo la sospecha de pertenecer al EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional). Los eventos tuvieron lugar en junio de 1994⁹². El caso de las tres hermanas fue transferido a la Oficina del Fiscal Público para la Justicia Militar⁹³, debido a que fue considerado una acusación de infracción a la “disciplina militar”. El Fiscal, según las demandantes, carecía de voluntad para proceder contra los miembros de la fuerza militar que habían perpetrado las acciones; como consecuencia de ello, la investigación fracasó y nada fue hecho en cinco años. En este caso, el Estado negó la veracidad de la acusación de violación, y argumentó que el personal militar había actuado dentro de sus facultades y había cumplido con su obligación de proteger al pueblo mexicano mediante el arresto de las mujeres. Más aún, el Estado argumentó que los reclamos no podían ser investigados plenamente “debido a la falta de cooperación por parte de las víctimas”, quienes habían rehusado comparecer ante el Fiscal Militar y someterse a otro examen ginecológico más⁹⁴. Citando jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Celebici, la Comisión señaló que la violación y las demás formas de agresión sexual se

⁹² Caso 11.565 (Informe sobre admisibilidad en la nota 49), Informe 53/01, en el Informe Anual 2000, nota 32, párrafos 18 – 21.

⁹³ El Fiscal Público para la Justicia Militar depende de la Secretaría de Defensa Nacional; por lo tanto, no es un ente independiente e imparcial (Véase Informe sobre admisibilidad 129/99), nota 49, párrafo 11).

⁹⁴ Los peticionarios argumentaron que las tres mujeres estaban tan asustadas que había tomado tiempo incluso conseguir que ellas comparecieran ante las autoridades civiles ya que, con el fin de llegar a la oficina de éstas, tenían que cruzar varios puestos militares. Con respecto al examen ginecológico, las tres habían sido examinadas por una doctora y a había sido necesario darles apoyo psicológico para que pudieran soportar el procedimiento (*Ibidem*, párrafo 12 e Informe 53/01, nota 92, párrafos 33 – 37).

encuentran expresamente prohibidas en conformidad con el derecho internacional, reiterando que la violación es una forma de tortura bajo ciertas circunstancias⁹⁵. Sobre la base de los testimonios de las tres hermanas, un certificado médico no objetado señalando que la violación había efectivamente ocurrido, y otra evidencia que no se explicitó, la Comisión encontró que, aparte de las infracciones a las disposiciones del artículo 7 (derecho a la libertad personal), los artículos 5 (derecho a la integridad personal) y 11 (protección de la honra y de la dignidad) de la Convención habían sido infringidos⁹⁶.

La Comisión realizó un buen trabajo en este caso, a pesar de que es lamentable que no haya profundizado en el hecho de que los procedimientos a nivel local habían sido realizados por un cuerpo militar que carecía de independencia y probablemente también de imparcialidad, infringiendo de esta forma también el artículo 8 de la Convención.

No es posible verificar si muchos otros casos con relación a este tema han sido enviados a la Comisión, dado que la primera oportunidad en que los casos son publicados es en la etapa de la admisibilidad. Para los fines del análisis de la extensión y el alcance del derecho a no ser torturado o a no ser tratado de una forma cruel, inhumana o degradante, estos casos han sido suficientes para que la Comisión haga un trabajo acabado. Sin embargo, puede ser que sean necesarios muchos casos más, y contra muchos más Estados, antes de que las autoridades tomen la prohibición contenida en el artículo 5 seriamente. Es el trabajo de las mujeres proporcionarlos.

Salud reproductiva. El progreso logrado en esta materia merece especial atención. No debería olvidarse que la Convención opera en un continente donde la iglesia católica prevalece, y que la Iglesia ha hecho no únicamente del aborto sino también, a menudo, de toda forma de planificación familiar, un tema importante dentro de sus actividades en el ámbito de los derechos humanos internacionales⁹⁷. Este es un continente en el cual muchas formas de aborto constituyen actos criminales⁹⁸, y donde hay leyes que impiden que las mujeres empleen ciertas formas de control de natalidad, tales como la esterilización, sin el consentimiento del marido y sin dar cumplimiento a variados requisitos (una cierta edad, por ejemplo, o una cierta cantidad de hijos). Además, la actitud de los Estados en los países latinoamericanos es a menudo la de desechar la participación de la mujer en las decisiones relativas al control de la natalidad. Es entonces importante que la Comisión adopte una posición progresista en la defensa del derecho de la mujer a decidir cuántos hijos desea tener y cuánto tiempo esperar entre cada hijo.

La Comisión incluyó la noción de los derechos reproductivos ya en 1994, cuando preparó el cuestionario que fue enviado a los Estados para recoger información acerca de la situación de la mujer: a) bajo el título “Derecho a la vida”, el cuestionario incluyó una solicitud de información con respecto a: la tasa de mortalidad y morbilidad femenina y

⁹⁵ El Informe también cita, en este respecto, las palabras de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Tortura (Informe 53/01, párrafos 45 y 48).

⁹⁶ *Ibidem*, párrafos 27 y 54.

⁹⁷ Recuérdese, por ejemplo, la posición del Vaticano en la discusión sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y su fuerte oposición a la inclusión del embarazo forzado como un crimen en el Estatuto.

⁹⁸ Un caso extremo es Chile, donde incluso el aborto para salvar la vida de la madre, permitido desde 1935 en el Código Sanitario, ha sido prohibido desde la década de los años 80.

mortalidad maternal, y las principales causas para estas cifras; número promedio de nacidos vivos por mujer; y porcentaje de mujeres que reciben atención prenatal; b) bajo el título “Derecho a la integridad personal” se hicieron preguntas relativas al consentimiento informado de las mujeres en los tratamientos médicos; la esterilización obligatoria; la permisibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo bajo ciertas circunstancias; los obstáculos legales y culturales para que las mujeres tengan acceso a atención de salud, incluyendo la planificación familiar; los métodos anticonceptivos más comunes; y las campañas educativas con relación a VIH/SIDA⁹⁹.

Las ideas contenidas en este cuestionario fueron desarrolladas en el Informe sobre Colombia del año 1999, en el Informe sobre Paraguay del año 2001 y en el Informe sobre Panamá del año 2001. A menudo, según se ha explicado anteriormente, se trazó un vínculo entre la violencia y la violación de los derechos reproductivos.

Nuevamente la pregunta a ser formulada es si las mujeres se han motivado para someter ante la Comisión demandas individuales en esta área. Pareciera haber sólo un caso en esta materia, el caso de María Mamérita Mestanza Chávez contra Perú en relación a la pérdida de vida como consecuencia de una esterilización forzada, la que se encuentra en la etapa de haber sido declarada admisible¹⁰⁰. La víctima, la señora Mestanza, fue, según la demanda, objeto de acoso por parte de un centro de salud pública en un esfuerzo por esterilizarla, aparentemente como parte de una campaña de esterilización de mujeres pobres, indígenas y rurales llevada a cabo en Perú. En consecuencia, este fue uno más de un número importante de casos. La demanda señala que finalmente se obtuvo el consentimiento de parte de la víctima a través de la coerción y ella fue sometida a cirugía para realizarse una ligadura de trompas. Los procedimientos quirúrgicos fueron realizados sin ningún examen médico previo y como consecuencia de ello, y de la falta de cuidados posteriores a la cirugía, la señora Mestanza falleció¹⁰¹. El marido de la víctima presentó una demanda y el Fiscal Provincial presentó cargos criminales: el juez desestimó la solicitud señalando que no había fundamentos para la apertura de una investigación¹⁰². El Estado admitió que había habido una asesoría inadecuada e informó a la Comisión que los directores del centro de salud y los coordinadores de los Programas de Salud Reproductiva habían sido encontrados “administrativamente responsables”, que se había iniciado una investigación criminal, la que se había sido suspendida en conformidad con una resolución de la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia. Había entonces “*res judicata*” con respecto a la decisión de no abrir una investigación criminal. El Estado explicó, además, que la acción iniciada por el señor Salazar había sido dirigida a definir la responsabilidad por actos de negligencia médica y no a efectuar una determinación con respecto a la “esterilización forzada”; por lo tanto, los recursos domésticos no habían sido agotados en ese respecto y la petición debería ser considerada inadmisibile¹⁰³. La Comisión resolvió que, dado que el señor Salazar había presentado una demanda ante el Fiscal en relación con la muerte de la víctima por crímenes contra su vida,

⁹⁹ El cuestionario puede ser encontrado en el Informe de la CIDH sobre la Condición de la Mujer en las Américas, nota 29.

¹⁰⁰ Informe 66/00, nota 52. A pesar que ésta es sólo una decisión con respecto a admisibilidad, pensé que valía la pena mencionarla debido a la importancia de la materia.

¹⁰¹ *Ibidem*, párrafos 3 – 6.

¹⁰² *Ibidem*, párrafo 7.

¹⁰³ *Ibidem*, párrafos 9 y 10.

cuerpo y salud, y dado que su demanda había sido rechazada de manera definitiva, los recursos domésticos sí habían sido agotados y la comunicación era por lo tanto admisible.

La decisión de este caso¹⁰⁴ dará a la Comisión la oportunidad de efectuar un análisis en detalle con respecto a la esterilización forzada en Perú que ha afectado a muchas mujeres, dado que ésta fue una política de gobierno masiva, obligatoria y sistemática¹⁰⁵.

Existe una necesidad urgente de contar con más casos relativos a la salud y derechos reproductivos. Este es un tema clave en la lucha de las mujeres por la igualdad y la independencia.

5. Conclusiones

La difícil situación en la que se encuentran las mujeres en las Américas ha mejorado en los últimos años; de la absoluta invisibilidad, las mujeres han llegado a ser vistas y escuchadas, y algunas veces sus agravios han sido reparados. Sin embargo, la situación sigue sin ser satisfactoria. La duración de esta dificultad constituye la evidencia de lo que se expresó anteriormente con relación a cuán difícil es promover los derechos humanos de grupos en desventaja, y cuán esencial es dilucidar cómo operar para alcanzar el fin deseado.

Dos conclusiones que he expuesto en un trabajo anterior deberían ser repetidas aquí. La primera es que es muy necesario que la Comisión envíe los casos de cualquier forma de discriminación de género a la Corte; de otra forma las mujeres se verán privadas de un importante instrumento para la promoción de su causa. La segunda es que ha llegado el momento de que las mujeres apuren el proceso a través de la presentación de demandas individuales basadas en violaciones específicas de modo que una masa crítica de decisiones logre el resultado. La necesidad de reiteración muestra que no se ha alcanzado mucho progreso en estos cuatro años y apunta hacia la importancia de algo que fue señalado anteriormente: el trabajo de los Estados, entidades internacionales y organizaciones privadas en la siempre importante pero difícil tarea de dar poder a las mujeres en todo sentido de la palabra es un trabajo prioritario. A menos que esto sea realizado cabalmente, los derechos humanos de la mujer permanecerán retrasados por un largo tiempo más.

En esta etapa, se puede decir con justicia que los temas de la mujer se encuentran en la agenda y que la universalidad ha sido de inmensa importancia en la aceleración del proceso de promover sus derechos humanos. El papel jugado por los órganos supervisores internacionales, y en este continente por la CIDH, ha sido fundamental. La Comisión no sólo ha comenzado a enfrentar el tema de los derechos humanos de la mujer en una sección sobre la

¹⁰⁴ Con posterioridad a la preparación de este artículo, el caso terminó por una solución amistosa, que fue precedida por el reconocimiento por Perú de su responsabilidad internacional (Ver Informe N° 71/03 de 10 de octubre de 2003) (Nota de autora).

¹⁰⁵ CLADEM, una organización no gubernamental regional de mujeres, ha documentado 243 casos de violaciones a los derechos humanos en el programa anticonceptivo quirúrgico llevado a cabo en Perú. Véase Informe sobre admisibilidad, párrafo 3.

mujer, sino que también ha intentado integrar la perspectiva de género en todas las áreas¹⁰⁶. Este esfuerzo debería ser incrementado. Cuando llegue el momento en que no haya una sección sobre la mujer en un informe sobre la situación general de los derechos humanos en un país, sino que las violaciones a los derechos humanos de la mujer sean integradas a través de las secciones de los variados derechos humanos que están siendo examinados, entonces será propio decir que la transversalización de la perspectiva de género se ha completado.

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, el Informe sobre Guatemala 2001, nota 35, Capítulos XI sobre pueblos indígenas y XIV sobre personas desplazadas debido al conflicto armado. Yo no he tratado este tema en este trabajo debido a las limitaciones de espacio.

El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*

Anne F. Bayefsky**

Introducción

- (1) Dimensiones Estructurales
 - (a) Autónoma o Subordinada
 - (b) Abierta o Restringida
- (2) Intención Discriminatoria
- (3) Fijación del Límite entre Distinciones Justificadas e Injustificadas
 - (a) Trato Idéntico
 - (b) Legitimidad de Fines y Proporcionalidad entre Medios y Fines
 - (c) Categorías Sospechosas Internacionales
- (4) Acción Afirmativa
 - (a) "Medidas Especiales de Protección"
 - (i) Relación entre no discriminación y "medidas especiales de protección"
 - (ii) ¿Qué es una "medida especial" coherente con la no discriminación?
 - (b) ¿Son Obligatorias las "Medidas Especiales" o las Acciones Positivas del Estado?
 - (i) Medidas especiales
 - (ii) Acción positiva del estado

Conclusiones

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de *Human Rights Law Journal*, N.P. Engel Verlag.

** La Profesora Anne F. Bayefsky, Facultad de Derecho, Sección Derecho Común, Universidad de Ottawa, reconoce con gratitud la asistencia brindada por el Consejo de Investigación de Ciencias Sociales y Humanidades de Canadá en la preparación de esta ponencia.

INTRODUCCIÓN

La igualdad o no discriminación¹ es una de las normas declaradas con mayor frecuencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La proliferación de variaciones de las normas de igualdad, comenzando con la Declaración Universal de Derechos Humanos², siguió el Holocausto y el asesinato de seis millones de judíos, incluyendo un millón de niños. En los últimos 45 años, organismos internacionales se han abocado, en forma continua, al desarrollo y la promulgación del derecho de igualdad. Esto ha ocurrido en diversos contextos: en relación con derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; en empleo, remuneraciones y educación; y en tortura, raza, sexo e infancia. Actualmente, también se está considerando en diversos contextos adicionales, incluyendo la religión, los enfermos mentales, las poblaciones indígenas y el derecho de salida y retorno.

Aunque la igualdad o no discriminación es un tema dominante y recurrente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la norma no está contemplada en la totalidad de las diversas fuentes del derecho internacional de manera única y unificada. No obstante, el tema del derecho internacional y la norma de igualdad o no discriminación se pueden abordar en términos de los problemas que plantea su definición, para los cuales el material jurídico

1 En mi opinión, la igualdad y la no discriminación representan la declaración positiva y negativa de un mismo principio. (Respecto de opiniones similares, véase: J.F.S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights* (1969), pág. 239; B.G. Ramcharan, Louis Henkin, editores, *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (1981), pág. 252; Warwick A., McKean, *Equality and Discrimination under International Law* (1983), pág. 288; Y. Dinstein, “Discrimination and International Human Rights”, 15 *Israel Yearbook of Human Rights* (1985) II, pág. 11.

Sólo cuatro tratados sobre derechos humanos contienen definiciones de “discriminación” (véase *infra*). Estas definiciones tienden a usar “igualdad”, o al menos “igualdad de trato”, como término intercambiable con “no discriminación”. Los dos Convenios de la OIT definen la discriminación en términos de igualdad y viceversa. La Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer definen la discriminación en términos de tener una misma base con respecto al goce de derechos y libertades.

Además, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Igualdad de Remuneración (No. 100) 165 UNTS 303 (1953) define igualdad de remuneraciones en el artículo 1(b) como: “La expresión ‘igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor’ designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”.

Este uso de los términos discriminación e igualdad de trato en el derecho internacional está avalado por la interpretación por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1955) 213 UNTS 222. El artículo 14 establece que los derechos y libertades contemplados en la Convención han de ser asegurados “sin distinción alguna”, sin embargo, se ha definido como que la “igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable”. (Caso “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” (Fondo), 23 de julio de 1968, Volumen 6, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 10.)

Véase también “Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica” [Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización], Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 19 de enero de 1984. La opinión separada del Juez R.E. Piza Escalante, 5 *Human Rights Law Journal*, 161, pág. 183 (1981) (párrafo 10) señala: “...parece claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad...”

2 Res. A.G. 217 A(III), Doc. ONU A/810 en 71 (10 de diciembre de 1948).

internacional ofrece soluciones útiles. Si bien estos elementos definitorios legítimamente no se pueden exhibir juntos como el significado único de todas las disposiciones de igualdad en el derecho internacional y ni siquiera como un significado derivado de una única fuente internacional, los elementos en sí constituyen temas consistentes en la jurisprudencia internacional existente.

En cuanto a una definición de igualdad, el derecho internacional se ha centrado especialmente en cuatro áreas de importancia: (1) los métodos estructurales para prohibir la discriminación o proteger la igualdad; (2) el asunto de si la intención discriminatoria es un elemento necesario de la discriminación; (3) la fijación de un límite entre distinciones justificadas e injustificadas; y (4) la coherencia entre las medidas especiales de protección y la no discriminación. Analizaré cada una de estas áreas por turno.

(1) Dimensiones Estructurales

Un derecho de igualdad o disposición de no discriminación tiene dos dimensiones estructurales que afectarán sus capacidades sustantivas.

(a) Autónoma o Subordinada

La primera se refiere a si la disposición es autónoma o subordinada. El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³, por ejemplo, es claramente una norma de igualdad autónoma o autosustentada. En parte establece que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de...”

La igualdad ante la ley y la igual protección de la ley están garantizadas en sí mismas y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido en el Pacto.

Esta interpretación del artículo 26 se confirma en un Comentario General que el Comité de Derechos Humanos ha emitido respecto de la no discriminación. En él se establece que:

“...el artículo 26... establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por

³ Res. A.G. 220(XXI), 21 ONU, GAOR, Supp. (Nº 16) 52. Doc. ONU A 63(6) (1966). El artículo 26 establece: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto”⁴.

Este resultado también ha sido aplicado en comunicaciones individuales como *Broeks vs. los Países Bajos*⁵. En el caso mencionado, el Comité constató una violación al artículo 26 porque a las mujeres se les negaban beneficios de seguridad social en condiciones de igualdad con los hombres, no obstante el hecho de que el Pacto no exige a ningún Estado promulgar legislación para ofrecer seguridad social⁶.

Por otra parte, el artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷, el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸, el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁹ y el artículo 2(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰ constituyen normas de igualdad subordinadas: prohíben la discriminación únicamente en el contexto de los derechos y libertades contemplados en otros artículos de los respectivos instrumentos. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sugiere que una cláusula subordinada de no discriminación debe interpretarse de la siguiente manera: debe leerse en conjunto con cada uno de los derechos y libertades reconocidos en la Convención como si formase parte integral de todos y cada uno de los artículos que establecen derechos y libertades¹¹. Por lo tanto, a pesar de que la cláusula subordinada no tiene existencia independiente, complementa las demás disposiciones normativas. Una medida que

⁴ CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 1. Aprobado por el Comité de Derechos Humanos en virtud del artículo 40(4) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la reunión del 21 de noviembre de 1989. Aparecerá en el Informe Anual A45/40 de próxima publicación. El Comité está autorizado para formular Comentarios Generales por el artículo 40(4) del Pacto y así lo ha hecho desde 1981.

⁵ Comunicación N° 172/1984. A42/40 (1987), pág. 160.

⁶ *Ibid.*, párrafos 12.4, 15.

⁷ El artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *supra*, nota al pie N° 3, establece:

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

⁸ El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, *supra*, nota al pie N° 1, establece:

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

⁹ El artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, *supra*, nota al pie N° 1, establece:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación”.

¹⁰ El artículo 2(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño (A/Res/44/25), adoptada el 20 de noviembre de 1989, establece:

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

¹¹ Caso “Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Language in Education in Belgium” (Fondo), *supra*, nota al pie N° 1.

en sí guarda conformidad con las exigencias de una disposición que consagre un derecho o libertad dado, pero que por su naturaleza sea discriminatoria, violará las dos disposiciones consideradas en su conjunto¹².

(b) Abierta o Restringida

La segunda dimensión estructural de una norma de igualdad o no discriminación que afectará su alcance se refiere a si la norma es abierta o restringida. En la Carta de Naciones Unidas¹³, por ejemplo, los derechos humanos y libertades fundamentales deben respetarse sin distinción en cuanto a un número limitado de motivos establecidos: raza, sexo, idioma y religión¹⁴. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵, los derechos enunciados se ejercerán sin discriminación en lo que se refiere a una lista, también fija pero bastante más amplia, de motivos establecidos. En instrumentos internacionales más recientes, tales como la Convención de los Derechos del Niño, las listas establecidas de motivos se han ampliado aún más¹⁶. Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁷ y la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁸ prohíben la discriminación sobre la base de un número de motivos claramente abierto o indefinido. La Declaración Universal emplea las palabras “sin distinción alguna...”¹⁹. La Convención Europea establece: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, *tales como...*”²⁰. Las versiones francesas de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos emplean “notamment” en lugar de “tales como”.

Una disposición de igualdad o no discriminación que es abierta o indeterminada en cuanto a los posibles motivos de la discriminación que afectará el derecho conlleva un resultado interpretativo particularmente significativo. Determinar si una distinción dada viola el principio de no discriminación *jamás* implicará determinar si dicha distinción está cubierta o no por la disposición no discriminatoria. Cada distinción, de cualquier tipo, invocará el principio de igualdad o no discriminación. Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos ha sido considerado por la Comisión Europea de Derechos

¹² *Marckx vs. Bélgica*, 13 de junio de 1978, Volumen 31, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 32; *Inze vs. Austria*, 28 de octubre de 1987, Volumen 126, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 36. “...el artículo 14 complementa las otras disposiciones sustantivas de la Convención y de sus Protocolos. No tiene existencia independiente, puesto que tiene efecto exclusivamente en relación con los ‘derechos y libertades’ resguardados por tales disposiciones. Si bien la aplicación del Art. 14 no presupone una violación de una o más de tales disposiciones - y en esa medida es autónomo - no hay cabida para su aplicación salvo que los hechos de la causa caigan dentro del ámbito de uno o más de éstos últimos.” [traducción libre]

¹³ 59 Stat. 1031, T.S., N° 993.

¹⁴ *Ibid.*, artículos 1(3), 13(1)(b), 55(c) y 76(c).

¹⁵ Artículo 2(2); Res. A.G. 220(XXI), 21 GAOR. sup. (N° 16) 49, Doc. ONU A6316 (16 de diciembre de 1966). El artículo 2(2) establece:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

¹⁶ El artículo 2(1) incluye, por ejemplo, el origen étnico y la discapacidad. *Supra*, nota al pie N° 10.

¹⁷ Artículo 2, *supra*, nota al pie N° 2.

¹⁸ Artículo 14, *supra*, nota al pie N° 9.

¹⁹ Artículo 2, *supra*, nota al pie N° 8.

²⁰ Artículo 14, *supra*, nota al pie N° 9. Cursiva agregada para dar énfasis.

Humanos en el contexto de las siguientes distinciones, ninguna de las cuales está expresamente contemplada en el artículo 14: la profesión legal y otras profesiones; personal militar, con y sin grado; madres solteras y casadas; miembros de sindicatos en huelga y no en huelga; personas que desarrollan actividades laborales independientes y trabajadores asalariados; súbditos británicos que residen en el exterior y súbditos británicos que residen en el exterior en el desempeño de funciones diplomáticas; y condenados encarcelados y condenados que gozan de libertad. En el caso de *Rasmussen vs. Dinamarca*²¹, la Corte Europea de Derechos Humanos estimó que ni siquiera era necesario individualizar el motivo específico de la distinción involucrada. En las palabras de la propia Corte:

“... en consecuencia, para los efectos del artículo 14, la Corte estima que entre el Sr. Rasmussen y su ex-mujer hubo diferencia de trato en lo que respecta a la posibilidad de instituir un procedimiento para impugnar la paternidad del primero. No hay necesidad de establecer el motivo en el que se basó esta diferencia, puesto que la lista de motivos contemplada en el artículo 14 no es exhaustiva”²².

Si se hace una distinción de cualquier tipo, el derecho se ve comprometido y la cuestión de si éste ha sido o no violado excluye materias tales como si “sexo” incluye orientación sexual o embarazo, o si “origen nacional” incluye nacionalidad o ciudadanía.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26, también emplea el lenguaje: “En este sentido, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de.... nacimiento o cualquier otra condición social”²³. Esto sugiere que el Pacto debe interpretarse de manera similar a la Convención Europea. En efecto, se ha presentado una comunicación individual ante el Comité de Derechos Humanos que apoya esta conclusión. En *Blom vs. Suecia*²⁴, el Comité estableció que era admisible una comunicación en la cual se había hecho una distinción entre asistencia y subsidio estatal a escuelas públicas en contraposición a escuelas privadas. Aunque el Comité concluyó que no se había probado la existencia de una violación al artículo 26, su conclusión no se fundamentó en la inaplicabilidad del artículo 26 a los hechos del caso, a pesar de que este motivo de distinción no se encuentra enumerado en el artículo 26 ni tampoco puede clasificarse dentro del sentido obvio de “otra condición social”.

No obstante, otras comunicaciones individuales sugieren que el Comité no pretende interpretar el Pacto en el mismo sentido que la Corte y Comisión Europea interpretan el lenguaje similar de la Convención Europea. En el caso *Gueye vs. Francia*²⁵ se hizo una distinción entre soldados en retiro de nacionalidad senegalesa y soldados en retiro de nacionalidad francesa. El Comité estableció la existencia de una violación al artículo 26 y señaló al respecto:

“...la nacionalidad propiamente dicha no figura entre los motivos de discriminación prohibidos que se enumeran en el artículo 26... De conformidad

²¹ 28 de noviembre de 1981. Vol. 87, Serie A. Corte Europea de Derechos Humanos (1985).

²² *Ibid*, párrafo 34 [traducción libre].

²³ *Supra*, nota al pie N° 3.

²⁴ Comunicación N° 191/1985. A/43/40. (1988), pág. 211.

²⁵ Comunicación N° 196/1985. A/44/40. (1989), pág. 189.

con el artículo 26 se prohibirá la discriminación, respecto de la igualdad ante la ley, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En cuanto a la nacionalidad adquirida mediante la independencia, a juicio del Comité entra en el ámbito de la expresión “cualquier otra condición social” que figura en la segunda oración del artículo 26²⁶.

El esfuerzo del Comité por hacer calzar el motivo de la distinción mencionada dentro del término “otra condición social” sugiere que habrá una limitación a los motivos cubiertos por el artículo 26.

Igualmente, en *B. vs. los Países Bajos*,²⁷ una agencia administrativa del Estado hizo una distinción entre un grupo de fisioterapeutas que había sido directamente notificado de la falta de ciertas obligaciones de seguros y otro grupo que no había sido notificado directamente. El Comité estableció que el caso era inadmisibles y al hacerlo señaló:

“...[e]l Comité también recuerda que el artículo 26 en su segunda oración establece “... otra condición social”. El Comité advierte que los autores no han aducido que su trato diferente se atribuya al hecho de pertenecer a alguna categoría específica e identificable que les significara encontrarse expuestos a un trato discriminatorio a causa de alguno de los motivos enumerados u “otra condición social” establecido en el artículo 26...”²⁸.

En otras palabras, el Comité está aparentemente sugiriendo que no obstante el lenguaje del artículo 26, que prohíbe la discriminación por “cualquier motivo”, ellos restringen el alcance de dicho artículo a casos que involucran los motivos explícitamente enumerados en el mismo o de los que puede decirse que caen dentro del sentido de “otra condición social”, no estando todavía definido el alcance de este último término.

Si, de hecho, el Comité de Derechos Humanos impone una limitación de esta naturaleza al alcance del artículo 26, ello constituiría un resultado extremadamente desafortunado. El Comité está obviamente preocupado de que una disposición no discriminatoria - que se reconoce no estar limitada a los derechos resguardados en el Pacto²⁹ - desencadene una avalancha de comunicaciones individuales. Sin embargo, las Normas de Procedimiento del Comité que se aplican a la consideración de comunicaciones individuales, contienen una disposición que permite al Comité declarar inadmisibles un caso que adolece de “falta de substanciación”³⁰. El uso adecuado de esta disposición permitiría al Comité controlar la calidad de las comunicaciones a ser examinados en el fondo, sin recurrir a una interpretación distorsionada del texto del Pacto ni a una distinción arbitraria entre los motivos explicitados y otros motivos o una definición artificial de “otra condición social”. Esto también respetaría en mayor medida el espíritu de los *travaux préparatoires* del Pacto, en los cuales los intentos de agregar nuevos motivos a la lista existente contaron con oposición

²⁶ *Ibid*, párrafo 9.4.

²⁷ Comunicación N° 273/1989. A/44/40 (1989), pág. 286.

²⁸ *Ibid.*, párrafo 6.7 [traducción libre].

²⁹ Véase Comentario General, *supra*, nota al pie N° 4, párrafo 12.

³⁰ Regla 90(b), A/44/40 (1989), pág. 180.

basada en que tales motivos estaban cubiertos tanto por la expresión “cualquier discriminación” como por “otra condición social”³¹.

(2) Intención Discriminatoria

El material jurídico internacional sugiere que una intención discriminatoria no es un elemento necesario ni de la discriminación ni de una negación de la igualdad.

En los “Casos de África Suroccidental (Segunda Fase)”, 1966³², la mayoría de los integrantes de la Corte Internacional de Justicia omitió considerar el fondo del argumento de que Sudáfrica había violado sus obligaciones internacionales; sin embargo, en su opinión disidente, el Juez Tanaka abordó las cuestiones sustantivas planteadas por las partes. Sudáfrica argumentó que la política del apartheid era necesaria con el fin de promover el bienestar y progreso social de los habitantes del Territorio y presentó un sinnúmero de testigos y peritos para sustentar su argumentación. El Juez Tanaka, al enunciar lo que en su opinión era una norma internacional consuetudinaria de no discriminación por motivos de raza³³, consideró que el trato diferente se permite cuando es justo o razonable y que la justicia o razonabilidad excluyen la arbitrariedad. “La arbitrariedad prohibida se refiere al hecho simplemente objetivo y no a la condición subjetiva de los involucrados. En consecuencia, la arbitrariedad puede establecerse independientemente ...del motivo o finalidad”³⁴. Y concluyó: “Por lo tanto, la práctica del apartheid es fundamentalmente carente de razón e injusta. La no razonabilidad y la injusticia no dependen de la intención o motivo del Mandato, a saber su *mala fides*”³⁵.

Existen sólo cuatro tratados de derechos humanos que contienen definiciones explícitas de discriminación. Específicamente, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece:

“En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”³⁶.

³¹ Bossuyt M.J. “Guide to the ‘Travaux Préparatoires’ of the International Covenant on Civil and Political Rights” Martinus Nijhoff, c. 1987, pág. 486: “Se consideró que las propuestas para agregar “asociación con grupos minoritarios”, “opinión económica o de otra índole” y “logro educacional” a la enumeración eran innecesarias por cuanto se estimaba que dichos motivos estaban adecuadamente cubiertos en las expresiones “cualquier discriminación” y “otra condición social” [E/CN 4/SR 172 §55 y §57 (DK): E/CN 4/SR. 173, § 4 (CSW) § 18)]” [traducción libre].

³² “Casos de África Suroccidental, Segunda Fase”, Informes de la CIJ, 18 de julio de 1966.

³³ *Ibid.*, pág. 293.

³⁴ *Supra.*, nota al pie N° 32, pág. 306 [traducción libre].

³⁵ *Supra.*, nota al pie N° 32, pág. 314 [traducción libre].

³⁶ Artículo 1, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1969), 660 UNTS 195.

De manera similar, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece:

“A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”³⁷.

El Convenio de la OIT relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (Nº 111) establece:

“A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”³⁸.

La Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960) establece:

“A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial...”³⁹.

Tres de estas definiciones establecen la discriminación con referencia a la finalidad o bien al efecto: el Convenio de la OIT⁴⁰ se centra únicamente en los efectos. En consecuencia, aquí la finalidad o intención discriminatoria claramente no constituye un requisito para la discriminación.

Adicionalmente, el Comité de Derechos Humanos, en su Comentario General sobre la no discriminación, ha adoptado las definiciones de discriminación contempladas en las Convenciones contra la Discriminación Racial y referente a la Mujer. En las palabras del Comité:

“Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término “discriminación” tal como se emplea en el

³⁷ Artículo 1, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, AGNU Res. 34/180 ORAG Sesión XXXIV, Sup. 46, pág. 193, 191 IIM 33.

³⁸ Artículo 1(a), 362 UNTS 31.

³⁹ Artículo 1, (1962) 429 UNTS 93.

⁴⁰ *Supra*, nota al pie N° 38.

Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”⁴¹.

No obstante, debe señalarse que, cuando se ha tratado la aplicación de la idea de considerar los efectos o resultados discriminatorios, el Comité aparentemente ha echado pie atrás. En *P.P.C. vs. los Países Bajos*⁴², el Comité señaló: “... el alcance del artículo 26 no abarca diferencias de resultados en la aplicación de normas comunes a la asignación de beneficios”⁴³. En otras palabras, el Comité determinó que la comunicación era inadmisibile debido a que el artículo 26 no cubría las circunstancias en que nominalmente la ley se aplicaba de manera uniforme a todas las personas involucradas. O la neutralidad nominal aislaba a la legislación del ámbito del artículo 26, independientemente de su efecto discriminatorio. En el caso de *Vos vs. los Países Bajos*⁴⁴, el Comité señaló: “...las diferencias que pueden resultar de la aplicación uniforme de la legislación no constituyen por sí mismas discriminación prohibida”⁴⁵. Esta última apreciación es difícil de entender, puesto que ninguna diferencia es discriminatoria *per se*. Ambos casos sugieren que las leyes que nominalmente son neutrales no pueden impugnarse a pesar de tener efectos discriminatorios. Esta conclusión haría que el artículo 26 se volviera impotente en el contexto de muchas formas modernas de discriminación. Si bien no surge necesariamente de una intención intolerante, la discriminación puede adoptar la forma de exigir que se les dé el mismo trato a personas con distintas necesidades y características. Un ejemplo sería la estatura y peso mínimos que se exige a aspirantes a oficiales de policía, lo que en la práctica resulta en la exclusión de mujeres y miembros de ciertas minorías étnicas y raciales. En términos más generales, podría pensarse que los dos casos sugieren que un trato idéntico hacia personas desiguales no constituye discriminación, pero esto estaría en abierta contradicción con otras opiniones formuladas por el Comité que rechazan tal argumento. Alternativamente, la posición del Comité podría interpretarse como un intento de introducir aquí una suerte de noción de responsabilidad extracontractual de previsibilidad en la cual algunos resultados no serían considerados como verdaderas consecuencias de las normas discriminatorias o de su aplicación. De ser así, no habría inconsistencia entre estas opiniones y la definición aceptada en el Comentario General, que supone que la intención o finalidad discriminatoria no es un elemento necesario de la discriminación.

⁴¹ *Supra*, nota al pie N° 4.

⁴² Comunicación N. 212/1986 (1988) A/43/40, pág. 244.

⁴³ *Ibid.*, párrafo 6.2. [traducción libre].

⁴⁴ Comunicación N° 218/1986, (1989) A/44/40, pág. 232.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 11.3.

(3) Fijación del Límite entre Distinciones Justificadas e Injustificadas

(a) *Trato Idéntico*

El derecho internacional propone sugerencias en cuanto a la forma de fijar un límite entre distinciones justificadas e injustificadas. El punto de partida, fijado por la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, es que no toda diferencia de trato es discriminatoria y que un trato igualitario no implica el otorgamiento de trato idéntico⁴⁶. En las palabras del Comentario General sobre no discriminación del Comité de Derechos Humanos: “[e]l goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia”⁴⁷. En otras palabras, el hecho de no tomar en cuenta diferencias pertinentes o bien el otorgamiento de un trato idéntico a personas desiguales es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente. Como dijo Aristóteles, hay motivo de reclamo “...cuando a los iguales se les otorgan o poseen partes desiguales o a los desiguales partes iguales”⁴⁸.

(b) *Legitimidad de Fines y Proporcionalidad entre Medios y Fines*

Más específicamente, al interpretar el artículo 14 de la Convención Europea, la Corte Europea y la Comisión de Derechos Humanos han formulado criterios para diferenciar distinciones justificadas e injustificadas. Dicho artículo establece que:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

La Corte interpretó el artículo 14 en el caso *Lingüística Belga*, resuelto en 1968, y ha repetido esas conclusiones en muchos otros casos⁴⁹. La Corte sostuvo que:

“el principio de igualdad de trato se viola [o en las palabras del caso *Marckx* “una distinción es discriminatoria”] cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención no sólo debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 se infringe igualmente

⁴⁶ *Lingüística Belga*, supra, nota al pie N° 1, párrafo 10. “...El artículo 14 no prohíbe todas las diferencias de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos... Las autoridades nacionales competentes se ven con frecuencia enfrentadas a situaciones y problemas que, debido a diferencias inherentes a ellas, exigen distintas soluciones jurídicas; además, ciertas desigualdades legales tienden solamente a corregir desigualdades de hecho” (pág. 34, Serie A).

⁴⁷ *Supra*, nota al pie, párrafo 8.

⁴⁸ *Ethica Nicomachea [Ética a Nicómaco]*, trad. de W.D. Ross, OUP, c. 1925, Libro V, 3, 1131a. [traducción libre].

⁴⁹ Por ejemplo, el caso *Marckx vs. Bélgica*, supra, nota al pie N° 12.

cuando se establece claramente que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr⁵⁰.

Esta definición contiene dos requisitos claves. Una distinción no discriminatoria debe: (a) tener una justificación objetiva y razonable; esto es, debe perseguir una finalidad legítima; y (b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla.

En casos posteriores se han agregado refinamientos al criterio anterior. En el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*⁵¹, la Corte se enfrentó al argumento de que un derecho de no discriminación no se aplicaba a las actividades que la Convención no obligaba a un gobierno realizar. La Corte dictaminó que:

“El concepto de discriminación conforme al sentido del artículo 14 incluye, en general, los casos en que una persona o grupo es tratado, sin la debida justificación, de manera menos favorable que otro, aun cuando el trato más favorable no sea exigido por la Convención⁵²”.

(Esta opinión es consistente con el hecho de que el artículo 14 no constituye un derecho autónomo siempre que el trato caiga dentro del alcance de un derecho o libertad reconocido en la Convención).

En *Lithgow y otros vs. Reino Unido*⁵³, la Corte señaló que el artículo 14 “salvaguarda a personas (incluidas personas jurídicas) que “se encuentran en situaciones análogas” de diferencias discriminatorias de trato...⁵⁴ En otras palabras, la discriminación implica otorgar un trato distinto a aquellos cuyas circunstancias son análogas en todos los demás sentidos. Según Aristóteles “la justicia estima que a las personas que son iguales se les deben otorgar las mismas cosas⁵⁵”. Por cierto, identificar a aquellos a quien debidamente se les considere que se encuentran en situaciones análogas será una tarea crítica y substancial al momento de aplicar la norma.

Si bien este concepto es indiscutible en teoría, en la práctica la Corte no parece entenderlo del todo. En *Rasmussen vs. Dinamarca*⁵⁶, la Corte determinó en primer lugar que las dos personas, marido y mujer en este caso, “se encontraban en situaciones análogas⁵⁷” y luego prosiguió a considerar si se justificaba el trato distinto que cada uno de ellos había recibido. Lo sustancial del principio es que las personas que genuinamente se encuentran en situaciones análogas no deben ser tratadas de manera distinta. Posteriormente, en *Johnston y*

⁵⁰ *Supra*, nota al pie N° 1, párrafo 10 [traducción libre].

⁵¹ 28 de mayo de 1985. Volumen 94, Serie A. Corte Europea de Derechos Humanos.

⁵² *Ibid.*, párrafo 82 [traducción libre].

⁵³ 8 de julio de 1986. Volumen 102, Serie A. Corte Europea de Derechos Humanos.

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 177 [traducción libre].

⁵⁵ *La Política de Aristóteles* trad. E. Barker, circa 1946, OUP, Libro III, xii, 1282b [traducción libre]. Para decirlo de otra manera, el principio de igualdad exige que las personas que son iguales sean tratadas de igual forma o, nuevamente, que dos personas sean tratadas con igualdad si en otros aspectos pertinentes son iguales.

⁵⁶ *Supra*, nota al pie N° 21.

⁵⁷ *Supra*, nota al pie N° 21, párrafo 37 [traducción libre].

*otros vs. Irlanda*⁵⁸, la Corte lamentablemente aplicó el requisito de situación análoga de manera circular. Empleó la mismísima diferencia de trato contra la que se reclamaba para concluir que las dos situaciones no eran análogas. El caso decía relación con el reconocimiento en Irlanda de algunos divorcios solamente, específicamente aquellos obtenidos en el extranjero por irlandeses que en ese momento se encontraban domiciliados fuera del país. Los demandantes reclamaron discriminación por situación económica, puesto que los residentes irlandeses que contaban con los medios económicos necesarios podían obtener un divorcio que sería reconocido en Irlanda. La Corte se limitó a señalar, sin preguntarse por qué no existía analogía, que: “[e]n su opinión, las situaciones de dichas personas [que obtenían divorcios extranjeros estando domiciliadas en el exterior] y las situaciones del primer y segundo demandantes no pueden ser consideradas análogas. En consecuencia, no existe discriminación...”⁵⁹

Un refinamiento adicional al análisis europeo de la no discriminación fue formulado en *Inze vs. Austria*⁶⁰. En ese caso, refiriéndose a “convicciones” discriminatorias por parte de la población local, el gobierno justificó el trato legal diferente sobre la base de la ilegitimidad de nacimiento. La Corte se negó a aceptar este “planteamiento tradicional” como justificación para dicho trato. Pudo rechazar el argumento a pesar de su opinión reiterada en cuanto a que la maquinaria internacional para la protección de los derechos fundamentales es subsidiaria a los regímenes internos de protección de derechos y que las autoridades nacionales están en una mejor posición que el juez internacional para establecer cuán apropiadas son las limitaciones⁶¹.

La definición de no discriminación o igualdad de trato formulada por la Corte Europea ha sido aprobada y citada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Opinión Consultiva de 1984⁶². Según señala la Corte Interamericana:

“...no pued[e] afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre las diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”⁶³.

La definición de la Corte Europea también ha sido incorporada a las interpretaciones que el Comité de Derechos Humanos ha realizado del artículo 26 del Pacto. Según el

⁵⁸ 18 de diciembre de 1986. Volumen 112, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos.

⁵⁹ *Ibid.*, párrafo 60 [traducción libre].

⁶⁰ 28 de octubre de 1987. Volumen 126, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos.

⁶¹ *Handyside vs. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, Volumen 24, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 48; *Sunday Times vs. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, Volumen 30, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 59; *Dudgeon vs. Reino Unido*, 22 de octubre de 1981, Volumen 45, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 52.

⁶² “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización” *Supra*, nota al pie N° 1, pág. 172 (párrafo 56).

⁶³ *Supra*, nota al pie N° 1, pág. 173 (párrafo 57).

Comentario General del Comité: “...no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”⁶⁴.

El Comité de Derechos Humanos ha aplicado esta definición en varias comunicaciones individuales⁶⁵. Sin embargo, dicha aplicación ha sido desigual y confusa. En el dictámen de admisibilidad del caso *M.J.G. vs. los Países Bajos*⁶⁶, el autor de la comunicación adujo que existía una diferenciación no razonable entre soldados y civiles con respecto a la capacidad de apelar contra una citación. El Comité estableció que el artículo 26 era inaplicable y la comunicación inadmisibles debido a que “...el autor no ha argumentado que el procedimiento militar penal de los Países Bajos no se está aplicando de igual manera a todos los ciudadanos holandeses que prestan servicio en las fuerzas armadas de ese país”⁶⁷. En otras palabras, el Comité determinó que el autor era tratado con igualdad en comparación con todos los demás comprendidos en la categoría de personas que reclamaban por discriminación versus las personas no comprendidas en tal categoría. Es decir, se determinó que dos grupos segregadas por una diferenciación legislativa impugnada no eran comparables debido a la propia diferenciación legislativa.

En cambio, en la comunicación *Gueye vs. Francia*⁶⁸, el Comité examinó cuidadosamente los criterios planteados por el gobierno para justificar el trato diferencial con respecto a los derechos de pensión de los ex miembros de las Fuerzas Armadas Francesas de nacionalidad senegalesa en contraposición a los de nacionalidad francesa. El Comité concluyó que los criterios no eran razonables ni objetivos. En el curso de su decisión, el Comité insistió que “...no cabe invocar una simple inconveniencia de tipo administrativo, ni la posibilidad de que se cometa algún abuso respecto de los derechos a las pensiones, para justificar un trato desigual”⁶⁹.

Sin embargo, poco tiempo después, en *Vos vs. los Países Bajos*⁷⁰, el Comité examinó legislación que establecía que un hombre discapacitado cuya ex mujer fallece retiene el derecho a una pensión de discapacidad, pero una mujer discapacitada cuyo ex marido fallece pierde el derecho a la pensión de discapacidad. En su lugar, la mujer tiene derecho a una pensión de viudez; en el caso de la autora, su pensión de discapacidad era superior a la pensión de viudez. La autora argumentó que la ley era especialmente injusta por cuanto ella había estado divorciada durante 22 años y se ganaba su propio sustento al momento de quedar

⁶⁴ *Supra*, nota al pie N° 4.

⁶⁵ *Aumeeruddy, Cziffra y otros vs. Islas Mauricio*, Comunicación N° 35/1978, A/36/40 (1981) = 2 HRLJ 139 (1981); *Broeks vs. los Países Bajos*, Comunicación N° 172/1984, A/42/40 (1987), pág. 139 en párrafo 13; *Danning vs. los Países Bajos*, Comunicación N° 180/1984, A/42/40 (1987), pág. 151 en párrafo 14; *Zwaan-de-Vries vs. los Países Bajos*, Comunicación N° 182/1984, A/42/40 (1987), pág. 160 en párrafo 13; 9 HRLJ 258 (1988); *Stalla Costa vs. Uruguay*, Comunicación N° 198/1985, A/42/40 (1987), pág. 170; *Gueye vs. Francia*, Comunicación N° 196/1985, A/44/40 (1989), pág. 189 en párrafo 9.4; *Vos vs. los Países Bajos*, Comunicación N° 218/1986, A/44/40 (1989), pág. 232 en párrafo 11.3; *Avellanal vs. Perú*, Comunicación N° 202/1986, A/44/40 (1989), pág. 196, 9 HRLJ 262 (1988).

⁶⁶ Comunicación N° 267/1987, A/43/40 (1988), pág. 271.

⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 3.2 [traducción libre].

⁶⁸ *Supra*, nota al pie N° 65.

⁶⁹ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 9.5.

⁷⁰ *Supra*, nota al pie N° 65.

discapacitada. Por lo tanto, argumentó, ella debía ser tratada principalmente como persona discapacitada y no como viuda. El gobierno sostuvo que:

“Cuando se promulgó la Ley General de Subsidios de Viudas y Huérfanos era habitual que los maridos fueran quienes mantuvieran a sus familias, y por consiguiente, era conveniente prever una prestación financiera para los dependientes en caso de muerte prematura del cabeza de familia”⁷¹.

El gobierno holandés también sostuvo que la norma era “...necesari[a para] ... evitar la duplicación de incluir a la persona interesada en los registros de dos órganos distintos encargados de pagar prestaciones y la necesidad de cobrar impuestos retroactivos sobre ingresos de dos fuentes separadas”⁷². El gobierno también puntualizó que la pensión de viudez era habitualmente superior a la pensión de discapacidad debido a que la mayoría de las mujeres casadas habían mantenido empleos de tiempo parcial y por lo tanto reunían los requisitos para recibir solamente beneficios parciales por discapacidad⁷³. Sobre la base de las explicaciones dadas por el Estado acerca de la historia legislativa, el propósito y la aplicación de esta legislación, el Comité concluyó que la norma se fundaba en criterios objetivos y razonables⁷⁴.

Este resultado es inaceptable. Contradice clara y directamente la resolución que el Comité emitió en el caso *Gueye* en cuanto a que una inconveniencia meramente administrativa o la posibilidad de abuso no pueden justificar un trato diferenciado. Una opinión disidente, suscrita por dos de los 18 miembros del Comité, señaló explícitamente que la incapacidad de la legislación de permitir un “mínimo de flexibilidad en su implementación” debió haber convertido en injustificable el trato diferenciado⁷⁵. En segundo término, la resolución hace caso omiso del hecho de que esta diferenciación legislativa lleva el sello de la estereotipificación clásica de la mujer con sus consecuencias anexas de degradación y estatus de segunda categoría. Se fundamentó en suposiciones añejas acerca de la mujer y su rol en la sociedad: suponía que las mujeres casadas no tienen empleo de tiempo completo y penalizaba a las mujeres casadas y discapacitadas que sí lo tenían. Categorizaba a la mujer en términos de su relación con el hombre, negándose a considerarla como persona con derechos propios, aún cuando esa relación hubiese terminado un cuarto de siglo antes.

Es posible comparar *Vos* con otros tres casos: *Aumeeruddy-Cziffra y otros vs. Islas Mauricio*⁷⁶, *Broeks vs. los Países Bajos*⁷⁷ y *Avellanal vs. Perú*⁷⁸. En *Aumeeruddy-Cziffra*, el Comité examinó la legislación de inmigración y deportación de las Islas Mauricio, la que exigía que los maridos extranjeros, pero no las mujeres extranjeras, solicitaran al Ministerio del Interior un permiso de residencia que, en caso de ser denegado, no admitía posibilidad de apelación ante un tribunal de justicia. El Comité estableció que “...se hace una distinción

⁷¹ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 8.6.

⁷² *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 8.8.

⁷³ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 8.9.

⁷⁴ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 12.

⁷⁵ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 4, opinión de los Sres. Urbina y Wennergren.

⁷⁶ *Supra*, nota al pie N° 65.

⁷⁷ *Supra*, nota al pie N° 65.

⁷⁸ *Supra*, nota al pie N° 65.

adversa fundada en el sexo, la que afecta a las supuestas víctimas en el goce de uno de sus derechos. No se han presentado explicaciones suficientes que justifiquen esta diferencia⁷⁹. El derecho aludido allí es el contemplado en el artículo 17(1): el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la familia. El Comité estableció además que la legislación en cuestión era “...discriminatoria con respecto a las mujeres de Mauricio y no puede justificarse por necesidades de seguridad”⁸⁰. En consecuencia, el Comité dictaminó que se habían violado los artículos 2(1), 3 y 26, en conjunción con los artículos 17(1) y 23(1) (el derecho de la familia a recibir protección de la sociedad y del Estado). En estas circunstancias en que la viabilidad de la vida matrimonial y de la unidad familiar estaba gravemente amenazada, el Comité prácticamente no tuvo dificultades para constatar la existencia de una violación del Pacto.

En *Broeks*, la ley establecía que, a fin de recibir ciertos beneficios de desempleo, una mujer casada debía probar que ella era “el sostén de familia”, mientras que un hombre casado recibiría los mismos beneficios sin necesidad de probar su condición de “sostén de familia”. El Comité simplemente señaló que tal diferenciación se hacía sobre la base del sexo y que situaba a la mujer casada en una posición de desventaja frente al hombre casado. También advirtió que el gobierno había ya modificado la ley para eliminar la desventaja o discriminación, aunque la modificación no se aplicaba con efecto retroactivo a la autora. Concluyó entonces que tal “diferenciación no es razonable”⁸¹ y que se había violado el artículo 26 por cuanto a la autora “se le denegó un beneficio de la seguridad social en condiciones de igualdad con los hombres”⁸². En este caso, el hecho de que el gobierno hubiese “reconocido efectivamente”⁸³ la naturaleza discriminatoria de la legislación y hubiese modificado la ley, evidentemente simplificó la labor del Comité.

En *Avellanal vs. Perú*, el Comité de Derechos Humanos constató una violación al artículo 26 por parte del Código Civil peruano: éste dispone que una mujer casada no tiene derecho a entablar acción judicial respecto de los bienes maritales. La mujer intentó demandar a los arrendatarios de edificios de departamentos que eran de su propiedad, por no pago de alquiler. Perú se había mostrado poco cooperador en el caso, negándose específicamente a abordar las cuestiones planteadas en la comunicación. Además, la Corte Suprema del Perú aparentemente no había notificado a la autora de las resoluciones adoptadas respecto de dos solicitudes que ella había presentado con respecto a este caso ante dicha Corte. En estas circunstancias, el Comité simplemente estableció que los hechos que se le estaban presentando eran indicativos de una violación, *inter alia*, del artículo 26. En comparación con *Vos, Avellanal* sugiere que las amplias denegaciones de igualdad de trato en circunstancias de una desestimación más general de los derechos humanos serán abordadas con mayor facilidad por el Comité de Derechos Humanos que los esquemas legales más complejos creados por Estados con buenos historiales de derechos humanos.

Todos los casos anteriores nos llevan a recalcar que, si bien la definición de la Corte Europea de una distinción discriminatoria puede resultar útil en la teoría para establecer el

⁷⁹ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 9.2(b)2(i)8 [traducción libre].

⁸⁰ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 9.2(b)2(ii)3 [traducción libre].

⁸¹ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 14.

⁸² *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 15.

⁸³ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 14.

límite entre distinciones justificadas e injustificadas, dicha definición no es de aplicación automática. Su impacto dependerá de la voluntad del órgano interpretativo para aplicarla con rigor. Los resultados, por ejemplo, probablemente serán distintos cuando la Corte Europea, en el contexto de la aplicación del artículo 14, establece que:

“...estas distinciones *podrían haber sido* dictadas con una finalidad legítima, a saber... En cuanto al confinamiento a una celda durante el arresto estricto, el legislador holandés *pudo haber tenido* razones sobradas para no aplicarlo a los oficiales”⁸⁴.

o nuevamente en otro caso:

“La Corte ha...constatado que, *independientemente de su severidad*, las disposiciones legales o administrativas están fundadas en criterios objetivos... Esta finalidad es plausible en sí misma y *no corresponde a la Corte determinar si es posible o no lograrla por otros medios*”⁸⁵.

que cuando, en contraste, la Comisión establece en un caso distinto de aplicación del artículo 14:

“...por lo tanto, *le compete* a la Comisión *examinar detenidamente la aparente justificación* en razón de la cual se practican distinciones de trato en función del sexo para garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención”⁸⁶.

En general, la Corte Europea ha articulado un concepto de margen de apreciación que en esencia restringe el alcance de la revisión judicial internacional de los actos realizados por autoridades nacionales. En el contexto de la no discriminación, la Corte ha señalado:

“Los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación al evaluar la existencia y la medida en que las diferencias en situaciones de otro modo similares justifican un trato distinto ante la ley; el alcance de este margen variará según las circunstancias, la materia en cuestión y los antecedentes del caso”⁸⁷.

Por lo tanto, el grado de deferencia que la Corte muestra hacia las justificaciones de tratos diferenciados que las autoridades nacionales han planteado tendrá un impacto en el resultado de los casos.

En general, sin embargo, ha habido poca articulación de “las circunstancias, la materia en cuestión y los antecedentes del caso” según los cuales variarán los márgenes de apreciación en casos de discriminación. Las escasas excepciones son las siguientes. En el contexto de la

⁸⁴ Caso de *Engel y otros vs. los Países Bajos*, 8 de junio de 1976, Volumen 22, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 72. Énfasis agregado. [Traducción libre].

⁸⁵ Caso “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” (Fondo), *supra*, nota al pie N° 1, pág. 50. Énfasis agregado. [Traducción Libre].

⁸⁶ *Sras. X, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, Comisión Europea de Derechos Humanos, 12 de mayo de 1983 (Informe Art. 31), párrafo 103. Énfasis agregado. [Traducción libre].

⁸⁷ *Inze vs. Austria*, *supra*, nota al pie N° 60, párrafo 41 [traducción libre].

no discriminación, la Corte ha establecido que en aquellas esferas en que existe “poca coincidencia entre los Estados Contratantes” o en las que la ley está en una “etapa de transición”, se permitirá a los Estados aplicar un amplio margen de apreciación⁸⁸. En segundo lugar, el margen de apreciación será más estrecho en el contexto de dos motivos específicos de discriminación: sexo e ilegitimidad⁸⁹.

(c) *Categorías Sospechosas Internacionales*

La técnica de adaptar el rigor de las evaluaciones de la legitimidad de las distinciones a motivos específicos es también una característica de otras fuentes jurídicas internacionales. Si bien la mayoría de las disposiciones no discriminatorias contempladas en los tratados internacionales son abiertas respecto de los motivos de la discriminación y, por lo tanto, no impiden a ninguna clasificación *reclamar* un derecho a trato igualitario, existen varias indicaciones en el derecho internacional que señalan que la seriedad con que debieran tratarse esos reclamos debiera variar según el motivo que se invoque para hacer la distinción⁹⁰. “Tratar con mayor seriedad”, en términos de la prueba que impone la Convención Europea para verificar la legitimidad de una clasificación, significaría examinar con mayor acuciosidad las justificaciones presentadas para detectar las diferencias de trato, exigiendo a la finalidad satisfacer una necesidad social mayor o un mayor grado de encaje o proporcionalidad entre los medios adoptados y la finalidad que se persigue⁹¹.

⁸⁸ *Rees vs. Reino Unido*, 17 de octubre de 1986, Vol. 106, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 37; *Rasmussen vs. Dinamarca*, *supra*, nota al pie N° 21, párrafo 40, 6 HRLJ 24 (1985). Esta razón es también evidente, aunque no articulada, en el caso *Danning vs. los Países Bajos* (*supra*, nota al pie N° 65), visto por el Comité de Derechos Humanos. En él, el autor era un varón que vivía con una mujer con quien no estaba casado: él tenía derecho a una pensión de discapacidad menor que la que correspondía a un hombre casado. El Comité sostuvo que no había violación del artículo 26 debido a que (a) el matrimonio conllevaba deberes y responsabilidades que eran distintos a los que correspondían a las personas no casadas que convivían; (b) los solteros podían optar por casarse; (c) si no lo hacían, no tenían derecho a los beneficios otorgados a parejas casadas. Con este razonamiento, es improbable que las distinciones fundadas en una condición de convivencia sean alguna vez consideradas como discriminatorias.

⁸⁹ Discriminación por sexo: véase *Abdulaziz*, *supra*, nota al pie N° 51 e *infra*, texto que acompaña la nota al pie N° 103. Ilegitimidad: véase *Inze*, *supra*, nota al pie N° 60 e *infra*, texto que acompaña la nota al pie N° 117.

⁹⁰ Se sugiere también que los argumentos justificativos acerca de las clasificaciones deben estar organizados en torno a una consideración de los intereses individuales en cuestión; o la seriedad con la que el reclamo de trato igualitario o no discriminación debe ser tratada también variará según el interés que se deba proteger. En *Dudgeon vs. Reino Unido*, la corte Europea sostuvo: “Sin embargo, no sólo la naturaleza de la finalidad de la restricción, sino también la *naturaleza de las actividades involucradas* afectarán el alcance del margen de apreciación. El presente caso dice relación con un aspecto muy íntimo de la vida privada. En consecuencia, deben existir razones especialmente serias antes de que las injerencias de parte de las autoridades públicas puedan legitimarse para los efectos del artículo 8(2)”. Énfasis agregado. *Supra*, nota al pie N° 61, párrafo 52 [traducción libre].

⁹¹ Sin embargo, debe advertirse que ni la propia Corte Europea ni la Comisión Europea han aplicado claramente el artículo 14 en este sentido. A pesar del hecho de que existen casos al amparo de la Convención Europea que sugieren que los argumentos justificativos se adaptan a los motivos de distinción (*Abdulaziz*, *supra*, nota al pie N° 51) o a los intereses lesionados (*Dudgeon*, *supra*, nota al pie N° 61), la aplicación del artículo 14 de la Convención Europea no ha sido, en general, organizada en torno a ninguna de estas líneas. La Corte Europea ha articulado una fórmula para establecer el límite entre distinciones justificadas e injustificadas (véase *supra* la pág. 11) y en general ha aplicado esta misma fórmula a todas las distinciones que han sido sometidas a su consideración al amparo del artículo 14. Lo que cuenta como una justificación en el contexto de una distinción específica simplemente variará de caso en caso y dependerá de una consideración *ad hoc* de factores, sin que se apliquen directivas más generalizadas organizadas en torno al motivo de la distinción o a los intereses lesionados

En general, el material jurídico internacional sugiere que los motivos que merecen la mayor atención, de cuya invocación debe sospecharse o que con mayor probabilidad serán injustificados, son la raza, el sexo y la religión.

Existen varias fuentes que indican que la raza se encuentra entre estas “categorías sospechosas” internacionales. En primer lugar, diversos casos resueltos por la Corte Internacional de Justicia sugieren que el principio de no discriminación se ha convertido en una norma del derecho internacional consuetudinario, al menos en el contexto de las distinciones hechas sobre la base de raza. Por ejemplo, el Juez Tanaka en los casos de *África Suroccidental* señaló que: “consideramos que el principio de no discriminación o no separación por motivo de raza se ha transformado en una norma del derecho internacional consuetudinario...”⁹². En una Opinión Consultiva en 1971 acerca del caso *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia señaló que: “aplicar distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones fundadas únicamente en motivos de raza, color, nacimiento, origen nacional o étnico que constituyen la negación de derechos humanos fundamentales es una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta...”⁹³

En segundo lugar, en el caso *Asiáticos del África Oriental vs. Reino Unido*, de 1973, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que:

“La Comisión recuerda ...que, como se reconoce generalmente, debe asignarse especial importancia a la discriminación racial; que segregar públicamente a un grupo de personas para que otro grupo le dé un trato distinto por motivo de su raza podría, en consecuencia, constituir un trato degradante en circunstancias que el trato distinto fundado en otros motivos no plantearía tal cuestión”⁹⁴.

por la distinción. Esto contrasta, por ejemplo, con el enfoque de niveles de escrutinio adoptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto a la igual protección de las leyes, contemplada en la Enmienda Número 14 de la Declaración de Derechos de Estados Unidos. En el último caso, aparecen dos o tres fórmulas relativamente fijas en relación con el grado de importancia de un objetivo legislativo y el nexo necesario entre ese objetivo y los medios empleados para lograrlo. Luego, los motivos de distinción se asocian con una de esas dos o tres fórmulas generales.

⁹² *Supra*, nota al pie N° 32 en 293 [traducción libre].

⁹³ “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council 276” (1970). Opinión Consultiva (1971). Informes ICJ 3, en 57 [traducción libre]. Véase también “Barcelona Traction, Light & Power Co.” (en Informes ICJ 1970, pág. 3, párrafos 33 y 34):

“...debe hacerse una distinción básica entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo ... ellas son obligaciones *ergo omnes*. En el derecho internacional contemporáneo, por ejemplo, tales obligaciones derivan de la proscripción de actos de agresión y del genocidio, al igual que de los principios y normas relativos a los derechos básicos de las personas, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos de protección correspondientes han ingresado al *corpus* del derecho internacional general ... otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal.”

⁹⁴ *Asiáticos del África Oriental vs. Reino Unido*, 14 de diciembre de 1973. (Informe del artículo 31). Número de solicitud 4403/70, etc., párrafo 207, reproducido en 3 *European Human Rights Reports* 76 [traducción libre].

La Comisión estableció que la legislación de inmigración en cuestión sometía a los postulantes a una discriminación racial que se traducía en un trato degradante⁹⁵.

En tercer lugar, la Ley Americana Refundida de Relaciones Exteriores concluye que en su expresión mínima, una discriminación racial sistemática practicada como asunto de política de Estado constituye una violación del derecho internacional consuetudinario⁹⁶. En cuarto lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que en ciertos casos excepcionales de emergencia podrán suspenderse las obligaciones contraídas en virtud del Pacto siempre que, *inter alia*, “tales disposiciones... no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color⁹⁷, sexo, idioma, religión u origen social”⁹⁸. En quinto lugar, todos los tratados existentes que contemplan una disposición de igualdad o no discriminación en la que se enumeran motivos prohibidos de discriminación incluyen “la raza” entre ellos.

Además de la raza, el derecho internacional indica que las distinciones que se basan particularmente en el sexo merecen el más alto grado de escrutinio. Esta conclusión se puede desprender de los siguientes factores. En primer lugar, las discriminaciones por motivos de raza o sexo son las únicas que han alcanzado un nivel de consenso internacional suficiente como para permitir la promulgación de tratados especializados dedicados únicamente a la no discriminación fundada en estos dos criterios⁹⁹. En segundo lugar, existe una abundancia relativamente destacada de tratados internacionales dedicados a la mujer y a la problemática de la discriminación sexual¹⁰⁰.

⁹⁵ Esto constituyó una violación al artículo 3, *supra*, nota al pie N° 1 e *infra* nota al pie N° 102.

⁹⁶ The American Law Institute, *Restatement of the Law: The Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 2, 14 de mayo de 1986, N° 702 en pág. 161. Comentario pág. 165, Notas pág. 172.

⁹⁷ La discriminación racial incluye, según el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (*supra*, nota al pie N° 36), la discriminación basada en el color de la piel.

⁹⁸ Artículo 4(1), *supra*, nota al pie N° 3.

⁹⁹ De igual forma, la Convención sobre los Derechos del Niño (*supra*, nota al pie N° 10) está dedicada especialmente al trato de los jóvenes (la edad límite de un “niño” no está definida en la Convención).

¹⁰⁰ Convención Internacional sobre la Prohibición de Trabajo Nocturno Femenino en Empleo Industrial (1906), 2 Martens (3ero) 861, 4 AJLL Supp. 328; Convenio sobre Trabajo Nocturno (mujeres) (OIT4), (1919), 38, UNTS 67; Convenio de Protección de la Maternidad (OIT3) (1919) 38, UNTS 53; Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños (1921) y su Protocolo (1947), 9 UNTS 416, 18 AJLL Supp. 130; Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres Adultas (1933), 150, UNTS 431 y su Protocolo (1947) 53 UNTS 49; Convención Interamericana sobre Nacionalidad de la Mujer (1933), PAUTS 37, 28 AJLL Supp. 61; Convenio sobre Trabajo Nocturno (mujeres) (OIT 41), (Rev. 1934), 40 UNTS 33; Convenio sobre Trabajo Subterráneo (mujeres) (OIT 5) (1935), 40 UNTS 63; Convención Interamericana sobre el Otorgamiento de Derechos Políticos a la Mujer (1948) PAUTS 3; Convención Interamericana sobre el Otorgamiento de Derechos Civiles a la Mujer (1948) PAUTS 23; Convenio (N° 89) sobre Trabajo Nocturno (mujeres) en Empleo Industrial (OIT 89) (Revisado en 1948), 81 UNTS 147; Convención para la Supresión del Tráfico de Personas y la Explotación de la Prostitución de otros (1950), 96 UNTS 271 y su Protocolo Final (1950) UNTS 316; Convenio sobre Igualdad de Remuneraciones entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (OIT 100) (1951), 165 UNTS 321; Convenio sobre Protección de la Maternidad (Revisado) (OIT 103) (1952), 214 UNTS 321; Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer (1953), 193 UNTS 135; Convención sobre la Nacionalidad de Mujeres Casadas (1957), 309 UNTS 65; Convención sobre Consentimiento para el Matrimonio, Edad Mínima para el Matrimonio y Registro de Matrimonios (1962), 521 UNTS 231; Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie N° 37; Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares (OIT 156), (1981), Cmnd. 8773.

En tercer lugar, en el caso *Sras. X, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*¹⁰¹, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que:

“Significativamente, liderando la citación de formas prohibidas de discriminación del artículo 14 de la Convención se encuentra la discriminación por razones de sexo. Generalmente se reconoce que las clasificaciones basadas en el sexo requieren de un cuidadoso escrutinio a fin de eliminar desventajas odiosas. En consecuencia, compete a la Comisión examinar detenidamente la supuesta justificación en razón de la cual se practican distinciones de trato en función del sexo, para garantizar el respeto a los derechos y libertades reconocidos en la Convención¹⁰².”

En el mismo caso, redenominado *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*¹⁰³, la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que:

“...puede afirmarse que la promoción de la igualdad de los sexos es hoy día una meta prioritaria entre los Estados miembros del Consejo de Europa. Esto significa que, antes de que una distinción de trato por motivo de sexo pueda ser considerada compatible con la Convención, deberán plantearse razones de peso para ella”¹⁰⁴.

En cuarto lugar, todos los tratados que contemplan una disposición de igualdad o no discriminación en la que se enumeran motivos prohibidos de discriminación incluyen “el sexo”¹⁰⁵ entre ellos. En quinto lugar, la cláusula de suspensión contemplada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la discriminación en función del sexo (además de raza, color, idioma, religión y origen social). En sexto lugar, la Ley Americana Refundida de Relaciones Exteriores establece que: “...el derecho a estar libre de discriminación de género como política de Estado, en diversas materias, podría ser ya un principio del derecho internacional consuetudinario”¹⁰⁶.

Paralelamente, sería engañoso concluir que los encargados de política internacional siempre han tratado la discriminación sexual con especial consideración, a pesar de sus

¹⁰¹ *Supra*, nota al pie N° 86.

¹⁰² *Supra*, nota al pie N° 86, párrafos 102 y 103 [traducción libre]. Además, la Comisión dejó expresamente abierta la posibilidad de que la discriminación por sexo pudiese también constituir un trato degradante contrario al artículo 3 de la Convención (párrafos 121 y 122). El artículo 3 de la Convención Europea, *supra*, nota al pie N° 1, establece: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Esta disposición no puede ser derogada (artículo 15 (2)). Con esto, sería el único motivo, junto con la raza, que calificaría para esta forma especialmente condenable de negación de la dignidad humana. La Corte, *supra*, nota al pie N° 51, sostuvo explícitamente que la diferencia de trato en este caso particular no habría de considerarse “degradante” en virtud del artículo 3, implicando con ello que la discriminación sexual *per se* podía en ciertas circunstancias ser equivalente a una violación del artículo 3.

¹⁰³ *Supra*, nota al pie N° 51.

¹⁰⁴ *Supra*, nota al pie N° 51, párrafo 80 [traducción libre].

¹⁰⁵ El mínimo se encuentra en la Carta de Naciones Unidas y también en el Convenio OIT(N° 111) sobre Discriminación en el Empleo y la Ocupación, *supra*, nota al pie N° 38. La primera enumera raza, sexo, idioma y religión; el segundo omite el idioma.

¹⁰⁶ *Supra*, nota al pie N° 96, párrafo 166 N° 702 Comentario. [Traducción libre].

declaraciones de principios. En el contexto de la Convención Europea, por ejemplo, no se ha exigido consistentemente razones de peso para justificar la discriminación sexual. Así, en *Hagman-Husler vs. Suiza*¹⁰⁷, la Comisión vio el caso de una mujer a quien, en virtud del Código Civil Suizo, se le exigía adoptar el apellido del marido¹⁰⁸. La Comisión dictaminó que el caso era inadmisibile, fundándose en que la ley se justificaba por la necesidad de identificar fácilmente a integrantes de la familia, cónyuges e hijos menores de edad ante terceros¹⁰⁹. (Así se dictaminó, a pesar de que en este caso la reclamante mujer deseaba presentarse en un proceso electoral con su apellido de soltera precisamente porque ésa era la forma en que sería más fácilmente identificada por el electorado.) De manera similar, en *X. vs. los Países Bajos*¹¹⁰, la Comisión declaró inadmisibile la solicitud presentada por una mujer a quien la ley holandesa obligaba a aparecer en los registros electorales con el apellido de su marido seguido por el de soltera o bien con el apellido de soltera seguido por el de su marido. La Comisión concluyó que no había “apariencia de violación del artículo 14” puesto que (a) “en los Países Bajos la mayoría de las mujeres casadas llevan el apellido de sus maridos” y (b) “el registro electoral cumple principalmente funciones administrativas y como tal no afecta directamente a la población”¹¹¹. En ambos casos, la débil excusa de conveniencia administrativa sirvió para justificar una resolución de inadmisibilidat sobre la base de estar “manifiestamente mal fundada”¹¹². Es difícil imaginar una percepción similar de trivialidad respecto del impacto que estas leyes tendrían en la identidad si a los maridos se les exigiese identificarse con los apellidos de sus mujeres. Estos casos se asemejan a la actitud hacia la discriminación sexual que el Comité de Derechos Humanos exhibe en *Vos vs. los Países Bajos*¹¹³. En ellos, aumentos mínimos de conveniencia administrativa pesaron más que los efectos negativos de actitudes estereotipadas y dañinas hacia la mujer.

El hecho de que la religión corresponde también a una categoría sospechosa internacional queda indicado por los siguientes factores. La Asamblea General ha adoptado una Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones¹¹⁴. La Ley Americana Refundida de Relaciones Exteriores concluye que “existe un sólido caso en cuanto a que la discriminación sistemática por motivo de religión como parte de una política de Estado también constituye una violación a la ley consuetudinaria”¹¹⁵. Y centrando la atención en el mínimo denominador común de todos los tratados que contienen una norma no discriminatoria e incluyen listas de motivos de discriminación, se puede agregar la religión a aquellos que merecen especial atención”¹¹⁶.

Con esto no se pretende sugerir que los motivos de distinción que el material jurídico internacional señala como merecedores del mayor grado de atención sean fijos. En el caso

¹⁰⁷ 12 Decisiones e Informes, diciembre de 1978, Solicitud 8042/77.

¹⁰⁸ Las autoridades locales sí le dieron la opción de usar su apellido de soltera después del de su marido.

¹⁰⁹ *Supra*, nota al pie N° 107, pág. 206.

¹¹⁰ 12 Decisiones e Informes, julio de 1983, Solicitud 9250/81.

¹¹¹ *Ibid.*, pág. 177 [traducción libre].

¹¹² Convención Europea, *supra*, nota al pie N° 1, artículo 27(2) [traducción libre].

¹¹³ *Supra*, nota al pie N° 65.

¹¹⁴ Res. A.G. 36/55, 25 de noviembre de 1981.

¹¹⁵ *Supra*, nota al pie N° 96 N° 702. Comentario página 165, Notas página 173 [traducción libre].

¹¹⁶ La Convención OIT 111, artículo 1(a) omite “idioma” y así se le deniega universalidad. Por otra parte, con frecuencia el idioma estará estrechamente asociado con raza y origen nacional o étnico.

*Inze vs. Austria*¹¹⁷, ventilado al amparo de la Convención Europea, la Corte incluyó la ilegitimidad entre los motivos de discriminación que con mayor probabilidad resultarían ser injustificados. En sus propias palabras:

“... la Corte recuerda que la Convención es un instrumento vivo, que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales... Hoy en día, los Estados miembros del Consejo de Europa asignan importancia a la cuestión de la igualdad entre los niños nacidos en el seno de un matrimonio y aquellos nacidos fuera de un matrimonio en lo que respecta a sus derechos civiles. Así queda demostrado en el Convenio Europeo sobre la Situación Jurídica de los Niños nacidos fuera del Matrimonio de 1975, actualmente en vigencia en los territorios de nueve Estados miembros del Consejo de Europa¹¹⁸ ...[incluyendo] a Austria... En consecuencia, razones de gran peso habrán de plantearse antes de que pueda considerarse que una distinción en el trato por motivo de nacimiento fuera del matrimonio es compatible con la Convención...”¹¹⁹.

El derecho internacional continúa desarrollando y ampliando la lista de aquellos motivos de discriminación que merecen un escrutinio mayor. Así lo demuestra la lista establecida en la reciente Convención de los Derechos del Niño, la que incluye la discriminación fundada en una discapacidad¹²⁰.

(4) Acción Afirmativa

La cuarta y última materia sobre la que el derecho internacional ofrece un contenido más preciso para la definición de igualdad o no discriminación pertenece al campo de (a) los programas de acción afirmativa (o, como generalmente denomina a este tema el derecho internacional, “medidas especiales” o, a veces, “medidas especiales de protección”) y (b) la acción afirmativa, en el sentido de ser positiva, del Estado.

(a) “Medidas Especiales de Protección”

(i) Relación entre no discriminación y “medidas especiales de protección”

Durante mucho tiempo, el derecho internacional se ha preocupado de la protección de las minorías¹²¹. No obstante, el sistema de protección de minorías de la Liga de las Naciones fue claramente limitado y constituyó un fracaso. En primer lugar, el mismo Pacto de la Liga de

¹¹⁷ *Supra*, nota al pie N° 60.

¹¹⁸ Obsérvese que el Consejo de Europa está integrado por 23 Estados miembros.

¹¹⁹ *Supra*, nota al pie N° 60, párrafo 41 [traducción libre].

¹²⁰ *Supra*, nota al pie N° 10, artículo 2(1).

¹²¹ Véase estudio de E. Capotorti para la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías de la ONU, titulado *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* (1977). Doc ONU E/CN. 4/Sub. 2/384 (Rev. 1979). McKean, *supra*, nota al pie N° 1, págs. 20 y siguientes.

las Naciones omitió expresamente las disposiciones sobre protección de minorías y la igualdad religiosa y racial, impidiendo, en consecuencia, su aplicación general¹²².

En lo que respecta a la protección de los derechos humanos, los fracasos del sistema de la Liga tuvieron como resultado la adopción de un énfasis distinto en la redacción de la Carta de Naciones Unidas. La promoción y el fomento del respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales representaron una finalidad central para las Naciones Unidas¹²³. Paralelamente, la Carta de la ONU, y posteriormente la Declaración Universal, se centraron en los derechos individuales y en el principio de no discriminación, omitiendo toda referencia a las minorías.

Si bien la opinión generalizada en ese tiempo era que la protección especial a las minorías era innecesaria, dado el reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, la preocupación específica por la protección de minorías llevó a las Naciones Unidas a realizar actividades adicionales¹²⁴. En 1947, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas formó una Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. En 1950, la Subcomisión presentó un artículo relativo a la protección de minorías para su inclusión en el proyecto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La Comisión de Derechos Humanos aprobó esta propuesta en 1953 con una sola modificación y finalmente la incorporó como el artículo 27 en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Este Pacto incluye por lo tanto una disposición sobre igualdad en su artículo 26 y una protección especial de minorías en el artículo 27, que establece:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

La promulgación de los artículos 26 y 27 indica una conclusión en el ordenamiento jurídico internacional que recoge el Relator Capotorti de la Subcomisión en un estudio sobre Derechos de las Personas que Pertenecen a Minorías Étnicas, Religiosas y Lingüísticas y que señala que: “la prevención de la discriminación por una parte y la implementación de medidas

¹²² Véase en Tratado Polaco, Liga de Naciones, Doc. C.L. 110 (1923) i.43, un ejemplo de las disposiciones de la Liga en esta materia.

¹²³ El artículo 1(2) de la Carta de Naciones Unidas, *supra*, nota al pie N° 13, establece:

“Los propósitos de las Naciones Unidas son: ... (2) Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”.

El artículo 1(3) de la Carta de Naciones Unidas establece:

“Los propósitos de las Naciones Unidas son: ... (3) Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

¹²⁴ Louis B. Sohn, *The Rights of Minorities*, en Henkin, *supra*, nota al pie N° 1, págs. 271-8; McKean, *supra*, nota al pie N° 1, pág. 53.

especiales para proteger a las minorías por la otra no son más que dos aspectos de un mismo problema: el de asegurar completamente la igualdad de derechos a todas las personas¹²⁵.

Tratados posteriores contemplaron disposiciones relativas a la no discriminación y también a ciertas medidas especiales de protección, y se preocuparon de asegurar su compatibilidad. Así, por ejemplo, el Convenio de la OIT relativo a la Discriminación (en materias de Empleo y Ocupación) (Nº 111)¹²⁶ considera que ciertas medidas especiales de protección o asistencia no constituyen discriminación¹²⁷. La Convención sobre Discriminación Racial¹²⁸ y la Convención sobre Discriminación contra la Mujer también consideran explícitamente que ciertas medidas especiales no son discriminatorias. La Convención sobre la Discriminación contra la Mujer explicita el vínculo que existe entre las medidas de protección especial y la prevención de la discriminación o implementación de la igualdad. El artículo 4(1) establece lo siguiente:

“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal *encaminadas a acelerar la igualdad de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato¹²⁹.”

En consecuencia, las medidas especiales pueden estar orientadas a lograr la igualdad y, mientras no se logre ese objetivo, no implican discriminación¹³⁰. Según establece el Comentario General acerca de la no discriminación del Comité de Derechos Humanos: “...en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto¹³¹.”

(ii) ¿Qué es una “medida especial” coherente con la no discriminación?

El derecho internacional sugiere una serie de características necesarias que debe cumplir una “medida especial” a fin de ser coherente con el principio de igualdad o no discriminación. En primer lugar, tanto la definición de discriminación contemplada en la Convención sobre

¹²⁵ (1977) Doc. ONU E/CN. 4/Sub. 2/384/Add. 5, pág. 14 [traducción libre].

¹²⁶ *Supra*, nota al pie Nº 38. Véase *infra* la definición de discriminación.

¹²⁷ Artículo 5, Convenio OIT (Nº 111), *supra*, nota al pie Nº 38, establece:

“Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.”

¹²⁸ Artículo 1(4), *supra*, nota al pie Nº 36, establece:

“Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.”

¹²⁹ Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie Nº 37. Énfasis agregado.

¹³⁰ Ramcharan, *supra*, nota al pie Nº 1, págs. 259-261.

¹³¹ *Supra*, nota al pie Nº 4, párrafo 10.

Discriminación Racial como la del Convenio 111 de la OIT se refieren a “preferencia” como un tipo de acto que en ciertas circunstancias puede ser discriminatorio. Por tanto, las preferencias que tienen el mismo efecto perjudicial de menoscabar la igualdad que las distinciones, exclusiones o restricciones son también discriminatorias. Únicamente aquellas preferencias que pueden considerarse medidas especiales se tendrán por no constitutivas de discriminación¹³².

En segundo lugar, el Juez Tanaka, en su opinión disidente emitida en el contexto de los tratados sobre minorías, sostuvo que las medidas para proteger a las minorías no pueden imponerse a los miembros del grupo, los que, por consiguiente, tienen la opción de aceptarlas o no¹³³.

En tercer lugar, la Convención sobre Discriminación Racial y la Convención sobre Discriminación contra la Mujer, que contienen definiciones expresas de medidas especiales¹³⁴, establecen que dichas medidas deben: adoptarse para ciertos propósitos limitados, a saber, deben estar encaminadas a asegurar el adelanto con el objeto de garantizar la igualdad en el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales¹³⁵ o la aceleración de la igualdad *de facto*¹³⁶; ser de carácter temporal¹³⁷; cesar cuando se hayan alcanzado los objetivos propuestos, específicamente: igualdad de oportunidad y trato¹³⁸; y no entrañar el mantenimiento de estándares o derechos desiguales o separados¹³⁹. De igual manera, el Comité de Derechos Humanos ha avalado la acción afirmativa cuando está orientada a eliminar condiciones que causan o perpetúan la discriminación y se adopta por un período limitado y sólo por el tiempo necesario para remediar la discriminación *de facto*¹⁴⁰.

(b) ¿Son Obligatorias las “Medidas Especiales” o las Acciones Positivas del Estado?

(i) Medidas especiales

En ocasiones, el derecho internacional convencional impone la *obligación* de adoptar medidas especiales o de crear programas de acción afirmativa. Es el caso de la Convención sobre Discriminación Racial y la Convención sobre Discriminación contra la Mujer¹⁴¹ y menos explícitamente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³² Tenet, N.: *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (1980). Sijthoff & Noordhoff, pág. 28.

¹³³ “Con motivo de la protección de minorías, esta protección no puede imponerse a los miembros de grupos minoritarios y, en consecuencia, ellos tienen la opción de aceptarla o no”; *supra*, nota al pie N° 32 en pág. 307 [traducción libre].

¹³⁴ Artículo 1(4), 2(2), *supra*, nota al pie N° 36; y artículo 4(1) de la Convención sobre la Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie N° 37, respectivamente.

¹³⁵ Artículo 1(4), Convención sobre Discriminación Racial, *supra*, nota al pie N° 36.

¹³⁶ Artículo 4(1), Convención sobre la Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie N° 37.

¹³⁷ Artículo 4(1), Convención sobre la Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie N° 37.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Artículo 1(4), Convención sobre la Discriminación Racial, *supra*, nota al pie N° 36; artículo 4(1), Convención sobre la Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie N° 37.

¹⁴⁰ *Supra*, nota al pie N° 4, párrafo 10.

¹⁴¹ Artículo 2(2), *supra*, nota al pie N° 36. Véase Lerner, *supra*, nota al pie N° 132, pág. 32. El artículo 2(2) de la Convención sobre la Discriminación Racial, *supra*, nota al pie N° 36, establece:

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), encargado de monitorear la implementación de la Convención respectiva, ha reiterado la importancia de esta obligación en sus “Recomendaciones Generales” contenidas en su informe anual. La Recomendación General número 5¹⁴² establece que:

“*Tomando en cuenta que...* sigue existiendo la necesidad de que se tomen disposiciones para aplicar plenamente la Convención introduciendo medidas tendientes a promover *de facto* la igualdad entre el hombre y la mujer, ...*Recomienda* que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo.”

El Comité de Derechos Humanos ha interpretado el Pacto en el sentido de exigir programas de acción afirmativa en ciertas circunstancias. En su Comentario General sobre la no discriminación, el Comité señaló:

“...el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de la población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población...”¹⁴³

(ii) *Acción positiva del estado*

En otros casos, la jurisprudencia internacional sugiere que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas para lograr la igualdad fuera del contexto de los “programas de acción afirmativa” o trato preferencial. Específicamente, hay indicaciones del Comité de Derechos Humanos y del CEDAW en cuanto a que la implementación de la igualdad exige en ocasiones medidas positivas del Estado.

“Los Estados Partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.”

El artículo 3 de la Convención sobre la Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie N° 37, establece que:

“Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.”

¹⁴² Sesión VII, 1988, A/43/38, (1988), pág. 109.

¹⁴³ *Supra*, nota al pie N° 4, párrafo 10.

El Comité de Derechos Humanos ha emitido diversas declaraciones en sus Comentarios Generales con respecto a la necesidad de medidas positivas del Estado. En un Comentario General de 1981, el Comité señaló:

“El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige *que los Estados Partes realicen actividades concretas* para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. Ello se desprende claramente de varios artículos ... pero, en principio, dicho compromiso se refiere a todos los derechos reconocidos en el Pacto”¹⁴⁴.

El Comité interpretó, en términos aún más categóricos, el artículo 3, el cual establece la igualdad de derechos para hombres y mujeres¹⁴⁵, como también el artículo 2(1), que establece la obligación de respetar los derechos del Pacto “sin distinción alguna...” y el artículo 26, como exigentes de medidas positivas. En sus palabras:

“En primer lugar, el artículo 3 – así como el párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 en la medida en que éstos tratan principalmente de la prevención de la discriminación por varios motivos, uno de los cuales es el sexo – *requiere no solamente medidas de protección, sino también una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos*”¹⁴⁶.

El Comité señaló que “esto no puede hacerse simplemente mediante la promulgación de leyes” y emplazó a los Estados Partes a entregar información en sus posteriores informes acerca de las medidas “...que se han adoptado o se están adoptando para cumplir las obligaciones precisas y positivas que establece el artículo 3...”¹⁴⁷. Al leer las disposiciones del Pacto, en conjunto con su artículo 2, el Comité también ha exigido medidas positivas respecto de otros derechos¹⁴⁸.

Luego, en 1989, en un Comentario General acerca de la no discriminación, el Comité señaló:

¹⁴⁴ Comentario General 3/31, A/36/40, (1981) pág. 109. Énfasis agregado.

¹⁴⁵ El artículo 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, *supra*, nota al pie N° 3, establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.”

¹⁴⁶ Comentario General 4/13, párrafo 2, pág. 109, *supra*, nota al pie N° 144. Parece probable que aquí el término “acción positiva” se está usando en el sentido de actos “positivos”, entre los cuales los “programas de acción afirmativa” son una de sus posibles manifestaciones. Énfasis agregado.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Véase Comentario General 7 (16), A/37/40 (1982); el artículo 2(2) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, *supra*, nota al pie N° 3, establece: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

“El Comité desea señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que en ciertos casos el Pacto les exige expresamente que tomen medidas que garanticen la igualdad de derechos de las personas de que se trate. Por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 23 estipula que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidad de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. Las medidas que se adopten podrán ser de carácter legislativo, administrativo o de otro tipo, pero los Estados Partes tienen la obligación positiva de asegurarse de que los esposos tengan igualdad de derechos, como lo exige el Pacto. En lo que respecta a los hijos, el artículo 24 dispone que todo niño, sin discriminación alguna ... tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”¹⁴⁹.

Sus comentarios establecen claramente que la implementación adecuada de la igualdad de los derechos contemplados en el Pacto exigirá medidas positivas del Estado.

El CEDAW también ha formulado recomendaciones generales que indican que su posición, con respecto a que la Convención impone obligaciones positivas orientadas a lograr la igualdad. En 1988, el CEDAW señaló en la Recomendación General Número 8¹⁵⁰:

“El Comité... *Recomienda* a los Estados Partes que adopten otras medidas directas de conformidad con el artículo 4 de la Convención a fin de conseguir la plena aplicación del artículo 8 de la Convención y garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, las oportunidades de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en las actividades de organizaciones internacionales.”

El CEDAW ha planteado también propuestas específicas en cuanto a las acciones positivas del Estado que serían adecuadas para aplicar efectivamente las disposiciones de la Convención. En el contexto del derecho de igualdad de remuneraciones por un trabajo de igual valor, el CEDAW recomendó que los Estados Partes¹⁵¹:

“Consideren la posibilidad de estudiar, fomentar y adoptar sistemas de evaluación del trabajo sobre la base de criterios neutrales en cuanto al sexo que faciliten la comparación del valor de los trabajos de distinta índole en que actualmente predominen las mujeres con los trabajos en que actualmente predominen los hombres... Apoyen, en lo posible, la creación de mecanismos de aplicación y fomenten los esfuerzos de las partes en los convenios colectivos pertinentes por lograr la aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor.”

La Corte Europea de Derechos Humanos ha formulado comentarios similares a los del Comité de Derechos Humanos en el contexto de definir los derechos contemplados en la Convención Europea. Ha señalado que en ciertas circunstancias la pasividad por parte del

¹⁴⁹ *Supra*, nota al pie N° 4, párrafo 5.

¹⁵⁰ Sesión VII, 1988, A/43/38 (1988), pág. 111.

¹⁵¹ Recomendación General N° 13, Sesión VIII, 1989, A/44/38 (1989), pág. 82.

Estado no es suficiente. Por ejemplo, el caso *Marckx* involucraba el derecho al respeto de la vida familiar¹⁵² y legislación que, *inter alia*, contenía distintas normas relativas a los derechos de sucesión de los niños ilegítimos. La Corte sostuvo:

“la finalidad del artículo es “esencialmente” la de proteger al individuo de injerencias arbitrarias por parte de autoridades públicas. No obstante, no se limita solamente a obligar al Estado a abstenerse de dicha injerencia; además de esta obligación principalmente negativa, también podrían haber obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo por la vida familiar”¹⁵³.

La mayoría de los integrantes de la Corte sostuvo que existía una violación al artículo 14, considerado en conjunto con el artículo 8, y declaró que en tales circunstancias estas obligaciones positivas exigían “...la existencia en la ley interna de salvaguardas legales que, a contar del nacimiento, posibiliten la integración del niño a la familia”¹⁵⁴.

El caso *Airey* involucró el derecho de acceso a un tribunal¹⁵⁵ y el derecho al respeto de la vida familiar de una mujer que no podía solventar los costos de tramitar un decreto de separación judicial. La Corte sostuvo de manera similar que:

“el acto de entorpecer, de hecho, puede contravenir la Convención de la misma manera que un impedimento legal. Además, el cumplimiento de una obligación contraída en virtud de la Convención exige, en ocasiones, algún tipo de acción positiva del Estado; en tales circunstancias, el Estado no puede simplemente permanecer pasivo y ‘... aquí no cabe distinción posible entre acción y omisión’”¹⁵⁶.

En *X e Y vs. los Países Bajos*¹⁵⁷, una niña de 16 años con discapacidad mental que vivía en un hogar privado para niños con discapacidad mental fue obligada a tener relaciones sexuales con un hombre que era pariente del operador del hogar. Su padre intentó entablar una querrela y solicitar la institución de acciones penales en nombre de la niña. El fiscal decidió no iniciar acciones contra el agresor, a condición de que éste no cometiera un delito similar en los siguientes dos años. La Corte de Apelaciones luego dictaminó que la única disposición procedente del Código Penal exigía que fuese la propia víctima quien presentase la querrela, lo que en este caso era imposible y como resultado de ello no pudo apelarse la resolución del fiscal. La Corte Europea sostuvo que la ausencia de disposiciones penales

¹⁵² Artículo 8(1), Convención Europea de Derechos Humanos, *supra*, nota al pie N° 1.

¹⁵³ *Marckx*, *supra*, nota al pie N° 12, párrafo 31 [traducción libre].

¹⁵⁴ *Ibid.* [traducción libre].

¹⁵⁵ Artículo 6(1), *supra*, nota al pie N° 1.

¹⁵⁶ *Airey vs. Irlanda*, 9 de octubre de 1979. Volumen 32, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 25. Véase también párrafo 32, (artículo 50 decisión relativa a reparaciones, *Airey vs. Irlanda*, 6 de febrero de 1981. Volumen 41, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos). La reparación en este caso consistió en lo siguiente: En un avenimiento con la reclamante, el gobierno irlandés aceptó cubrir todos sus futuros costos y gastos legales razonablemente incurridos en la obtención de un recurso de separación legal ante los tribunales irlandeses. La Corte tomó nota del avenimiento y decidió que era “justo”. Adicionalmente, la Corte ordenó al gobierno que pagara 3.140 libras como indemnización por ansiedad mental.

¹⁵⁷ 26 de marzo de 1985, Volumen 91, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos.

aplicables a estas circunstancias¹⁵⁸ conllevaba una violación al artículo 8, el que establece que “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”¹⁵⁹. La Corte señaló:

“... si bien la finalidad del artículo 8 es esencialmente la de proteger a las personas de injerencias arbitrarias por parte de autoridades públicas, no se limita solamente a obligar al Estado a abstenerse de dicha injerencia; además de esta obligación principalmente negativa, también podrían haber obligaciones positivas inherentes en el “respeto” efectivo por la vida familiar... Estas obligaciones pueden entrañar la adopción de medidas diseñadas para garantizar el respeto por la vida privada, incluso en la esfera de las relaciones interpersonales”¹⁶⁰.

Con mayor especificidad, la Corte sostuvo que “...la protección que ofrece la ley civil en el caso de un agravio del tipo infligido a la Srta. Y es insuficiente”¹⁶¹. Si bien sólo el caso *Marckx* se resolvió en el contexto del artículo 14, estos tres casos demuestran que la protección adecuada de los derechos y libertades contemplados en la Convención *exigirán*, en ocasiones, que el Estado adopte medidas positivas.

Esta obligación positiva, en las palabras del caso *X e Y*, se aplicaría “incluso en la esfera de las relaciones interpersonales”¹⁶². La declaración puntualiza que la obligación de los Estados Partes de adoptar acciones positivas para lograr la igualdad está estrechamente vinculada con la cuestión de si las respectivas convenciones afectan las relaciones entre particulares. Si un particular viola el derecho a la no discriminación, ¿tiene el Estado la obligación de proporcionar una acción de reparación? El derecho internacional tradicional, que se estimaba regía las relaciones entre los Estados, habría entregado una respuesta negativa. Pero el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desafía las viejas suposiciones porque se aplica a las obligaciones que asumen los Estados para proteger los derechos y las libertades individuales. ¿Es la obligación de proteger esos derechos y libertades de la contravención por otras personas parte de la responsabilidad internacional que ha contraído el Estado?

Ante esta pregunta, es posible citar algunas respuestas positivas formuladas recientemente por organismos internacionales que monitorean el cumplimiento de normas de no discriminación, aunque ellas no son pronunciamientos generales. En primer lugar, CEDR ha emitido una opinión relativa a la supuesta violación del artículo 5(e)(i) de la Convención¹⁶³. CEDR estableció que este artículo – que garantiza la igualdad ante la ley con respecto al derecho al trabajo y la protección contra el desempleo – había sido violado cuando la reclamante fue despedida a través de la sentencia de un tribunal que actuó a solicitud de su empleador. La solicitud del empleador se fundaba, claramente, en motivos discriminatorios para despedirla, pero la decisión del tribunal no hizo referencia alguna a los fundamentos discriminatorios de dicha solicitud. A modo de reparación, CEDR sugirió que el Estado

¹⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 27.

¹⁵⁹ *Supra*, Convención Europea de Derechos Humanos, nota al pie N° 1.

¹⁶⁰ *Supra*, nota al pie N° 157, párrafo 23 [traducción libre].

¹⁶¹ *Supra*, nota al pie N° 157, párrafo 27 [traducción libre].

¹⁶² *Supra*, nota al pie N° 160 [traducción libre].

¹⁶³ *Yilmaz Dogan vs. los Países Bajos*. Comunicación N° 1/1984, A/43/18 (1988), pág 59.

ayudase a la reclamante a conseguir un empleo o le proporcionase otra reparación equitativa en caso de que se mantuviese desempleada. A pesar de que su despido había sido consecuencia última de una orden judicial (o de la acción de un órgano del Estado), el caso sugiere que el Estado Parte tiene una responsabilidad de proteger a las personas de la discriminación cuando se encuentran empleadas por privados. Adicionalmente, la reparación significó intentos por conseguir a la reclamante un puesto de trabajo alternativo a pesar del hecho de que el Estado no había sido su empleador.

En segundo lugar, en su Comentario General acerca de la no discriminación, el Comité de Derechos Humanos emplaza a los Estados Partes: "...el Comité quisiera saber si sigue existiendo algún problema de discriminación de hecho, practicada ya sea por las autoridades públicas, la comunidad o por personas u órganos privados. El Comité desea ser informado acerca de las disposiciones legales y medidas administrativas encaminadas a reducir o eliminar tal discriminación"¹⁶⁴. Lo anterior sugiere que el Comité estima que los Estados Partes del Pacto tienen la obligación de garantizar protección contra la discriminación por parte de privados. Esta obligación podría entrañar, por ejemplo, la introducción de legislación anti-discriminación orientada a privados y que contenga normas de no discriminación aplicables a contextos tales como alojamiento, prestación de servicios y empleo.

En tercer lugar, como se mencionara anteriormente, CEDAW ha formulado una recomendación general en cuanto a que, para aplicar la disposición de igualdad de remuneración en trabajos de igual valor, los Estados Partes deben adoptar sistemas de evaluación laboral, apoyar la creación de mecanismos de aplicación y fomentar los esfuerzos de las partes hacia convenios colectivos para lograr la aplicación del principio¹⁶⁵. En esta recomendación, el término "partes" no se limitaba a empleados fiscales.

Por otra parte, sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos no ha admitido casos relativos a este mismo asunto. Por ejemplo, la Comisión rechazó la solicitud de una mujer que había sido despedida por su empleador luego de que ella formulara un reclamo por acoso sexual de parte de un compañero de trabajo¹⁶⁶. No obstante, el caso parece incongruente con el de *X e Y* visto por la Corte Europea. Si en ocasiones debe poder recurrirse a la ley penal en circunstancias en que el goce de derechos y libertades ha sido menoscabado por un particular, parecería entonces que al menos debiera ser posible tener acceso a los recursos de la ley civil en circunstancias menos dramáticas.

CONCLUSIONES

Como señalé al inicio, el derecho internacional contiene formas múltiples y diversas del principio de igualdad y no discriminación. Algunas disposiciones de igualdad son autónomas, otras subordinadas; algunas son abiertas, otras restringidas y otras no enumeran ningún motivo; algunas se refieren a la igualdad ante la ley, otras a la igualdad de protección, o a la discriminación o bien a la distinción; algunas especifican contextos tales como el empleo o la

¹⁶⁴ *Supra*, nota al pie N° 4, párrafo 9.

¹⁶⁵ Véase *supra*, nota al pie N° 151.

¹⁶⁶ Solicitud N° 12597/86, 8 de mayo de 1987, inédita. Véase Buquicchio-de Boer. M. *Sexual Equality in the European Convention on Human Rights: A Survey of Case-Law*, 1989. Documento Consejo de Europa EG (89) 3, págs. 21-22.

educación, otras no lo hacen; algunas contienen definiciones de discriminación, otras no; algunas permiten medidas especiales de protección, otras no las explicitan. Esta variación ha dirigido la atención hacia los problemas que encierra la definición de igualdad o principio de no discriminación, para los cuales las diversas fuentes del derecho internacional sí entregan resultados sustantivos y consistentes. Desde el punto de vista holístico, si bien no existe una única fuente para estas conclusiones, podríamos resumir los retazos de definición coherentes del concepto de igualdad de trato o no discriminación que existen en el derecho internacional de la siguiente manera:

- No todas las diferencias de trato son discriminatorias o bien la igualdad no significa trato idéntico.
- Una distinción es discriminatoria (a) si no tiene justificación objetiva y razonable o si no persigue un fin legítimo; o (b) si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados para lograrlo.
- Al menos cuando se trate de distinciones fundadas en la raza (incluyendo el color de la piel y el origen nacional o étnico), el sexo y la religión, será más difícil establecer la legitimidad del fin y la razonabilidad de la relación entre el fin y los medios empleados para lograrlo.
- Las creencias tradicionales o prejuicios locales no se aceptan como justificación razonable de un trato diferente.
- El propósito o intención discriminatorio no es un requisito de la discriminación.
- Las preferencias podrían ser discriminatorias si tienen el efecto de menoscabar la igualdad.
- La no discriminación se aplica a todos los actos estatales, independientemente de si dichos actos son exigidos por el derecho internacional.
- Las medidas especiales o acciones afirmativas serán coherentes con la igualdad o no discriminación siempre y cuando: se apliquen con el consentimiento de los miembros del grupo; se adopten con la finalidad exclusiva de lograr la igualdad; sean temporales; se discontinúen cuando se haya alcanzado el objetivo; no entrañen la mantención de estándares desiguales o separados.
- Las medidas positivas del Estado y, en ciertos casos, la acción afirmativa o trato preferencial, son necesarias, en ocasiones, con el fin de que el Estado pueda cumplir con su obligación de respetar la igualdad.
- La necesidad de medidas positivas del Estado se puede ampliar a la protección de las personas de impedimentos a la igualdad impuestos por terceros particulares.

El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos

Una Perspectiva Global*

Carlos S. Nino

Las violaciones masivas a los derechos humanos han ocurrido reiteradamente a lo largo de los siglos; sin embargo, no existe consenso acerca de cómo hacerles frente. Ocurren en las regiones desarrolladas y subdesarrolladas del mundo, en tiempos de paz y en tiempos de guerra. Los medios empleados para enfrentar las violaciones de derechos humanos también son diversos y abarcan desde tribunales internacionales y juicios nacionales hasta purgas extrajudiciales y amnistías generales.

La historia indica que es mucho más difícil enfrentar las violaciones masivas de derechos humanos que los crímenes comunes, incluso cuando los agentes políticos que los cometieron ya dejaron de tener poder e influencia. El silencio y la impunidad han sido más bien la norma que la excepción y, a menudo, las escasas investigaciones que se han realizado han apuntado a acciones o personas equivocadas.

LOS CRÍMENES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

El preludeo

Los intentos por impartir justicia en forma retroactiva tras la Primera Guerra Mundial enfrentaron dificultades similares a aquellas que frustrarían otros intentos a lo largo del siglo. Las potencias victoriosas de la Primera Guerra Mundial acusaron al gobierno alemán y a sus aliados de cometer atrocidades de guerra que incluían, entre otras, la despiadada invasión de Bélgica, el posterior ataque y destrucción de la milenaria ciudad de Lovaina; la toma de rehenes civiles y el posterior asesinato de muchos de ellos; la violación de mujeres; el asesinato de niños y adultos durante la ocupación de Francia; el lanzamiento de zeppelines sobre Londres, que ocasionó la muerte a doscientos civiles; el hundimiento del *Lusitania* que significó la pérdida de mil doscientas vidas civiles; y la ejecución de la directora de la escuela

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de Emecé Editores S.A., Argentina.

de enfermería de Bruselas, Edith Cavell. Según los escritos de Telford Taylor, estas atrocidades reflejaban la torpeza, arrogancia y absoluta brutalidad del gobierno alemán¹.

Frente a tan repudiable conducta, el sentir popular, especialmente en Francia, exigió castigo para los autores, incluido el mismo Káiser, quien se refugió en Holanda. En respuesta, durante la Conferencia de Paz de París en 1919, las potencias victoriosas crearon la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y para la Imposición de Sanciones. Dicha comisión emitió un informe acusando a Alemania y a sus aliados de violar las leyes de guerra, y recomendó la formación de un tribunal internacional integrado por veintidós miembros, para procesar a los responsables de estas atrocidades, incluido el Káiser. A los tribunales nacionales se les reconoció jurisdicción para procesar delitos de menor gravedad. La comisión determinó que la iniciación de guerra ofensiva no era un crimen bajo el derecho internacional, pero recomendó que dicho acto debía ser objeto de una condena moral y tipificarse en el futuro como un crimen internacional.

A pesar de la renuencia del Presidente Woodrow Wilson a imponer una suerte de “justicia del vencedor”, la delegación estadounidense enviada a la Conferencia de Paz de París llegó a una solución de compromiso con el resto de las delegaciones. Esto quedó reflejado en los artículos 227 al 230 del Tratado de Versalles, que establecían que el Káiser debía ser juzgado ante un tribunal internacional, integrado por jueces de Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón, por delitos contra la moral y la intangibilidad de los tratados. Otras personas acusadas de violar las leyes y costumbres de la guerra fueron juzgadas ante cortes militares de los países victoriosos. El Tratado de Versalles también exigió a Alemania la extradición de los presuntos criminales. En los tratados de paz firmados con Austria, Hungría y Bulgaria se incluyeron cláusulas similares.

No obstante, estas disposiciones no significaron mucho: Holanda se negó a entregar al Káiser al percibir de que los Aliados estaban divididos respecto de la aplicación de esa parte del tratado y que existían garantías informales de que los Aliados no recurrirían a medidas de coerción. Cuando los países agraviados solicitaron a Alemania que entregase a los criminales, ésta intentó ganar tiempo haciéndose eco de la resistencia popular. Temiendo que esta oposición pusiera en peligro el tratado, particularmente las disposiciones relativas a reparaciones, los Aliados aceptaron la propuesta germana de procesar a los acusados ante la Corte Suprema Alemana en Leipzig. El juicio se inició con la condena de tres soldados alemanes acusados de golpear a unos prisioneros británicos; los condenados recibieron sentencias de seis a diez meses de prisión. Un comandante de submarino acusado de hundir un buque-hospital británico fue absuelto, estimándose que sólo había cumplido órdenes. El teniente Helmut Patzig, acusado de hundir otro buque-hospital británico, no fue hallado para enfrentar el juicio. En cambio, se acusó a dos subordinados de homicidio simple y fueron sentenciados a cuatro años de prisión, pero escaparon, aparentemente con la ayuda de sus carceleros. Puesto que el sentir popular alemán influyó indebidamente en el resultado de estos juicios, los franceses y belgas esgrimieron el Tratado de Versalles para declarar inválidos los juicios de Leipzig.

¹ Telford Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir* (Nueva York: Knopf, 1992), 12.

El intento por “reivindicar” el genocidio de los armenios por parte de los turcos fue igualmente infructuoso. A partir de 1914, los “Jóvenes Turcos” deportaron a seiscientos mil armenios (un tercio de la población armenia radicada en Turquía) al desierto de Siria, donde fueron masacrados. Aunque el sultán de Turquía deseaba aplacar a los Aliados, particularmente a los británicos, sólo se condenó a dos oficiales. Si bien el Tratado de Lausana de 1923 contemplaba la amnistía respecto de estos crímenes, hubo quienes hicieron justicia retroactiva por su propia mano. Por ejemplo, en 1921 un armenio mató de un disparo a uno de los principales arquitectos de la masacre, Talaat Bey, en Berlín. El homicida fue procesado y absuelto al aceptarse la teoría de que había actuado motivado exclusivamente por el deseo de vengar a su pueblo.

Los tribunales de Nuremberg

Jamás antes de la Segunda Guerra Mundial se había enfrentado la humanidad a un poder autoritario que combinaba un deseo despiadado de conquistar el mundo con una doctrina explícita de superioridad racial, que arrastró a la esclavitud y el exterminio a millones de judíos, opositores políticos, minorías étnicas, homosexuales y gitanos. El misterio de cómo tamaña maldad llegó a apoderarse de seres humanos y los predispuso a cometer tales hechos sigue sin explicación. No obstante, este desprecio descarado por los valores humanos fundamentales significó que fuera moralmente imposible para los Aliados permitir que gente como Göring retornara tranquilamente, sin castigo, a la comodidad de su hogar.

Si bien los Aliados coincidieron en que era necesario impartir algún tipo de justicia retroactiva, no hubo consenso respecto de la forma del castigo. En cuanto la victoria aliada alcanzó visos de posibilidad, surgieron en el campo aliado las disensiones acerca de la respuesta apropiada ante las atrocidades de los nazis. Ya en 1942 el Ministerio de Asuntos Exteriores de Gran Bretaña distribuyó un memorando en el que se oponía a una idea que proponía juzgar a criminales de la talla de Himmler, argumentando que en tales casos la culpa era tan profunda que excedía los límites del proceso judicial². En opinión del Ministerio, los principales criminales de guerra debían ser ejecutados al momento mismo de su identificación. Aparentemente, esta posición influyó en la Declaración de Moscú de 1943, en la cual los ministros de relaciones exteriores de Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética acordaron que los principales criminales de guerra serían castigados únicamente mediante una decisión conjunta de los Aliados. Mientras tanto, en Londres se había establecido una Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas. Entre sus representantes se contaban los gobiernos en el exilio y los Aliados. Esta comisión propuso incluir los crímenes en contra de la humanidad (aquellos cometidos contra una persona por causa de su raza o religión) en la lista de crímenes por los cuales podían ser juzgados los oficiales nazis. Sin embargo, los británicos insistieron en que la comisión se limitara a tratar los crímenes de guerra.

En la Conferencia de Yalta de 1945, Churchill se pronunció a favor de ejecutar sumariamente a los principales criminales nazis, pero no se llegó a una decisión definitiva. Cuando la Conferencia de Naciones Unidas sobre Organizaciones Internacionales se reunió en abril de ese año en San Francisco, Estados Unidos había abogado enérgicamente por el uso del

² *Ibid.*, 29.

proceso judicial. Sin embargo, para entonces, muchos criminales nazis ya se habían suicidado o habían sido asesinados. Estos eventos, más la dificultad de precisar la clase de criminales que deberían ser ejecutados, motivó a los británicos a cambiar su posición al mes siguiente.

Los tribunales de Nuremberg fueron una idea del Departamento de Guerra de Estados Unidos y (tras su nombramiento como fiscal en jefe por los Estados Unidos) del Juez de la Corte Suprema, Robert H. Jackson. Los tribunales de Nuremberg quedaron facultados para aplicar la ley internacional no solamente a los crímenes de guerra, sino también al crimen de librar una guerra de agresión y a los crímenes contra la humanidad. Además, el mandato del tribunal le facultaba para juzgar el delito de conspiración para cometer dichos crímenes, lo que facilitaba el someter a proceso a las organizaciones nazis. Esta visión también quedó reflejada en la Conferencia Internacional sobre Juicios Militares, convocada por los Aliados el 26 de junio de 1945 en Londres. En ella tuvieron lugar álgidas negociaciones, provocadas por la desconfianza política y por el choque de las diversas culturas legales. Finalmente, el 8 de agosto de 1945, se firmó la Carta de Londres³. En la Carta se establecía que el tribunal estaría integrado por ocho jueces, dos por cada uno de los cuatro países Aliados, uno con derecho a voto y el otro como suplente. Los juicios se llevarían a cabo en la ciudad de Nuremberg, un lugar simbólico puesto que las leyes antisemitas de 1935 se habían promulgado allí. La primera ronda de juicios se centraría en los criminales principales, seguida por juicios instituidos contra otros imputados.

Una vez que los Aliados definieron la estructura del tribunal, debieron decidir a quiénes imputar y qué cargos enfrentarían. Esta labor creó nuevas disensiones en cuanto a quiénes incluir en la lista de acusados. Por ejemplo, ¿debía someterse a la jurisdicción de Nuremberg a los industriales que contribuyeron a desarrollar la maquinaria de guerra nazi? Finalmente, se acusó a veinticuatro personas, como también a varias organizaciones nazis que, de ser declaradas criminales, podrían facilitar el sometimiento a proceso de sus miembros. En vista de los suicidios de Hitler y Joseph Goebbels, el acusado de mayor rango era Hermann Goering, seguido por Rudolf Hess. Entre los otros acusados se encontraban Joachim von Ribbentrop, Robert Ley, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Ernst Kaltenbrunner, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Wilhelm Keitel, Walter Funk, Hjalmar Schacht, Alfried Krupp, Erich Raeder, Karl Doenitz, Baldur von Schirach, Fritz Sauckel, Albert Speer, Martin Bormann, Franz von Papen, Alfred Jodl, Constantin von Neurath, Arthur Seyss-Inquart y Hans Fritzsche.

El primer juicio de Nuremberg se inició el 20 de noviembre de 1945. El Juez Jackson de Estados Unidos, junto con abogados de las cuatro potencias aliadas, encabezó el equipo de fiscales. El equipo de abogados defensores, integrado por juristas alemanes, fue designado por los acusados. Uno de los mayores problemas prácticos del juicio fue la traducción, particularmente la traducción al alemán del enorme volumen de documentación probatoria presentada por la fiscalía⁴. Otro problema fue la falta de familiaridad de los abogados del

³ La Carta de Londres refleja en gran medida la posición de los Estados Unidos, pero el cargo de conspiración quedó restringido al crimen de iniciar una guerra de agresión, mientras que el borrador propuesto por Estados Unidos relacionaba la conspiración con todos los crímenes. Con esta modificación, las atrocidades cometidas antes de la guerra en contra de los ciudadanos alemanes, mayoritariamente judíos, quedaron fuera de la competencia del tribunal, puesto que no podían considerarse como parte de los preparativos de la guerra.

⁴ Taylor, *Nuremberg Trials*, 176.

continente con el procedimiento anglosajón, especialmente con los métodos de contrainterrogatorio.

Los acusados fueron sometidos a proceso por cuatro cargos distintos:

1. conspiración para librar una guerra de agresión o una guerra contraria a los tratados internacionales⁵;
2. planificación, preparación e inicio de una guerra de agresión o una guerra contraria a los tratados internacionales⁶;
3. crímenes de guerra, definidos como violación de las leyes y costumbres de la guerra, incluido el asesinato, malos tratos, sometimiento a esclavitud y deportación de civiles y prisioneros de guerra⁷;
4. crímenes contra de la humanidad, definidos como asesinato, exterminio, esclavitud y cualquier otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil antes o durante la guerra, como también la persecución por causas políticas, religiosas o raciales, en la ejecución de un crimen o en relación con un crimen perpetrado dentro de la jurisdicción del tribunal, ya fuere que el acusado hubiere o no violado la ley interna del país en que se cometieron los hechos⁸.

En la relación inicial de la fiscalía, el Juez Jackson realizó un apasionado alegato destacando el carácter excepcional de los juicios, particularmente debido a que los países victoriosos se encontraban juzgando actos de extrema maldad cometidos por los vencidos: “Lamentablemente, estos crímenes son de una naturaleza tal que tanto el enjuiciamiento como la sentencia deberán ser realizados por naciones victoriosas respecto de enemigos derrotados ... Si estos hombres son los primeros dirigentes en ser procesados en nombre de la ley, también son los primeros a quienes se les otorga la oportunidad de abogar por sus vidas en nombre de la ley”⁹.

Durante el juicio, la fiscalía inundó a la corte con evidencia que respaldaba los cargos específicos, aportó testigos y contrainterrogó a los acusados. La defensa empleó una serie de estrategias. El día anterior a la sesión inicial, los abogados defensores presentaron un memorando conjunto impugnando la competencia del tribunal para juzgar asuntos que no fueran crímenes de guerra. La corte rechazó esta impugnación, citando la declaración de la Carta de Londres que señalaba que ni la fiscalía ni la defensa podrían objetar la competencia del tribunal.

Los acusados también impugnarón la Carta misma, centrándose en la cuestión de la aplicación retroactiva de las leyes penales. Por ejemplo, el Dr. Hermann Jahrreis, que habló en nombre de todos los acusados respecto de cuestiones de hecho y de derecho, señaló que

⁵ “Carta del Tribunal Militar Internacional”, sec. I, art. 6(a). La Carta está disponible en el Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Trial of War Criminals: Documents: I. Report of Robert H. Jackson to the President: 2. Agreement Establishing an International Military Tribunal: 3. Indictment* (Washington, D.C.: Government Printing Office, 1945), 16.

⁶ “Carta”, sec. I, art. 6(a), 16.

⁷ “Carta”, sec. I, art. 6(b), 16.

⁸ “Carta”, sec. I, art. 6(c), 16-17.

⁹ Taylor, *Nuremberg Trials*, 168.

ninguno de los acusados pudo haber conocido el principio que supuestamente habían violado al momento de cometer los delitos. El Dr. Robert Servatius, abogado de Sauckel sostuvo, por ejemplo, que gran parte de la Convención de La Haya, que norma la guerra terrestre, es esotérica. Por otra parte, algunos de los crímenes de guerra por los cuales los acusados fueron procesados, tales como la prohibición de deportar o someter a personas a trabajos forzados, no están explícitamente prohibidos en la Convención de La Haya. El Dr. Otto Kranzbuehler, abogado de Doenitz, objetó el artículo 8 de la Carta, que establece que la obediencia a las órdenes de un superior debe considerarse como una circunstancia atenuante solamente, pero no como una defensa frente a los cargos. Kranzbuehler argumentó que si el acusado no sabía, o no tenía forma de saber que la orden era ilícita, no tenía por qué asumir responsabilidad alguna. Göring, durante su declaración, reconoció la mayoría de las atrocidades, pero las justificó dentro del contexto más amplio de la ideología nazi.

El tribunal dictó su sentencia el 30 de septiembre de 1946¹⁰. Tras delinear el contexto histórico y procesal del juicio de Nuremberg, el tribunal abordó los aspectos legales, haciendo hincapié en la importancia de las convenciones internacionales. Sustentándose en tratados anteriores a la Segunda Guerra Mundial que condenaban la guerra ofensiva, el tribunal rechazó el cargo de que estaba aplicando leyes penales *ex post facto*. Además, el tribunal definió los crímenes por los que debían responder los acusados en forma individual, limitando el cargo de conspiración a crímenes contra la paz, acotándolos más aún para incluir sólo los actos cercanos al objeto de la conspiración. El tribunal también restringió la interpretación de preguerra de “crímenes contra la humanidad” a aquellos relacionados con el desarrollo de una guerra ofensiva. Como consecuencia, el tribunal dictaminó que era incompetente para juzgar las atrocidades cometidas en Alemania con anterioridad a la invasión de Polonia en 1939. La sentencia luego identificó a las organizaciones que consideraba criminales, principalmente para efectos del castigo posterior¹¹.

Las sentencias de los acusados fueron anunciadas el 1 de octubre de 1946. A Goering se le halló culpable de los cuatro cargos que enfrentaba y fue condenado a morir en la horca. A Hess se le declaró mentalmente competente y fue sentenciado a cadena perpetua. Ribbentrop, Keitel, Kaltenbrunner, Rosenberg, Frank, Frick, Streicher, Jodl, Seyss-Inquart, Sauckel y Bormann también fueron condenados a la horca. Funk, Doenitz, Raeder, Speer, Neurath y Schirach recibieron diversas sentencias de presidio. Von Papen, Schacht y Fritzsche fueron absueltos, con el voto disidente del juez soviético. Los acusados apelaron algunas sentencias ante el Consejo de Control Aliado, impugnando específicamente el medio por el cual se llevaría a cabo la sentencia de muerte. Las apelaciones fueron rechazadas el 11 de octubre de 1946. La ejecución en la horca de los sentenciados a la pena capital se concretó

¹⁰ La sentencia analizó primero la Carta de Londres, el auto de procesamiento, los procesos y la evidencia. Continuó con la historia del surgimiento del Partido Nazi y una relación de las atrocidades cometidas por la Alemania nazi de la preguerra contra distintos grupos, mayoritariamente los judíos. Luego, se refirió a los crímenes que el régimen nazi había cometido al planificar y librar una guerra de agresión. Por último, el tribunal describió las circunstancias del ataque contra cada país y las respectivas invasiones, describiendo las atrocidades cometidas en el curso de cada invasión. Taylor, *Nuremberg Trials*, 574-87.

¹¹ Entre las organizaciones consideradas criminales estaban las Tropas de Elite (*Leadership Corps*); la Gestapo; la agencia de inteligencia y operaciones clandestinas SD (Sicherheitsdienst), y la SS (Schutzstaffel), la organización policial, de inteligencia y seguridad del Partido Nazi. La SA (Sturmabteilung), una fuerza paramilitar conocida comúnmente como “tropas de asalto” o “Camisas Pardas”, sin embargo, no fue declarada criminal, como tampoco lo fueron el Gabinete del Reich, el Comando General y el Alto Comando.

el 16 de octubre; a Goering, sin embargo, se le encontró muerto ese mismo día después de haber ingerido una cápsula de cianuro que había logrado ocultar durante el proceso.

El impacto del juicio en el público alemán es materia de debate. En una encuesta en la que se preguntaba si creían que el nacional socialismo había sido una buena idea, aunque mal implementada, el 53% respondió afirmativamente justo antes del juicio; a medida que el juicio avanzaba y se conocían los crímenes, las respuestas afirmativas descendieron a un 40%. No obstante, en 1947, las respuestas afirmativas habían recobrado el nivel que exhibían antes de 1946 y en 1948 alcanzaron un 55,5%¹². Esta información, aunque limitada, no demuestra una opinión entusiasta acerca del impacto del juicio en los ciudadanos alemanes.

Al juicio inicial le siguieron otros doce juicios de los aliados en Nuremberg, como también juicios individuales que fueron llevados a cabo por cada una de las potencias de ocupación. Posteriormente, se entregó la responsabilidad de encausar a criminales nazis a las autoridades alemanas. Estos esfuerzos fueron de poco provecho. Las propias potencias de ocupación enfrentaron fuertes presiones para dejar en libertad condicional a casi todos los procesados, particularmente a los industriales que se habían beneficiado con el trabajo esclavo. Las cortes alemanas se mostraron bastante indulgentes y extremadamente sensibles a los aspectos legales, tales como la cosa juzgada, que impidieron encausar a aquellos que habían sido perdonados por las cortes aliadas, o la aplicación retroactiva de la ley penal, cuestionando la legalidad de condenar a miembros del régimen nazi en virtud de cuerpos legales que no estaban vigentes al momento de cometerse los hechos. Los juicios internos continuaron en Alemania hasta bien avanzados los años '50, hasta que eventualmente decayó todo interés por los mismos.

Sin embargo, a fines de esa década resurgió el interés por establecer las responsabilidades de los nazis, probablemente motivado en parte por la presión que ejerció el nuevo Estado de Israel y el renacimiento paralelo de una conciencia judía en Estados Unidos y otros lugares del mundo. El Parlamento británico, por ejemplo, amplió los plazos de prescripción de los crímenes de los nazis en dos oportunidades y finalmente los derogó. A pesar de estos esfuerzos, los resultados nada tuvieron de dramáticos. Según John H. Herz, en más de 1.000 casos que fueron llevados a proceso entre 1959 y 1969, menos de 100 de los criminales nazis encausados recibieron condenas de cadena perpetua y menos de 300 recibieron penas de presidio menores¹³. En los siguientes doce años se dictaron 6.000 condenas, pero sólo 157 de ellas correspondieron a presidio perpetuo. A pesar de que los jueces nazis impusieron 26.000 condenas de muerte por “crímenes” tales como contar chistes anti nazi, ni uno solo de esos jueces fue condenado por esas funestas penas, con frecuencia dictadas sin ninguna garantía procesal.

Hay quienes piensan que el legado del nazismo fue más que satisfactoriamente purgado a través de reparaciones¹⁴. Alemania pagó cuantiosas indemnizaciones por daños materiales y restitución de propiedad. Por otra parte, también restituyó ciudadanía, grados

¹² Véase Jutta-B. Lange-Quassowski, “Coming to Terms with the Nazi Past: Schools, Media, and the Formation of Opinion”, en John H. Herz, ed. *From Dictatorship to Democracy: Coping with the Legacies of Authoritarianism and Totalitarianism* (Westport, Conn.: Greenwood, 1982), 97.

¹³ John H. Herz, “Denazification and Related Policies”, *Dictatorship to Democracy*, 20.

¹⁴ *Ibid.*, 21.

académicos y algunos cargos profesionales a personas que habían sido perseguidas durante la guerra.

Si bien las potencias aliadas lanzaron una amplia campaña de “desnazificación”, orientada a eliminar de la vida pública a quienes tuvieron conexiones con las actividades nazis, los resultados fueron limitados. Los antiguos nazis encontraron formas de eludir la detección y las autoridades mostraron una creciente tendencia a “hacer la vista gorda” frente a la evidencia de un pasado nazi.

Las secuelas de Nuremberg

Con posterioridad a Nuremberg, se realizaron más juicios por violaciones masivas de los derechos humanos en países que habían sido aliados de la Alemania nazi, como también en los que fueron invadidos por ella: Italia, Japón, Austria, Francia, Bélgica, Hungría, Polonia y Checoslovaquia.

Austria. En 1938, la *Anschluss* selló la unión de Austria y Alemania. Esta “unificación” puso término a la dictadura interna del Frente Patriótico e instauró el control directo de los nazis. En la Declaración de Moscú de 1943, los Aliados proclamaron que al término de la guerra se volvería a crear una Austria independiente y, de hecho, tras su ocupación en 1945, Austria recuperó su independencia. Poco tiempo después, se llamó a elecciones libres al amparo de la reinstituída Constitución de 1920. No obstante, la tutela aliada continuó hasta el Tratado de 1955 y la incorporación del país al sistema de Naciones Unidas.

Los Aliados fomentaron la “desnazificación” de Austria, aunque permitieron que el propio gobierno austríaco ejecutara las medidas necesarias. Con este fin, el gobierno austríaco aprobó una ley que dividía al casi medio millón de miembros del Partido Nazi en categorías, según su mayor o menor grado de participación en el régimen. A los que habían estado fuertemente involucrados (alrededor de unos 40.000, correspondientes a miembros de la Gestapo y SS, que recibieron medallas del partido y se beneficiaron con ventajas económicas) se les impuso multas onerosas. Otros miembros del Partido Nazi perdieron sus cargos públicos e incluso sus hogares. Por ejemplo, la mitad de los jueces del período nazi fueron reemplazados o no se les renovaron sus cargos; ante la presión de los Aliados, los que habían estado más profundamente involucrados debieron enfrentar acusaciones penales. Durante los primeros tres años de la Segunda República, las Cortes del Pueblo enjuiciaron a 17.500 personas por crímenes de guerra; no obstante, sólo 43 fueron condenadas a muerte y de éstas sólo 29 fueron finalmente ejecutadas. El proceso de “desnazificación” nunca afectó a muchos nazis austríacos, ya que el gobierno promulgó una amnistía en beneficio de aquellos “menos” implicados, justo a tiempo para las elecciones de 1949¹⁵. En 1957 el gobierno austríaco promulgó una nueva amnistía para todos los miembros del Partido Nazi.

Italia. El más cercano de los aliados de la Alemania nazi fue la Italia fascista. A diferencia del caso de Alemania e incluso de Austria, los Aliados creían que la

¹⁵ Frederick C. Engelmann, “How Austria has Coped with Two Dictatorial Legacies”, *Dictatorship to Democracy*, 144.

“desfascificación” en Italia era un asunto esencialmente interno. Inmediatamente después del armisticio con los Aliados, el gobierno de Badoglio dictó un gran número de decretos para purgar la administración de fascistas, establecer principios para el procesamiento de crímenes fascistas y crear un alto comisionado para la “desfascificación”. Para ocupar tal cargo se designó al republicano Conde Sforza. Una ley de 1944 definió con mayor detalle las responsabilidades del alto comisionado: castigar los crímenes fascistas, purgar la administración, confiscar ganancias fascistas y la disposición de los bienes del Partido Fascista. En la sección de la ley que trata de la penalización, el gobierno italiano reconocía la necesidad de contar con leyes penales *ex post facto*, si bien evitaba su aplicación restituyendo el liberal código penal de antaño, que había sido derogado ilegalmente durante el fascismo¹⁶. La vaga definición de crímenes que contemplaba la ley, junto con las descripciones detalladas de circunstancias eximentes, reflejaban el cometido del alto comisionado de “golpear arriba y perdonar abajo”. La aplicación de esta ley se encomendó a un sinnúmero de entidades judiciales y semijudiciales, incluida la Corte Suprema, que sería competente para juzgar a los altos dirigentes del fascismo por crímenes cometidos contra el Estado en el proceso de alcanzar el poder; los tribunales ordinarios tendrían competencia para juzgar a dirigentes de menor rango acusados de cargos similares antes del armisticio; las cortes ordinarias y marciales juzgarían a quienes habían colaborado con los alemanes después del armisticio; y comisiones especiales, integradas por representantes de ministerios, cuerpos de administración local y asociaciones profesionales llevarían a cabo otras purgas.

Dadas las dificultades prácticas que presentaba la recopilación de evidencia, esta orientación judicial hacia la “desfascificación” se dilató¹⁷. Como tal, la “desfascificación” engendró sentimientos de hipocresía más que de justicia. En última instancia, el cargo de alto comisionado fue abolido y el Ministro de Justicia aprobó una ley de amnistía, convirtiendo en una parodia los intentos de procesamiento criminal. Sólo un número reducido de torturas “extremadamente crueles” quedó excluido de la ley de amnistía. A la mayor parte de los funcionarios públicos que habían sido exonerados se les reincorporó a sus cargos y se puso término abruptamente a la confiscación de ganancias económicas obtenidas durante el régimen fascista. Por otra parte, la venganza privada era eficaz en Italia. La cantidad de fascistas que desaparecieron o que fueron ejecutados sumariamente en las semanas posteriores a la liberación fluctúa entre la cifra oficial de 1.732 y las estimaciones de los neofascistas de 300.000; los comentaristas estiman razonablemente que la cifra asciende a 30.000¹⁸.

Francia. En 1940, Francia fue invadida por la Alemania Nazi y el 22 de junio se firmó un armisticio. Éste dividía a Francia en una zona ocupada, que incluía París, y en una zona libre, administrada por un gobierno nacional con sede en Vichy, que también controlaba las colonias. En 1944 los Aliados liberaron Francia, y el sentir público, alimentado por un movimiento de resistencia bastante sólido, ejerció presión para que los colaboradores del gobierno de Vichy y los invasores germanos fueran castigados.

El Comité de Liberación Nacional creó una comisión de prestigiosos juristas para establecer los principios rectores que se aplicarían a las purgas y penalización subsiguientes.

¹⁶ Giuseppe Di Palma, “Italy: Is There a Legacy and Is It Fascist?”, *Dictatorship to Democracy*, 199-120.

¹⁷ *Ibid.*, 121.

¹⁸ *Ibid.*, 133, n. 50.

El Artículo 75 del Código Penal de Francia, que establece que la traición es un delito penado por ley, proporcionó el mecanismo legal para lograr la justicia retroactiva. Pero el Comité definió la traición de manera tan amplia que casi todos los que no habían seguido al General Charles de Gaulle al exilio o que no habían empuñado armas en contra de Vichy, los alemanes o sus fuerzas paramilitares, quedaban expuestos a cargos de traición¹⁹. El Comité declaró que Vichy era un gobierno ilegítimo y que el estado de guerra con Alemania había existido desde 1939. Todo el que hubiere tenido tratos con los alemanes desde el día del armisticio sería, por lo tanto, considerado un traidor. Esta amplia definición de traición generó un dilema legal.

Para corregir el problema, los franceses crearon un nuevo delito retroactivo: el de “colaboración”. Este delito, castigado con la pena de muerte, consistía en haber prestado apoyo material o moral al enemigo, incluso indirectamente, mediante ayuda al gobierno de Vichy en su política interna o externa. Ya que esta definición también era excesivamente amplia, se creó un nuevo crimen retroactivo para los infractores menores: “indignidad nacional”. El delito de indignidad nacional consistía en la participación, en cualquier forma, en el gobierno nazi o de Vichy, a partir del armisticio y hasta la liberación; en la producción o distribución de propaganda en nombre de éstos; la participación en el Comisariado para Asuntos Judíos; y la participación o afiliación en cualquier organización que apoyara la colaboración. El gobierno francés, por lo tanto, dividió los delitos relacionados con el pasado nazi en tres categorías: traición, colaboración e indignidad nacional.

La definición de estos delitos dio lugar a procedimientos judiciales y semijudiciales. Al principio, cortes marciales y tribunales especiales de “urgencia” juzgaron varios casos, sin muchas garantías procesales. Las decisiones administrativas llevaron a la internación de unas 120.000 a 150.000 personas, muchas de las cuales aparecían en listas de colaboradores o de miembros de organizaciones pro-nazi elaboradas por la Resistencia y grupos gaullistas. Con el tiempo, las cortes asumieron la responsabilidad de enjuiciar estos delitos: la Corte Suprema se hizo cargo de los juicios por los crímenes más graves; las *cours de justice*, los de los crímenes menores; y las *chambres civiques*, tribunales locales, juzgaron los delitos de indignidad nacional. Unas 200.000 personas fueron acusadas formalmente, 100.000 fueron efectivamente procesadas y 65.000 fueron declaradas culpables, permaneciendo en una especie de limbo hasta la promulgación de la ley de amnistía de 1953²⁰. El Mariscal Philippe Pétain, líder del régimen de Vichy y Pierre Laval, presidente del Consejo de Ministros de Vichy, fueron condenados a muerte en 1945. El segundo de ellos fue efectivamente ejecutado, pero la sentencia de Pétain fue posteriormente conmutada por presidio perpetuo.

Los casos de ciudadanos privados que tomaron la justicia en sus propias manos fueron incluso más comunes en Francia que en Italia. Sólo en 1944, unas 40.000 personas acusadas de colaborar con los nazis fueron ajusticiadas por ciudadanos privados.

Bélgica. Los Aliados liberaron Bélgica en 1944. Poco tiempo después, la Corte Suprema belga validó las leyes promulgadas por el gobierno en el exilio durante la ocupación nazi. El delito de colaboración fue reconocido en algunas de estas leyes. Entidades no

¹⁹ Roy C. Macridis, “France: From Vichy to the Fourth Republic”, *Dictatorship to Democracy*, 169.

²⁰ *Ibid.*, 172. Se dictaron más de 7.000 penas de muerte, y aproximadamente 899 personas fueron ejecutadas, en tanto que 13.000 fueron condenadas a trabajos forzados, 2.750 de ellas de por vida.

judiciales manejaron la purga contra los colaboradores, mientras que cortes militares procesaron a los acusados de colaboración. Cuatrocientos mil personas en total, un 7% de la población adulta de Bélgica, enfrentaron la posibilidad de un juicio. A decenas de miles de ellas se las penalizó por actos de colaboración.

El delito de colaboración comprendía tanto la colaboración económica como política. Sin embargo, el delito de colaboración económica fue considerado contraproducente, ya que implicaba a muchos miembros destacados de la comunidad comercial, como también a más de 60.000 trabajadores que se habían ofrecido voluntariamente para trabajar en Alemania. Por lo tanto, en 1945 el gobierno socialista dictó una ley interpretativa de la ley de colaboración, en la que se exigía prueba de tentativa de ayudar a la maquinaria de guerra alemana antes de declarar a una persona culpable de colaboración económica. El gobierno desestimó los cargos en contra de los trabajadores.

Japón. Aunque durante la Segunda Guerra Mundial el régimen japonés fue extremadamente autoritario, la persecución de los opositores políticos en ese período fue más sutil que la emprendida por sus aliados alemanes e italianos. El gobierno interpretó la Ley de Conservación de la Paz de 1925 en términos cada vez más amplios a fin de neutralizar a todos aquellos que podían “alterar” el orden establecido²¹.

Dado el carácter relativamente benigno de la persecución política japonesa, el Comandante Supremo de las Potencias Aliadas no hizo ningún intento por castigar los crímenes cometidos por el ejército japonés contra sus conciudadanos. Esta posición contrasta profundamente con el celo con el que los Aliados procesaron los crímenes de guerra cometidos por los japoneses. Las comisiones militares aliadas enjuiciaron a más de 5.500 personas por crímenes de guerra y dictaron 3.500 sentencias de presidio, como también 900 condenas a la pena capital. En procesos similares a los de Nuremberg, veintiocho líderes japoneses fueron enjuiciados por crímenes contra la paz ante un Tribunal Militar Especial para el Lejano Oriente. Tras un dilatado juicio, en noviembre de 1948, siete acusados recibieron sentencias de muerte; dieciséis, de cadena perpetua; y dos, penas menores de presidio.

El caso del General Tomoyuki Yamashita fue particularmente interesante desde el punto de vista legal. Yamashita fue el comandante de la ocupación japonesa de las Filipinas. Cuando las tropas estadounidenses desembarcaron, Yamashita ordenó a sus tropas que evacuaran Manila. Pero las tropas “desobedecieron” sus órdenes, asesinando y abusando de más de 20.000 civiles. En vista de la magnitud de la masacre, el fiscal argumentó que Yamashita había permitido intencionalmente o bien ordenado secretamente la masacre. El abogado defensor replicó que el acusado no podía haber mitigado ni prevenido el ataque, porque las líneas de comunicación entre él y sus tropas habían sido destruidas durante la carnicería.

En su sentencia, la corte admitió que un comandante no podía ser condenado por asesinato o violación por el solo hecho de que sus tropas hubiesen cometido asesinato o violación. Pero cuando el asesinato y la violación eran brutales y se cometían durante un largo período de tiempo, y cuando el comandante no intentaba reducir y controlar los actos

²¹ Arthur E. Tiedemann, “Japan Sheds Dictatorship”, *Dictatorship to Democracy*, 184.

criminales, se le podía imputar responsabilidad penal por los actos ilícitos de sus subordinados. Como tal, Yamashita fue declarado culpable y condenado a muerte.

El abogado defensor apeló ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. El voto de mayoría ratificó la pena de muerte, argumentando que las convenciones internacionales atribuían responsabilidad a los jefes militares por los actos de sus subordinados, y que el tribunal había cumplido debidamente sus funciones al determinar dicha responsabilidad. Los votos disidentes replicaron que las convenciones internacionales no admiten responsabilidad penal indirecta por actos de terceros y que era absurdo condenar al acusado por falta de acción, cuando las tropas estadounidenses habían impedido tal acción. El Juez Frank Murphy, uno de los magistrados disidentes, enfatizó que era imposible imputar responsabilidad penal sin que existiese *mens rea*.

Se ha aducido que el principal propósito de los juicios de Tokio era publicitar los crímenes de guerra cometidos por los líderes japoneses²². Es debatible si los juicios consiguieron este objetivo, dado que la mayoría de los ciudadanos japoneses los consideraba como “justicia del vencedor”. Por ejemplo, las cenizas de los siete líderes ejecutados fueron depositadas en un altar, y en 1959 un prominente hombre de estado dedicó una lápida conmemorativa a los “siete patriotas”²³. Asimismo, un criminal de guerra condenado a presidio llegó a ser años más tarde Ministro de Relaciones Exteriores de Japón. En 1950, se liberó y absolvió a todos los criminales de guerra. Aunque el comando aliado ejerció fuertes presiones para llevar a cabo purgas extrajudiciales, menos de 6.000 funcionarios fueron removidos de sus cargos²⁴.

El juicio de Eichmann: justicia retroactiva en el ámbito nacional

La justicia retroactiva se llevó a cabo en tribunales nacionales más que en los de carácter internacional. El juicio de Adolf Eichmann es el ejemplo más destacado²⁵. Durante la tarde del 11 de mayo de 1960, el servicio secreto israelí secuestró a Eichmann en un suburbio de Buenos Aires. Esta violación de la soberanía argentina causó un escándalo de proporciones en el país, aunque fue atenuada por el hecho de que Eichmann había ingresado a Argentina bajo una identidad falsa. El incidente diplomático entre Israel y Argentina concluyó con una declaración conjunta emitida el 3 de agosto de 1960, en la que se reconocía explícitamente que agentes israelíes habían violado la soberanía argentina.

Una corte de distrito de Jerusalén juzgó a Eichmann el 11 de abril de 1960, acusándolo de quince cargos distintos en virtud la ley israelita de 1950 sobre los Nazis y Colaboradores de

²² Ibid., 198.

²³ Ibid., 199-201. En 1973, este altar fue ampliado para honrar la memoria de otros criminales de guerra.

²⁴ Ibid., 199.

²⁵ El caso de John Ivan Demjanjuk, “Iván el Terrible”, el “Carnicero de Treblinka”, es otro ejemplo. Después de su extradición desde los Estados Unidos, en 1988 una corte de Jerusalén condenó a Demjanjuk a muerte por crímenes contra el pueblo judío y crímenes de guerra. La sentencia fue apelada ante la Corte Suprema de Israel y revocada el 29 de julio de 1993, al establecer la Corte que existía duda razonable en torno a la autoría de los crímenes atribuidos a Demjanjuk y por los cuales había sido extraditado. Véase Chris Hedges, “*Acquittal in Jerusalem: Israel Court Sets Demjanjuk Free, But He Is Now Without a Country*”, New York Times, 30 de julio de 1993:1.

los Nazis. Los cargos incluían crímenes contra el pueblo judío, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Todos ellos conllevaban la pena de muerte.

La evidencia probaba de manera convincente que Eichmann era uno de los arquitectos principales de la “Solución Final” y que era responsable de innumerables crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad²⁶. La sentencia de la corte se leyó el 11 de diciembre de 1962. Se declaró culpable a Eichmann de crímenes contra el pueblo judío con la intención de exterminar a toda la población judía mediante el asesinato de millones de judíos, sometiéndolos a condiciones que, con toda probabilidad, los llevaría a su destrucción física, causándoles graves daños físicos y mentales, y prohibiendo el nacimiento de niños judíos. También se le declaró culpable de crímenes contra la humanidad, incluyendo el genocidio de pueblos que no eran de origen judío, asesinato en masa, persecución de judíos por motivos raciales, religiosos y políticos, saqueo de propiedad judía, expulsión de los polacos y eslovacos de sus hogares, y la deportación de gitanos. Además, Eichmann fue declarado culpable de un sinnúmero de crímenes de guerra, como también de ser miembro de organizaciones consideradas criminales en los juicios de Nuremberg. Si bien la corte israelí reconoció que a Eichmann no le cabía responsabilidad directa en la mayor parte de estos crímenes, dictaminó que, en el caso de estos crímenes masivos, la “distancia entre el agente y las víctimas no atenuaba la responsabilidad. Todo lo contrario, en general el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que maneja los instrumentos fatales con sus propias manos”²⁷. Eichmann fue condenado a muerte.

La sentencia fue apelada ante la Corte Suprema de Israel. La Corte ratificó la sentencia del tribunal inferior el 29 de mayo de 1962, rechazando los argumentos de la defensa relativos a órdenes superiores. También desestimó la aseveración de Eichmann en cuanto a que el destino de los judíos no habría cambiado si él no hubiese existido; la Corte sostuvo que la Solución Final no habría adquirido su fanatismo infernal y extremo de no haber sido por Eichmann y sus secuaces. Eichmann elevó una solicitud de clemencia al Presidente de Israel, quien también recibió cartas de tenor similar de muchos personajes destacados, incluyendo a Martin Buber, pero rechazó la petición el 31 de mayo. Eichmann murió en la horca ese mismo día.

Destacados intelectuales, tales como Hannah Arendt, objetaron que Eichmann fuese juzgado en virtud de una ley retroactiva ante una corte de los vencedores. Sin embargo, Arendt creía que una corte israelí podría razonar de la siguiente manera: primero, los juicios de Nuremberg constituían un precedente, y la ley de 1950 sobre los Nazis y Colaboradores de los Nazis se basaba en ese precedente; y segundo, esta legislación difería de cuerpos penales

²⁶ La conexión de Eichmann con el nazismo comenzó en 1932, cuando se afilió al Partido Nazi e ingresó a las SS. En 1934 se unió a la SD, la rama de inteligencia del partido. En 1938, Eichmann fue enviado a Viena para organizar la emigración forzada de los judíos. En 1939, organizó de forma similar la expulsión de los judíos de Praga y también quedó a cargo de la reubicación del pueblo judío. Su conclusión fue que los campos de concentración eran la única opción viable. En 1941, Eichmann, junto con Reinhard Heydrich, se familiarizó con la tecnología de exterminio masivo como la única solución factible para llevar a cabo la Solución Final. A partir de entonces, Eichmann fue el arquitecto del sofisticado sistema de transporte que condujo a millones de judíos a la muerte. Véase Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (Nueva York: Viking, 1963).

²⁷ Citado por Arendt, *Eichmann*, 225.

ordinarios por cuanto contemplaba crímenes mucho más graves. Arendt también agregó que el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* había sido violado formalmente, pero no sustantivamente, puesto que el principio sólo se aplicaba a actos conocidos por el legislador y no a crímenes, tales como el genocidio, que eran desconocidos. Según Arendt, la cuestión clave no radicaba en si la legislación era retroactiva sino en si era adecuada.

Arendt también analizó la objeción de la competencia de la corte israelí, pero la encontró infundada. Estableció una analogía entre el juicio de Eichmann y otros juicios similares llevados en Polonia y Hungría. Los medios por los cuales los israelíes aseguraron su jurisdicción sobre Eichmann eran un asunto más complejo. Si bien el secuestro era un precedente peligroso, Arendt destacó que existían circunstancias eximentes en este caso. Argentina se había mostrado extremadamente renuente a extraditar criminales nazis, dejando el asesinato como la única alternativa retroactiva posible. Esta opción, ciertamente, implicaba sus problemas propios.

La objeción de Arendt al juicio era, a fin de cuentas, más sutil. Ella argumentaba que Eichmann debió haber sido enjuiciado por crímenes generales contra la humanidad en lugar de crímenes contra el pueblo judío. Pensaba que el exterminio de judíos era una degradación de la humanidad y, como tal, ningún castigo nacional conllevaba el elemento de disuasión suficiente. La ley internacional, decía, habría sido un medio superior a través del cual reparar estos crímenes²⁸.

La Segunda Guerra Mundial expuso a la civilización moderna a violaciones de derechos humanos nunca antes imaginados. No obstante, con el paso del tiempo, Europa se convirtió en el escenario de una nueva ronda de violaciones de derechos humanos. Con la transición de Europa meridional hacia la democracia en la década iniciada en 1970, los nuevos gobiernos enfrentaron el problema de la justicia retroactiva.

EUROPA DESPUÉS DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Europa meridional: transiciones democráticas de los años '70

Cuando España, Portugal y Grecia experimentaron transiciones democráticas durante los años '70, cada uno de estos países intentó resolver el problema de la justicia retroactiva por violaciones de los derechos humanos. Hubo importantes diferencias entre las experiencias de Europa meridional y la Alemania nazi, y éstas sirven para explicar las distintas actitudes hacia los abusos de derechos humanos cometidos por los regímenes anteriores. En primer lugar, si bien Europa meridional soportó severas dictaduras (totalitarias en los casos de España y Portugal, autoritaria en el caso de Grecia), la represión fue apenas una sombra de aquella impuesta por la Alemania nazi. En segundo lugar, en Europa meridional las violaciones de derechos humanos más severas se produjeron mayoritariamente antes de la caída de las dictaduras. En España y Portugal, las violaciones ocurrieron varias décadas antes de la caída de la dictadura. En tercer lugar, las persecuciones en Europa meridional estuvieron dirigidas a opositores políticos y, en algunos casos, a los terroristas, pero no contra grupos raciales o

²⁸ Ibid., 232-34.

religiosos. En cuarto lugar, en los tres países, el deseo de justicia retroactiva no fue impuesto por potencias extranjeras de ocupación, sino que surgió desde el interior²⁹.

En contraste con la Alemania nazi, los tres países de la Europa meridional eran similares. No obstante, sus experiencias disímiles otorgaron un estilo único a sus respectivas transiciones e intentos subsiguientes de conciliar el futuro con las violaciones de derechos humanos del pasado.

España. Cuando Francisco Franco asumió el poder en 1939 en España, impuso un severo régimen totalitario, fundado en los principios de la Falange, que se centraba en el gobierno personal del caudillo. Franco abolió los partidos políticos y los sindicatos, confiscó sus propiedades y envió al exilio o al patíbulo a los dirigentes políticos y sindicales. Estableció un aparato extremadamente represivo mediante las Cortes Corporativas y el Tribunal de Orden Público, la vigilancia de las comunicaciones públicas y grandes purgas en los sistemas administrativo y educacional. Entre 1939 y 1942, más de doscientos mil españoles murieron en prisión.

Si bien, debido a la presión externa, esta represión se suavizó con el tiempo, volvió a surgir a fines de los años '60 y principios de los '70 como respuesta a una oposición política intensificada y, a veces, violenta³⁰. Por ejemplo, los juicios realizados en Burgos en 1970 contra terroristas vascos, en que se dictaron noventa y ocho sentencias de muerte por los supuestos delitos de conspiración y propaganda ilícita, concitaron una condena internacional³¹. En 1974 se ejecutó a dos terroristas vascos. Incluso se arrestó al obispo de Bilbao por defender el uso de la lengua vasca.

Paralelamente, sin embargo, el partido de Arias Navarro comenzó a negociar una transición hacia una forma de gobierno más democrática. La muerte de Franco en 1975 aceleró el acercamiento, auxiliado por el gobierno del Primer Ministro Adolfo Suárez. Suárez prometió no purgar a los funcionarios franquistas acusados de corrupción, ni tampoco al personal militar y policial involucrado en la represión, a fin de apaciguar a quienes favorecían la continuidad del régimen³². La oposición presionó para lograr una amnistía general a favor de los acusados de actos de disidencia política o de terrorismo durante el régimen franquista. En respuesta, en octubre de 1977, el gobierno de Suárez promulgó una amnistía general que abarcaba todos los delitos de motivación política. La amnistía incluía delitos por los cuales se había acusado a miembros de la oposición, como también abusos de derechos humanos cometidos por funcionarios del Estado.

²⁹ Los procesos de democratización en Portugal y Grecia fueron fomentados por las fallidas guerras de Angola y Chipre, respectivamente. A diferencia del caso de Alemania durante la Segunda Guerra Mundial, esas guerras se libraron en suelo extranjero y, en consecuencia, no hubo fuerzas invasoras foráneas que clamaran por la democratización.

³⁰ Separatistas regionales, por ejemplo, asesinaron al Almirante Carrero Blanco, el más cercano de los colaboradores de Franco, en 1973.

³¹ Julián Santamaría, "Transición controlada y dificultades de consolidación: El ejemplo español", en Julián Santamaría, ed., *Transición a la democracia en el sur de Europa y América Latina* (Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1982), 387.

³² Véase Josep M. Colomer, *El arte de la manipulación del poder; Votaciones y teoría de juegos en la política española* (Barcelona: Anagrama, 1990), 63.

En España, el proceso de democratización gradual culminó con la Constitución de 1978, que era similar en muchos aspectos a los cuerpos legales vigentes durante el régimen de Franco, y llevó a una actitud general de “lo pasado, pasado está”. Este enfoque fue facilitado por el hecho de que los abusos de derechos humanos más atroces hubiesen ocurrido varias décadas antes de la muerte de Franco, como también por el temor generalizado a resucitar los fantasmas de la guerra civil. En última instancia, el temor al pasado, junto con la peculiar dinámica producida entre continuistas, reformistas y rupturistas, en que cada grupo poseía “elementos de negociación”, contribuyó significativamente a la fluidez de la transición española.

Portugal. La democratización portuguesa difiere significativamente de la experiencia española. La dictadura se inició en 1926, tras el derrocamiento del gobierno republicano por parte del ejército. A principios de los años '30, Oliveira Salazar, un profesor de economía, asumió el control e impuso un Estado corporativista. Desde sus inicios, el régimen se manifestó contrario a la democracia liberal y al comunismo, pero la Segunda Guerra Mundial y posteriormente la Guerra Fría ahogaron la oposición a la democracia promovida desde el Estado. La represión de los opositores fue similar a la española, incluyendo la censura, la proscripción de los partidos políticos y sindicatos, la exigencia de lealtad política tanto en el sistema educacional como en la administración pública, como también la utilización de tribunales y policía especiales para lidiar con los “delitos” políticos.

La caída del régimen, sin embargo, fue totalmente distinta del caso español. A Salazar, quien quedó discapacitado en 1968, le reemplazó Marcelo Gaetano, un profesor universitario, jurista e historiador. Mientras Gaetano liberalizaba los aspectos más represivos del régimen, una severa crisis económica, unida a las tribulaciones de la guerra colonial en África (específicamente en Angola y Mozambique) provocó un golpe de estado en abril de 1974. Un reducido grupo de mandos medios del ejército, radicalizados durante la guerra de Angola y Mozambique, concretó el golpe. La inestabilidad posterior al golpe fue provocada por conflictos al interior del ejército entre radicales, derechistas y moderados. La toma de tierras y otros bienes por parte de varios movimientos sociales contribuyó a un clima de inestabilidad política. Cuando el moderado General Antonio Ramalho Eanes asumió el poder, en noviembre de 1975, logró apaciguar la agitación en gran medida. La Asamblea Constituyente produjo con celeridad una constitución que reflejaba los compromisos alcanzados por los demócratas liberales y los socialistas. En las elecciones presidenciales y parlamentarias de 1976, la ciudadanía ratificó su apoyo a Eanes, eligiéndolo como presidente constitucional, y a Mario Soares, un socialista moderado, como jefe de gobierno.

Durante los dos años posteriores a las elecciones, el gobierno llevó a cabo purgas y expulsó e incluso encarceló a algunas personas relacionadas con el antiguo régimen. Sin embargo, estos intentos de justicia retroactiva culminaron con una tregua entre los grupos políticos. El carácter espontáneo del proceso de democratización portugués, junto con el hecho de que la peor forma de represión era una reliquia de un pasado distante, desvió la atención de una posible investigación sistemática y del enjuiciamiento de abusos de derechos humanos.

Grecia. Aunque la transición griega de una dictadura militar a la democracia presenta algún grado de similitud con otras transiciones del sur de Europa, el caso se aproxima más a la

experiencia latinoamericana que será analizada más adelante. Hay una diferencia importante: en términos de justicia retroactiva por las acciones de un ex dictador, el caso griego merece ser elogiado por su éxito.

El régimen militar griego, que llegó al poder en 1967 tras un golpe de estado, estuvo primero dirigido por George Papadopoulos y luego por Demitrios Ioannidis hasta su derrocamiento el 23 de julio de 1974. Aunque el régimen pretendía presentarse como una solución temporal para restaurar la democracia parlamentaria, instauró una represión implacable contra los opositores políticos, particularmente los izquierdistas. La tortura sistemática y el derramamiento de sangre culminaron con la masacre de los estudiantes de la Universidad Politécnica de Atenas en 1973.

Si bien esta masacre dio lugar a un período de liberalización, el punto de quiebre del régimen estuvo vinculado a los desastrosos resultados de la guerra con Turquía en Chipre. Al enfrentarse a la alternativa de una retirada humillante de Chipre o a una guerra total contra Turquía, Ioannidis se inclinó por la segunda opción. Los oficiales griegos de alto rango, que habían apoyado previamente el régimen de los coroneles, presionaron a partir de entonces a Ioannidis para que dimitiera. El presidente de la República de Grecia, Fedón Ghizikis, se reunió con los dirigentes civiles y decidió entregar el poder a un gobierno provisional encabezado por Constantin Karamanlis, un ex primer ministro conservador. Karamanlis instituyó de inmediato la liberalización política y amnistió todos los crímenes políticos, con excepción de aquellos cometidos por la dictadura. Con Turquía se alcanzó un acuerdo de cese de hostilidades, que desplazó a 180.000 chipriotas griegos. Karamanlis también reinstauró la Constitución de 1952.

A Karamanlis se le encomendó la difícil tarea de controlar a las fuerzas armadas. El 11 de agosto de 1974 ordenó al ejército retirar sus tanques de Atenas, pero su orden encontró resistencia hasta que amenazó con movilizar a la ciudadanía³³. Karamanlis aprovechó esta victoria temporal para purgar las fuerzas armadas. A pesar de ello, la ciudadanía griega pensaba que el gobierno de transición actuó con lentitud en cuanto a adoptar acciones contra los que habían estado involucrados en la dictadura. Muchos ciudadanos iniciaron acciones legales privadas en contra de los oficiales militares por alta traición y tortura sistemática. Como resultado de estas presiones, Karamanlis promulgó una ley en la que se aclaraba que los delitos cometidos por la dictadura no estaban incluidos en la amnistía y se comprometió a enjuiciar dichos delitos ante las cortes de apelación con las garantías del debido proceso. La respuesta de las fuerzas armadas fue un complot para dar un golpe militar, pero el gobierno contraatacó con el arresto de varios oficiales, acusándolos de alta traición. En noviembre de 1974, el público expresó un avasallador respaldo a las acciones de Karamanlis al elegirlo como primer ministro.

En 1975, el Parlamento declaró que el golpe de estado de 1967 no había sido una revolución que creó un nuevo sistema legal y que los crímenes de la dictadura no eran objeto de las normas ordinarias sobre prescripción. El gobierno procesó a Papadopoulos, Ioannidis y otros líderes militares, funcionarios políticos y oficiales de policía acusados de torturar a prisioneros políticos, por su participación en el golpe de estado, la masacre de los estudiantes

³³ Harry J. Psomiades, "Greece: From the Colonels' Rule to Democracy", *Dictatorship to Democracy*, 257.

del Politécnico y por ejercer la tortura sistemática. Durante los juicios, las fuerzas armadas intentaron, sin éxito, dar varios golpes de estado, pero Karamanlis respondió con purgas masivas del ejército y las fuerzas de seguridad. También logró generar un grupo de aliados al interior de las fuerzas armadas, que le ayudó a evitar futuros incidentes³⁴. Los juicios se iniciaron en julio de 1975 y recibieron amplia cobertura en la prensa³⁵. El juicio de los líderes del golpe de estado de 1967 concluyó con las condenas de dieciocho acusados. Papadopoulos, Nikolaos Makaresos y Stylianos Pattakos fueron sentenciados a muerte por amotinamiento y a cadena perpetua por alta traición. Otros ocho acusados, incluyendo a Ioannidis y al ex jefe del servicio central de inteligencia, recibieron sentencias de 10 años de presidio por amotinamiento y cadena perpetua por alta traición. El gobierno conmutó las sentencias de muerte por presidio perpetuo, para evitar que los condenados se convirtieran en mártires.

Las víctimas de los abusos de derechos humanos cometidos por el régimen no quedaron conformes. En agosto y septiembre de 1975 entablaron querrela contra treinta y dos antiguos miembros de la policía militar. El juicio reveló que las fuerzas armadas habían empleado sistemáticamente la tortura para conservar el control. Se sentenció a tres ex comandantes del principal centro de detención a largas condenas de prisión; otros ocho oficiales recibieron condenas menores y tres fueron absueltos. Entre los soldados sometidos a juicio, cinco fueron condenados a seis años de prisión y doce fueron absueltos. Todos los reclutas rechazaron los cargos aduciendo que obedecían órdenes superiores³⁶. Posteriormente, durante 1976 se instituyeron juicios por tortura en toda Grecia. Amnistía Internacional calcula que en Grecia se realizaron entre cien y cuatrocientos juicios por tortura.

Los oficiales militares responsables también enfrentaron a la justicia por la masacre de los estudiantes del Politécnico de Atenas. Ioannidis recibió otra condena de prisión perpetua; Papadopoulos, una condena adicional a veinticinco años de presidio; y otros procesados fueron sentenciados a condenas menores. Pero no se enjuició por complicidad a los individuos acusados de colaboración con la dictadura, aunque se procesó a algunos de ellos por corrupción.

A pesar de todos estos juicios, el gobierno de Karamanlis fue criticado por no castigar adecuadamente a los responsables de violaciones a los derechos humanos, por no haber procesado a aquellos contra quienes se había reunido suficientes pruebas y por permitir que algunas personas eludieran ser sometidos a proceso a cambio de actuar como testigos del Estado mediante la entrega de evidencia³⁷. Algunos consideraron que la conmutación de las sentencias de muerte era una capitulación frente al ejército. Asimismo, las víctimas de tortura no recibieron indemnización, aunque muchos de los que habían perdido sus trabajos fueron reincorporados a sus puestos. El gobierno también enfrentó críticas por dejar los procesos en manos de privados en lugar de procesar activamente a los infractores. No obstante, los estudiosos reconocen a Karamanlis el mérito de castigar a los peores agresores de la dictadura y de purgar la administración, particularmente el ejército y las fuerzas de seguridad y de los cómplices de la misma.

³⁴ *Ibid.*, 263.

³⁵ Me he guiado por el relato del juicio escrito por Psomiades, "Greece", 264-65.

³⁶ *Ibid.*, 265.

³⁷ *Ibid.*

Europa oriental: transiciones europeas de fines de los '80 y principios de los '90

La razón por la cual una ideología como el marxismo, que, a diferencia del nazismo, estaba claramente enraizada en los ideales humanitarios de igualdad y libertad, desembocó consistentemente en violaciones masivas de derechos humanos y en la imposición de estados totalitarios comparables con el de la Alemania nazi, es una interrogante que no ha tenido respuesta satisfactoria. El marxismo ilustra el carácter nocivo de una ideología que está determinada no exclusivamente por los fines que intenta lograr sino también por el proceso que emplea para lograrlos. No obstante, la epistemología elitista involucrada en la noción leninista de la “vanguardia del proletariado”, que dio origen a un partido que despreciaba las limitantes liberal-democráticas del ejercicio del poder, llevó al establecimiento de regímenes que exigían el más alto nivel de conformismo con las órdenes dictadas por un puñado de dirigentes “ilustrados” y que suprimía brutalmente a sus opositores. Así, desde la Unión Soviética hasta China, Cuba y otros países de Europa Oriental, millones de personas sufrieron durante varias décadas de opresión y persecución sistemáticas. Una vez que se derrumbó el imperio soviético en 1989, muchos países de Europa Oriental liberalizaron sus sistemas políticos, aunque el comunismo sigue siendo la excusa empleada para la opresión del Estado en otros lugares del mundo.

Las violaciones de los derechos humanos de los regímenes comunistas eran de proporciones gigantescas. Por ejemplo, en la época estalinista de la Unión Soviética, unos diecisiete a veinte millones de personas murieron asesinadas por razones políticas, mientras que un número no precisado fue sometido a las más horrendas condiciones de presidio, deportación y detención. Según Richard Pipes, las violaciones de derechos humanos soviéticas se basaban en la institucionalización explícita de la ilegalidad, en que la conveniencia era el valor político supremo³⁸. Si bien estas violaciones masivas de derechos humanos disminuyeron con el fin del régimen estalinista, a lo largo de la historia soviética hubo varias oleadas de represión. La represión política y las violaciones de derechos humanos fueron también características de muchos países de Europa Oriental, particularmente de aquellos en que se estableció un régimen comunista al término de la Segunda Guerra Mundial³⁹.

Tras el colapso de los regímenes comunistas, había que enfrentar el legado de las violaciones masivas de derechos humanos. Surgió una animada polémica, que floreció al alero de la libertad recientemente adquirida. Uno de los intelectuales más respetados de la región, el actual presidente checo Václav Havel, propugnaba el perdón y la tolerancia. Otra figura de peso, Adam Michnick de Polonia, director de la *Gazeta Wyborcza* y miembro del Parlamento, manifestó su advertencia en contra de una justicia retroactiva desigual. Si bien la impunidad total parecía equivocada, centrarse en un grupo de chivos expiatorios era

³⁸ Véase Richard Pipes, *Legalised Lawlessness: Soviet Revolutionary Justice* (London: Institute for European Defence and Strategic Studies, 1986).

³⁹ La represión del alzamiento popular de Berlín Oriental en 1953, la invasión soviética de Hungría en 1956, la similar invasión de Checoslovaquia en 1968 después de la “Primavera de Praga” y la ley marcial impuesta por el Gen. Wojciech Jaruzelski en Polonia en 1981, se cuentan entre los ejemplos más comunes de momentos particularmente represivos.

equivalente al bolcheviquismo. La extensa participación de grandes segmentos de la población en actividades que condujeron a violaciones de derechos humanos, generalmente en calidad de informantes, era un obstáculo formidable para hacer justicia de manera imparcial. No obstante, la presión popular para obtener justicia retroactiva creció a la luz de las penurias económicas, un mayor escepticismo frente a la democracia y la conciencia de que los burócratas de los antiguos regímenes represivos se contaban entre los más grandes beneficiarios del nuevo capitalismo.

Al enfrentar las antiguas violaciones de derechos humanos, las respuestas de los países de Europa Oriental oscilaron entre la violencia pseudo revolucionaria, como en Rumania, hasta la restitución de la propiedad nacionalizada, como en Hungría. En Rumania, por ejemplo, la justicia retroactiva se logró aparentemente por medio del juicio sumario y ejecución de Nicolás y Elena Ceaucescu, en diciembre de 1989. Posteriormente, el gobierno rumano instituyó apenas unos cuantos juicios y purgas de antiguos funcionarios gubernamentales y agentes de seguridad sospechosos de violaciones de derechos humanos. Muchos sospechan que el apresurado juicio y ejecución de Ceaucescu fue, de hecho, una tentativa de silenciar a quienes deseaban más justicia retroactiva. La experiencia búlgara fue similar. El ex-dirigente del país, Todor Zhikov, junto con sus subordinados, fue procesado por malversación y sentenciado a una larga condena carcelaria. El gobierno búlgaro no ha intentado seriamente procesar a otros ex funcionarios comunistas por los abusos cometidos en contra de los derechos humanos. Bulgaria y Rumania parecen haber logrado justicia retroactiva por medio de la concentración de la culpa en hechos de alto perfil, olvidándose de la maquinaria más amplia que facilitó los abusos de derechos humanos.

Otros países optaron por lanzar una red más grande, pero los problemas probatorios dificultaron sus esfuerzos por lograr la justicia retroactiva. Una “revolución de terciopelo” pacífica derrocó al régimen comunista de Checoslovaquia en noviembre de 1989. Se creó un sistema legal para restituir las propiedades que habían sido confiscadas como castigo por crímenes de carácter político. Pero la “lustración”, proceso que consiste en investigar a los funcionarios públicos para determinar si habían sido colaboradores o informantes, dominó el discurso político⁴⁰. Para estos fines, se otorgó acceso limitado a los archivos secretos de la Policía Estatal de Seguridad (StB). Durante un año, el Ministerio del Interior retuvo los archivos y se negó a permitir que fueran examinados. Luego, una comisión de expertos legales, designada por el Parlamento para que se encargara del tema de la lustración, asombró al país al recomendar que todos los altos funcionarios públicos, incluidos miembros del Parlamento, debían ser sometidos al proceso de lustración. El Parlamento, haciendo eco de las recomendaciones de la comisión, solicitó a diez de sus miembros que renunciaran discretamente tras descubrir que sus nombres aparecían en la lista de informantes. Otros diez parlamentarios se negaron a renunciar, aduciendo que los archivos eran falsos.

La exigencia popular de lustración aumentó y, a pesar de las reticencias del Presidente Havel, en 1991 se promulgó la Ley 451 de Lustración. Dicha ley contemplaba la remoción de funcionarios comunistas, militares y de seguridad que habían servido a un determinado nivel mínimo, como también la de ciertos colaboradores. La Ley de Lustración creó dos categorías de colaboradores: colaboradores secretos y colaboradores conscientes, y se basa en el supuesto

⁴⁰ La palabra deriva del latín *lustratio* y significa purificación o sacrificio.

de que el material de la StB es confiable. El contenido de los archivos de la StB sólo puede hacerse público por decisión del Ministerio del Interior o por las personas implicadas.

A pesar del consenso generalizado acerca del profundo daño causado por las actividades de colaboradores e informantes durante el régimen comunista, muchos dudan que la lustración logre hacer justicia, debido a la cuestionable autenticidad de los archivos de la StB. Estos críticos sostienen que los archivos contienen nombres de personas que fueron chantajeadas para unirse a la red de informantes, excluyendo paralelamente los nombres de agentes checoslovacos y soviéticos de alto nivel⁴¹.

La ex República Democrática Alemana enfrentó problemas similares al implementar extensas purgas en sectores públicos tales como la educación. La reunificación alemana en octubre de 1990 complicó las cuestiones legales relacionadas con la justicia retroactiva. Aunque con la unificación las leyes de Alemania Occidental se hicieron extensivas a Alemania Oriental, los crímenes cometidos en esta última antes de la unificación se trataron de la siguiente manera: en primer lugar, se juzgaba al imputado según la ley vigente al momento de cometerse el crimen. Luego, se juzgaba al imputado según la ley de la República Federal que hubiese estado en vigencia al momento del crimen. Se comparaba ambos resultados y se aplicaba la pena menos severa. Este régimen legal creó más de algún problema. Puesto que muchos dirigentes de la Alemania Oriental y miembros de su policía secreta (Stasi) realizaron actos que al momento de perpetrarse no eran delitos, los implicados eludían el procesamiento. A algunos famosos dirigentes se les procesó por delitos de relativa “menor importancia”. Por ejemplo, el cerebro de la Stasi, Erich Mielke, fue procesado por el homicidio de dos policías ocurrido en 1931. Erick Honecker y varios guardias fueron procesados por asesinar a personas que intentaban escapar del país. La Corte Suprema Federal rechazó el argumento de órdenes superiores, sustentándose en la teoría de que no constituía defensa cuando dichas órdenes implicaban violaciones de los derechos humanos fundamentales, y declaró culpables a todos los imputados. Pero las sanciones fueron bastante leves.

Para complementar el sistema penal, el gobierno estableció una comisión legislativa, encabezada por un muy respetado activista de derechos humanos, Rainer Eppelman, con el fin de llevar a cabo una exhaustiva investigación de las violaciones de derechos humanos del régimen comunista. Una ley de enero de 1992 aborda algunas cuestiones relacionadas con los archivos de la Stasi, creando una agencia encargada de ponerlos a disposición pública para fines legales, históricos y políticos.

Los intentos de los checos y alemanes por lograr una justicia retroactiva mediante purgas generales se han visto frustrados por la cuestionable autenticidad de la evidencia contenida en los archivos de los organismos públicos de seguridad. Del mismo modo, en Polonia, el proceso de lustración sigue siendo materia de debate, puesto que se considera que

⁴¹ Vojtech Cepl, un reconocido profesor de derecho y autor de la nueva Constitución checa, ha abordado el problema de la lustración. Véase, por ejemplo, David Franklin, “Bounced Czechs: Communism’s Latest Victims: ‘Purging of Secret Police Collaborators in Czechoslovakia’”, *New Republic*, 10 de junio de 1991:13. De hecho, los procedimientos de lustración han causado un sinnúmero de escándalos. Por ejemplo, Jan Kavan, uno de los más destacados líderes del movimiento disidente desde la Primavera de Praga de 1968, fue acusado de ser un informante a raíz de la información encontrada en uno de los archivos de la StB. Véase Lawrence Weschler, “The Velvet Purge: The Trials of Jan Kavan”, *New Yorker*, 19 de octubre de 1992: 66.

la veracidad de los archivos del Departamento del Interior, incluyendo los nombres de colaboradores e informantes, es extremadamente dudosa⁴².

Uno de los debates más álgidos en Hungría estuvo centrado en la relación que existía entre la prescripción y los abusos de derechos humanos del régimen comunista. Algunos expertos adujeron que había una continuidad entre el sistema legal vigente al tiempo de cometerse los actos y el sistema legal del momento. Enfatizaron que al cometerse, los actos eran legales; que el código penal prohíbe modificaciones con carácter retroactivo a las normas en virtud de las cuales se juzgan los actos, incluidas las modificaciones a la ley de prescripción; y que, por lo tanto, no había motivo para que los hechos enfrentaran cargos penales. Un segundo grupo de expertos afirmó que, si bien la constitución prohíbe modificaciones con carácter retroactivo a la tipificación de los delitos y/o a las penas correspondientes, no impide una modificación de esa naturaleza a las “condiciones de procesamiento”. En consecuencia, la modificación de las normas de prescripción penal no infringe explícitamente la Constitución, aunque puede ser inconsistente con su espíritu. Otro experto, Csaba Varga, asesor del Primer Ministro, argumentó que la ley no debía ser analizada en términos positivistas, sino más bien como un reflejo de las exigencias de justicia y de la necesidad de preservar la integridad nacional en circunstancias extraordinarias; como tal, las normas de prescripción debían relajarse para facilitar los procesos por violaciones de derechos humanos.

El 4 de noviembre de 1991, el Parlamento promulgó la “Ley Zétényi-Takács”, que establecía que el plazo de prescripción de los crímenes de traición, homicidio con premeditación y lesiones con resultado de muerte, cometidos entre el 21 de diciembre de 1944 y el 2 de mayo de 1990, empezaba a correr el 2 de mayo de 1990. La ley también establecía que el castigo por estos crímenes podría imponerse sin ningún límite de tiempo de la condena. Los legisladores argumentaron que la prescripción presupone la función punitiva del Estado; cuando no se cumple dicha función, por cuanto los propios crímenes habían sido un instrumento para consolidar el control tiránico del gobierno, la prescripción se torna una herramienta de evasión con la cual los hechos eluden la acción la justicia.

La ley dio origen a una fuerte polémica y el Presidente Árpád Göncz se negó a firmarla, remitiéndola al Tribunal Constitucional. El Tribunal declaró que la ley era inconstitucional, señalando que no estaba dispuesto a sacrificar el imperio del derecho por la justicia política. Reconocía la plena continuidad del sistema legal vigente en Hungría y el sistema del período comunista, por lo que en principio no había fundamentos para dejar de aplicar la prescripción contemplada para el homicidio y la traición. Sin embargo, la principal razón que tuvo la Corte para rechazar la prescripción fue que no estaba dispuesta a aceptar las “razones políticas” como el fundamento para no procesar. El Tribunal estimó que las razones políticas eran demasiado vagas y que, dada la imprecisión de la tipificación del crimen de traición, podrían convertirse en objeto de manipulación política.

⁴² Véase, por ejemplo, “Lustration Loses in Poland”, *New York Times*, 7 de junio de 1992:18 (editorial), respecto de los esfuerzos del presidente polaco Lech Walesa para evitar que el Parlamento de Polonia hiciera públicas las listas de políticos, jueces y funcionarios del Estado que habían sido informantes de la policía durante el régimen comunista. A20.

En Rusia, la inestabilidad política ha obstaculizado los intentos de hacer justicia retroactiva. Por ejemplo, el desmantelamiento del poder de la infame KGB, el Comité de Seguridad Estatal, ha resultado bastante difícil. A pesar de la rápida reorganización de la KGB tras el frustrado golpe de agosto de 1991⁴³, muchos creen que el organismo de seguridad ha conservado mucho poder y se ha transformado meramente en una herramienta que el Presidente Boris Yeltsin podrá utilizar en el futuro para fines autoritarios adicionales⁴⁴. Los archivos de la KGB, que contienen pruebas de muchos actos delictuales, no han sido examinados significativamente, ya que sólo dos comités parlamentarios tienen acceso a ellos y dicho acceso es bastante limitado⁴⁵.

El juicio al Partido Comunista ruso tuvo una enorme importancia. A principios de 1992, treinta y siete diputados comunistas recurrieron al Tribunal Constitucional para que se declarase inconstitucional el decreto promulgado el 9 de noviembre de 1991 por el Presidente Yeltsin, en el que se proscribía al Partido Comunista. Cincuenta y dos partidarios de Yeltsin presentaron una contrapetición, aduciendo que el Partido Comunista era una organización criminal inconstitucional y no realmente un partido sino un instrumento del ejercicio descontrolado del poder estatal. El 26 de mayo de 1992, el presidente de la Corte Suprema, Valery Zorkin, decidió ver ambas peticiones simultáneamente.

Simpatizantes del Partido Comunista, tales como Viktor Zorkaltsev, diputado del Parlamento ruso, argumentaron que el partido había consolidado la sociedad y luchado contra el fascismo; y que el partido había sido proscrito por el simple hecho de haber tenido la mala fortuna de perder el poder después del golpe de estado. Los demócratas, por su parte, habían destruido la economía nacional y puesto en peligro la unión. Otro simpatizante, Dmitri Stepanov, señaló que el Partido Comunista nunca había sido tan brutal como el ejército de Estados Unidos en Vietnam. El principal partidario de Yeltsin, Sergei Shakhrai, entregó una relación histórica, argumentando que el Partido Comunista no había sido nunca, ni de hecho ni de derecho, un partido real, sino una organización para monopolizar el poder del Estado exclusivamente.

Ambas partes presentaron testigos. Los que se oponían al Partido Comunista llamaron al estrado a víctimas de la represión, incluyendo a Lev Razgon, un escritor que había pasado más de diez años en los campos de trabajos forzados de Stalin; a Vladimir Bukovsky, quien, después de un período en los campos de trabajos forzados de Leonid Brezhnev, había sido canjeado con Occidente por el secretario del Partido Comunista chileno; y a Gleb Yakunin, un sacerdote ortodoxo disidente que había sido encarcelado por practicar su fe. Los defensores del Partido Comunista presentaron testigos tales como Yegor Ligachev, el segundo hombre del partido; Valentín Falin, jefe de la división internacional del partido; y Nikolai Ryzhkov, primer ministro durante cinco años en el gobierno de Mikhail Gorbachev.

⁴³ Víctor Yasmann, "Where Has the KGB Gone?" RFE/RL Research Report 2, Nr. 2 (1993):17.

⁴⁴ *Ibid.*, 17-20.

⁴⁵ Véase Mary Albon, "Project on Justice in Times of Transition: Report on the Project's Inaugural Meeting", informe no publicado de la Charter 77 Foundation, Nueva York, en el que se ofrece un resumen de la reunión sostenida en Salzburgo, Austria, entre el 7 y el 10 de marzo de 1992.

Si bien inicialmente la causa concitó el interés del público, generando incluso manifestaciones callejeras, concluyó en un clima de indiferencia popular⁴⁶. El 30 de noviembre de 1992, el tribunal dictó una sentencia salomónica: ratificó la decisión de Yeltsin que proscribía el aparato directivo del Partido Comunista y confiscaba sus propiedades, pero declaró inconstitucional la que prohibía las células de base del partido.

La situación en la ex Yugoslavia es todavía muy fluida. Con la caída del régimen comunista, la unión de las provincias étnicas, que se consolidó al término de la Segunda Guerra Mundial bajo el enérgico liderazgo del Mariscal Tito, empezó a desintegrarse. El 25 de junio de 1991, Croacia y Eslovenia proclamaron su independencia; dos días más tarde, el ejército federal controlado por los serbios intervino en esta última región. El 3 de julio de 1991, las milicias serbias y croatas comenzaron a combatir. Cuando las provincias de Bosnia y Herzegovina, densamente pobladas por musulmanes, declararon su independencia, dejando solamente a Serbia, Montenegro, Vojvodina y Kosovo como parte de la ex Yugoslavia, comenzó también la guerra entre los serbios y los musulmanes bosnios.

En Bosnia-Herzegovina, los serbios, croatas y musulmanes convivían en ciudades y pueblos, lo que provocó hostilidades concentradas cuando explotó el odio acumulado, en el que cada grupo temía ser dominado por los otros. Los serbios avanzaron sobre Bosnia, conquistando la mayor parte de la provincia y desplazando a un gran porcentaje de la población. En agosto de 1992, Naciones Unidas, que ya había enviado fuerzas de paz a la región, organizó una conferencia internacional sobre la ex Yugoslavia, presidida por un enviado de la ONU, Cyrus Vance, y un representante de la Unión Europea, Lord David Owen. Los participantes bosnios fueron Mate Boban por los croata-bosnios, Radovan Karadzic por los serbio-bosnios y Alija Izetbegovic en representación de los bosnios musulmanes. La conferencia estableció un plan de paz para la región, que contemplaba la división de Bosnia en diez provincias, un acuerdo de paz y un esquema para una futura constitución bosnia. Los musulmanes rechazaron el plan porque habría validado muchas de las conquistas serbias. A fines de 1995, otra iniciativa de paz, esta vez liderada por Estados Unidos, fue más exitosa.

Durante la guerra se habían producido abusos masivos de derechos humanos. Muchos fueron consecuencia de la política de “depuración étnica” del presidente serbio Slobodan Milosevic, ejecutada por el líder de los serbio-bosnios contra los bosnios musulmanes. El resultado fue el asesinato indiscriminado de civiles desarmados, algunos cometidos por medios tan atroces como atropellar niños con camiones; la violación masiva y sistemática de miles de mujeres; la tortura y la humillación; el desplazamiento de poblaciones completas y la destrucción de propiedad.

Estas atrocidades provocaron una respuesta internacional. El 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en virtud de la Resolución 808, estableció un tribunal internacional para procesar a los responsables de violaciones de derechos humanos en la ex Yugoslavia. Los representantes de Francia, Italia y Suecia ante el tribunal presentaron informes sobre los problemas endémicos de que padecían este tipo de tribunales: el derecho aplicable, la jurisdicción, la definición de los crímenes y el procedimiento. Según estos

⁴⁶ Véase el vívido relato del proceso en David Remnick, “The Trials of the Old Regime”, *New Yorker*, 30 de noviembre de 1992: 114.

informes, los precedentes sentados por Nuremberg y Tokio, que supuestamente habían superado el problema de la retroactividad de las leyes penales, otorgaban legitimidad a un tribunal internacional ad hoc. El 25 de mayo de 1993, el Consejo de Seguridad, conforme al Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, estableció un tribunal internacional integrado por once miembros para reparar las violaciones de la ley humanitaria internacional en la ex Yugoslavia. Los mecanismos de la justicia se habían puesto en movimiento.

VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS FUERA DE EUROPA

Abusos de derechos humanos en Asia

Las violaciones de derechos humanos perpetradas por las fuerzas armadas de Estados Unidos en Vietnam constituyen un paradigma de lo que puede suceder cuando un país poderoso se ve involucrado en una guerra distante. Los abusos atribuidos al ejército de Estados Unidos son similares a aquellos que Francia fue acusada de cometer en Argelia o a los de la Unión Soviética en Afganistán. Como ejemplo de los límites de la justicia retroactiva en tales casos, refirámonos brevemente al caso de Estados Unidos en Vietnam.

Michael Walzer escribe: “La guerra estadounidense en Vietnam fue... ejecutada de una manera tan brutal que incluso si inicialmente hubiese sido defendible, habría tenido que ser condenada no por éste u otro aspecto, sino en general”⁴⁷. Aunque la afirmación de Walzer ha ganado aceptación no solamente entre los intelectuales y radicales, sino también en gran parte del país, no se han hecho intentos serios por determinar responsabilidades ante los tribunales. A modo de ejemplo, quisiera referirme a la masacre de My Lai y a la subsiguiente investigación y juicios. He elegido este incidente en particular porque constituyó la peor atrocidad cometida durante la guerra y la que provocó las mayores condenas públicas y exigencias de justicia. Pero hubo otros. Joseph Goldstein, Burke Marshall y Jack Schwartz escriben: “No es necesario aceptar todas las acusaciones de la literatura antibélica para concluir que los soldados estadounidenses en Vietnam cometieron numerosos crímenes de guerra además de los de My Lai, aunque no existe evidencia concreta de otros crímenes de magnitud comparable”⁴⁸.

En marzo de 1968, tropas del ejército de los Estados Unidos masacraron a un gran número de no combatientes, casi exclusivamente ancianos, mujeres y niños, en My Lai, Vietnam. Entre los crímenes cometidos había unos 175 a 400 asesinatos, mutilaciones individuales y grupales, violación, sodomía, y agresiones y maltratos a prisioneros. Los soldados estadounidenses también destruyeron propiedad, mataron ganado, destruyeron cosechas, clausuraron pozos de agua y quemaron viviendas.

⁴⁷ Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* (New York: Basic Books, 1977), 299.

⁴⁸ Véase Joseph Goldstein, Burke Marshall, y Jack Schwartz, “The Limits of Law: On Establishing Civilian Responsibility or the Enforcement of Laws Against War Crimes”, *The My Lai Massacre and Its Cover-Up: Beyond the Reach of Law? The Peers Commission Report, with a Supplement and Introductory Essay on the Limits of Law* (New York: Free Press, 1976), 7.

A pesar de estas atrocidades, el asunto no habría llegado a ser investigado de no ser por una carta escrita en 1969 por un veterano de Vietnam al Secretario de Defensa. El 29 de noviembre de 1969, el secretario y el consejero en jefe del ejército dictaron una orden de investigar la masacre y su encubrimiento. La investigación, dirigida por el Tte. Gral. William Peers, concluyó en marzo de 1970, pero se mantuvo con carácter confidencial hasta 1974.

El informe de Peers detallaba las atrocidades descritas anteriormente. El Coronel Frank Barker, quien más tarde murió en combate, ordenó el asalto del pueblo, pensando que albergaba a la comandancia del Vietcong. Ordenó el incendio del pueblo, la destrucción del ganado y alimentos, y la detención de los no combatientes, aunque no existen pruebas de que haya dado órdenes de asesinar. Amparándose en estas instrucciones, el Capitán Ernest Medina ordenó no sólo la destrucción de las viviendas y los alimentos, sino también de los habitantes, quienes fueron considerados enemigos. El 16 de marzo de 1968, varios pelotones, comandados por los Ttes. Thomas Willingham, William Calley, Jeffrey La Cross y Steven Brooks, ejecutaron un brutal asalto al pueblo. Algunos uniformados manifestaron reparos a la operación, pero éstos fueron claramente insuficientes para frustrar la operación totalmente⁴⁹. El informe Peers también reveló un amplio encubrimiento de los hechos⁵⁰.

Tras la evacuación del informe Peers, se enjuició a treinta supuestos hechores en las cortes militares de los Estados Unidos, pero el Teniente Calley fue el único condenado⁵¹. Tres fueron absueltos. Los cargos contra otros doce imputados fueron desestimados antes del juicio. El Capitán Medina fue absuelto por falta de méritos. El curso de los procedimientos instituidos contra Calley resultó tortuoso. Una corte militar lo sentenció en primera instancia a confinamiento perpetuo y trabajos forzados por tres cargos de homicidio premeditado y uno de agresión con la intención de cometer asesinato. Una corte militar de alzada redujo posteriormente la condena a doce años de confinamiento. Calley recurrió de protección ante una corte federal de distrito, aduciendo que se le había denegado el debido proceso. La corte de distrito admitió el recurso. Sostuvo que la publicidad, las declaraciones de funcionarios gubernamentales y la insuficiencia de los medios probatorios habían sesgado el juicio original. La corte consideró la condena de Calley como una catarsis de la conciencia nacional. La Corte de Apelaciones revocó esta decisión en septiembre de 1975. Sostuvo que la obediencia de órdenes superiores no constituía una defensa si el soldado había obedecido a sabiendas una orden ilegítima o si una persona con sentido e inteligencia normales hubiese entendido su ilegalidad aun cuando el autor material no la hubiese entendido⁵².

Los gobiernos asiáticos también cometieron violaciones de derechos humanos contra sus propios pueblos. Camboya es un caso extremo. Cuando la guerrilla del Khmer Rouge entró a Phnom Penh en abril de 1975, poniendo fin a cinco años de guerra civil, ordenó la evacuación de las ciudades pobladas con gente que ellos consideraban enemigos y

⁴⁹ Un soldado se disparó en el pie para evitar su participación en las brutalidades; otro se interpuso entre los agresores y sus víctimas.

⁵⁰ El informe se centra en el Coronel Oran Henderson, comandante de la brigada responsable, a quien su oficial superior ordenó investigar los abusos, pero Henderson no realizó las averiguaciones adecuadas.

⁵¹ Goldstein et. al., "Limits of Law", 3.

⁵² Ibid., 4.

explotadores de clase⁵³. Durante este período, el gobierno del Khmer Rouge violó la mayoría de los derechos humanos fundamentales de la población camboyana. El Khmer Rouge restringió la libertad de culto religioso, expresión y movimiento. Todos los matrimonios requerían de la aprobación de las autoridades. El Khmer Rouge asesinó sistemáticamente a toda persona que había servido en el gobierno anterior o que tenía educación e incluso a las que parecían “levemente” sospechosas. Entre 105.000 y 300.000 camboyanos fueron ejecutados sumariamente, y los servicios de inteligencia torturaron al menos a otras 20.000 personas. El terror llegó a su cima en 1978, en una zona fronteriza con Vietnam. En ese suceso, que ha llegado a ser conocido como “la masacre de la zona oriental”, el Khmer Rouge asesinó a más de 1.000.000 personas, equivalente a un séptimo de la población, incluyendo a miembros de sus propios cuadros. Las atrocidades del Khmer Rouge cesaron en 1979, cuando Vietnam invadió Camboya.

Estos abusos de los derechos humanos recibieron escasa atención internacional. Ya en 1975, el gobierno del Presidente Ford expresó preocupación por los asesinatos. Dos influyentes libros publicados en 1977 motivaron una audiencia del Congreso de Estados Unidos y una presentación francesa ante las Naciones Unidas⁵⁴. En 1978, el gobierno del Presidente Carter condenó al régimen del Khmer Rouge y exigió una investigación de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Ese mismo año, Amnistía Internacional, el Reino Unido, Noruega y Canadá difundieron informes que documentaban las violaciones de derechos humanos. Pero estos esfuerzos se disiparon cuando Vietnam invadió Camboya. El gobierno de Vietnam fue provocado principalmente por los ataques del Khmer Rouge contra poblados vietnamitas, pero también esgrimió las violaciones de derechos humanos como motivos para justificar la invasión. Las potencias occidentales acallaron su preocupación por las atrocidades, y algunos incluso apoyaron abiertamente al Khmer Rouge como gobierno legítimo de Camboya; en efecto, se permitió al Khmer Rouge ocupar el sillón de Camboya en las Naciones Unidas. La *realpolitik* primó por sobre las preocupaciones acerca de las violaciones masivas de derechos humanos.

El caso de las Filipinas se acerca más a las experiencias latinoamericanas que a los otros ejemplos asiáticos. Durante el primer período presidencial de Ferdinando Marcos, a partir de 1965, Filipinas entró en una profunda crisis socioeconómica. Marcos fue reelecto en 1969⁵⁵. Su segundo período se vio ensombrecido por la intensificación de la crisis económica, las protestas sociales y una creciente oposición política. En la elección parlamentaria de 1972, la oposición obtuvo muchos escaños y planificó redactar una nueva constitución que impediría

⁵³ Me he guiado por el relato de R. Kirkland Cozine en su ponencia “International Responses to Bosnia and Cambodia: A Comparison”, preparada para mi seminario Trials for Human Rights Violations en la Escuela de Derecho de Yale, primavera de 1993. Entre muchas otras fuentes, él consultó a Elizabeth Becker, *When the War Was Over: The Voices of Cambodia's Revolution and Its People* (New York: Simon and Schuster, 1986) y David P. Chandler, *The Tragedy of Cambodian History: Politics, War, and Revolution since 1945* (New Haven: Yale University Press, 1991).

⁵⁴ John Barron y Anthony Paul, *Murder of a Gentle Land: The Untold Story of a Communist Genocide in Cambodia* (New York: Reader's Digest Press, 1977) y François Ponchaud, *Cambodia: Year Zero* (New York: Holt, Rinehart and Winston, 1978), trad. de Nancy Amphoux, citado en Cozine, “International Responses”, II, nn. 31-32.

⁵⁵ Me he guiado aquí por información proporcionada por Julio Sarmiento en su monografía “Transition to Democracy from Authoritarianism: The Phillipines' Past Lessons for the Future”, preparada para mi seminario en la Escuela de Derecho de Yale: Trials for Human Rights Violations, primavera de 1993.

la reelección de Marcos. Marcos contraatacó con la proclamación de la ley marcial el 21 de septiembre de 1972, que le otorgó el control total del país hasta 1978. La policía y las fuerzas armadas persiguieron a los opositores del régimen, recurriendo a la tortura, el encarcelamiento y las ejecuciones. Marcos disolvió el Congreso. Su gobierno también prohibió las actividades de los partidos políticos y las reuniones públicas, instituyó la censura, impuso el toque de queda y llevó a cabo extensas purgas en la administración pública. A partir de 1978, Marcos disfrazó su gobierno autoritario con un manto democrático. Aunque organizaba elecciones, éstas estaban completamente controladas. Marcos levantó la ley marcial en 1981 pero, en lo esencial, retuvo el control. Designó a miembros de su familia, incluyendo a su mujer Imelda, en importantes cargos públicos; absorbió las funciones legislativas y ejecutivas; y ejerció la facultad de arrestar a sus oponentes por medio de decretos supremos de detención.

Durante la era de Marcos, el gobierno cometió incontables violaciones de derechos humanos. Si bien la más conocida es el asesinato del dirigente opositor Benigno Aquino, se han documentado más de 2.500 asesinatos políticos⁵⁶. Adicionalmente, existen pruebas acerca de 132 masacres, 550 personas desaparecidas, 70.000 personas encarceladas y cientos de torturados por oficiales militares y policiales. El poder judicial también pasó a ser uno de los instrumentos de Marcos. Los jueces, muchos de los cuales fueron designados por Marcos, se pronunciaron por la constitucionalidad de la ley marcial, legitimando con ello estas violaciones de derechos humanos. A menudo, las cortes marciales enjuiciaron a civiles. El poder judicial invocó con frecuencia la doctrina de la cuestión política para evitar confrontaciones embarazosas con el régimen. Según esta doctrina, las cortes pueden excusarse de juzgar ciertos asuntos legales que son políticamente sensibles.

Eventualmente, el régimen de Marcos empezó a resquebrajarse. Cediendo a las presiones internas y externas, convocó a elecciones “rápidas” en febrero de 1986. La oposición se unió tras Corazón Aquino, viuda del líder asesinado. Las elecciones estuvieron cargadas de violencia y fraude. Mientras la Asamblea Nacional proclamaba presidente a Marcos, la Sra. Aquino organizaba su propia concentración de la victoria en Manila, reuniendo a más de un millón de simpatizantes. Mientras tanto, las fuerzas armadas, que habían apoyado firmemente a Marcos, creaban un movimiento de reforma, promoviendo la movilización popular. El 25 de febrero de 1986, el gobierno de Marcos colapsó y éste buscó asilo en Hawai.

La Sra. Aquino juró como presidente y asumió la responsabilidad del gobierno. Purgó las fuerzas armadas e inició una investigación de las denuncias de violaciones de derechos humanos. Siguiendo el ejemplo de Argentina y Chile, estableció una Comisión Presidencial de Derechos Humanos encargada de llevar a cabo las investigaciones, informar al Presidente y recomendar sanciones para los culpables e indemnizaciones para las víctimas. La Comisión, presidida por el ex senador José W. Diokno, uno de los más distinguidos abogados de derechos humanos del país, estaba integrada por siete miembros. Aquino también ordenó a las fuerzas armadas la liberación de todos los prisioneros políticos. Los militares empezaron a irritarse con el gobierno de Aquino y la Comisión por no ampliar la amnistía a los miembros de sus filas. Esta tensión encendió la confrontación entre el gobierno y las fuerzas armadas,

⁵⁶ Ed García, *Dawn over Darkness: Paths to Peace in the Philippines* (Quezon City, Philippines: Claretian, 1988).

que intentaron dar siete golpes de estado; uno de ellos pudo haber tenido éxito de no haber sido por una demostración explícita de fuerza por parte de Estados Unidos en apoyo de la Sra. Aquino.

Las críticas que formuló la oposición derechista a la política de derechos humanos de Aquino, en combinación con los abusos cometidos por las fuerzas armadas bajo su mando, que habían obtenido cada vez más poderes para combatir la subversión, modificaron la determinación presidencial de investigar las violaciones de derechos humanos. La Sra. Aquino comenzó a referirse a la necesidad de olvidar y perdonar, y accedió a las demandas de los militares de investigar también las violaciones de derechos humanos cometidas por los comunistas. Si bien Aquino informó que la Comisión de Derechos Humanos había investigado 2.165 violaciones de derechos humanos y presentado 707 querellas sólo en 1988, no se inició ni un solo proceso ni se logró una sola condena. De hecho, el informe de febrero de 1992 de Amnistía Internacional, "The Killing Goes On" (La Matanza Continúa), vinculó el fracaso de la investigación a los años de Marcos con los abusos del período de Aquino.

Abusos de los derechos humanos en Africa

El carácter pacífico o violento de la transición a la democracia determina la forma en que las democracias emergentes africanas abordan las violaciones de derechos humanos⁵⁷. Cuando la transición fue tranquila, como en Benín, Níger y Togo, por lo general los nuevos gobiernos otorgaron alguna suerte de inmunidad a los líderes del anterior régimen, a fin de consolidar más profundamente la democratización. Por ejemplo, Mathieu Kerekou, el presidente de Benín, obtuvo inmunidad procesal antes de perder las elecciones de 1991.

En otros países africanos, sin embargo, tales como Uganda, Chad y Etiopía, la transición a la democracia ha sido el resultado violento de una guerra civil. En Uganda, después de la independencia de 1962, los regímenes de Idi Amín y Milton Obote significaron la muerte de aproximadamente 800.000 personas. Si bien el Presidente Yoweri Museveni, que asumió el gobierno en 1986, prometió respetar los derechos humanos y establecer el imperio de la ley, un ejército indisciplinado continuó con los asesinatos y torturas en una guerra contra elementos subversivos librada en el norte y este del país.

En 1986, Museveni estableció una Comisión de Derechos Humanos para investigar anteriores violaciones de derechos humanos que sirvieran como institución educacional. La Comisión organizó audiencias públicas y consiguió la colaboración de testigos. El propio Presidente Museveni testificó que había estado involucrado en abusos contra gentes musulmanas al comandar el grupo guerrillero anti-Amín en Uganda occidental. Sin embargo, el trabajo de la Comisión fue bastante lento, principalmente por la falta de financiamiento. El informe de la Comisión fue difundido en octubre de 1994, ocho años después de que comenzara su labor, y en él se recomienda iniciar procesos y adoptar medidas administrativas para evitar que se repitan las violaciones de derechos humanos.

⁵⁷ Jamal Benomar, "Confronting the Past: Justice After Transition", en Centro Carter de la Universidad Emory, Conference Report Series, vol. 6, no. 1, *Investigating Abuses and Introducing Safeguards in the Democratization Process* (Atlanta: Carter Center, 1992).

El gobierno de Hissein Habré en el Chad, derrocado por la oposición armada el 1 de diciembre de 1990, fue uno de los más represivos que conociera la historia del país. Miles de personas habían sido ejecutadas sin proceso, detenidas en secreto y torturadas, y el propio Habré estuvo directamente involucrado en muchas de estas actividades. Miles murieron de hambre en centros de detención, uno de los cuales se encontraba en las inmediaciones de la oficina de Naciones Unidas.

Idriss Deby, nuevo presidente de Chad, siguiendo el consejo de Amnistía Internacional, creó una comisión para investigar las violaciones de derechos humanos durante el régimen de Habré. El gobierno también estableció un tribunal superior para procesar a Habré, quien había huido a Senegal junto con miembros de su gobierno. La labor de la comisión se vio obstaculizada por la falta de fondos y la intimidación. Si bien algunos de sus miembros renunciaron, otros perseveraron. El informe evacuado por la Comisión en mayo de 1992 documentó más de 40.000 asesinatos, detenciones sistemáticas y uso generalizado de la tortura. Según el informe, en ocasiones, estas violaciones de derechos humanos se habían cometido bajo la supervisión directa de Habré. El informe también afirma que Estados Unidos, país que había facilitado montos importantes de ayuda monetaria al régimen de Habré, entrenó al personal de los servicios de seguridad.

Algunos expertos afirman que la Comisión del Chad fue la primera en identificar personas responsables de violaciones de derechos humanos e incluso en publicar sus fotografías. Sin embargo, no se han producido procesos. La Comisión también planteó recomendaciones orientadas a garantizar la protección futura de los derechos humanos, entre las que se propone que la Comisión se transforme en una entidad permanente con la atribución de denunciar violaciones y promover actividades educativas. Sin embargo, debido a que las violaciones de derechos humanos van en aumento en el nuevo gobierno, muchos dudan de que éste llegue a institucionalizar medidas para una mayor protección de tales derechos.

En Etiopía, las fuerzas armadas, comandadas por el Coronel Haile Mariam Mengistu, violaron derechos humanos al intentar reprimir la oposición de tres grupos: los oficiales del antiguo régimen, sesenta de los cuales fueron asesinados inmediatamente después de que los Dergue asumieran el poder; la oposición política, principalmente el Partido Revolucionario del Pueblo Etíope (EPRP), contra el cual los Dergue organizaron el “terror rojo”, asesinando a más de 25.000 personas tan sólo en Addis Abeba; y los miembros del movimiento nacionalista de Eritrea, como también de Tigres y Oromos, que sufrieron la muerte, el desplazamiento, la tortura y la detención⁵⁸. El ejército y las fuerzas de seguridad no fueron los únicos que perpetraron estas violaciones masivas de derechos humanos pues contaron con la colaboración activa de buena parte de la población civil.

En 1991, el Frente Democrático Revolucionario del Pueblo Etíope (EPRDF) derrocó al gobierno Dergue y estableció un nuevo gobierno en Addis Abeba. El EPRDF licenció a las fuerzas armadas y policiales y detuvo a más de 10.000 personas que habían participado en el terror perpetrado por los Dergue. La mayoría ha sido liberada, pero varios cientos que siguen

⁵⁸ Véase “Trial for Human Rights Violations in Ethiopia”, ponencia estudiantil de Zecharias Hailu, presentada en mi curso Juicios por Violaciones de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, primavera de 1993.

detenidos presumiblemente serán procesados y condenados por los tribunales. Los imputados reciben atención médica y asesoría legal. El gobierno creó una fiscalía especial para facilitar la investigación, y el hallazgo de los archivos de seguridad e inteligencia contribuirá al éxito de estos esfuerzos.

Justicia retroactiva en la democratización de América del sur

Los países sudamericanos han sufrido muchas interrupciones en sus gobiernos democráticos, durante las cuales han predominado las violaciones de derechos humanos. Los gobiernos persiguieron, asesinaron y torturaron a sus opositores políticos; el ejército y las fuerzas de seguridad, particularmente durante los regímenes militares, frecuentemente abusaron de los pobres y de delincuentes menores. En el pasado, al retornar a la democracia, los gobiernos sudamericanos no habían investigado abusos de derechos humanos cometidos durante los períodos de autoritarismo, otorgando a veces amnistías explícitas y otras veces ignorando completamente el pasado. Estas respuestas eran inevitables dada la debilidad intrínseca de las democracias sudamericanas, que se encontraban bajo constante vigilancia y presión de sus fuerzas armadas. Los políticos estaban tan aliviados de tener un respiro respecto del autoritarismo directo que no se arriesgaban a entrar en confrontaciones debilitadoras. A menudo, los políticos que dirigían estas nuevas democracias habían participado en los abusos de derechos humanos del régimen autoritario, hecho que constituía un impedimento adicional para los esfuerzos por lograr una justicia retroactiva. Este paradigma cambió significativamente durante los años '80, cuando varios países sudamericanos atravesaron por procesos de transición democrática.

En los años '70, el continente estaba dominado por dictaduras militares bien organizadas⁵⁹. Los golpes militares se llevaron a cabo bajo el pretexto de “seguridad nacional”. Ante los violentos movimientos guerrilleros de izquierda, en algunos casos apoyados por Cuba, las fuerzas armadas desplazaron a gobiernos débiles y corruptos. Estos regímenes militares diferían en cuanto a su enfoque económico. Brasil, por ejemplo, impuso barreras comerciales para fomentar la sustitución de importaciones, mientras que el General Augusto Pinochet en Chile recurría al libre mercado para rectificar los problemas económicos de su país. No obstante, estos regímenes eran similares en un aspecto: para consolidar su poder, denegaron a sus ciudadanos los derechos humanos básicos. Estos regímenes militares se aprovecharon del aparato represivo del Estado para generar una sensación de terror generalizado; emplearon la tortura, el encarcelamiento sin juicio, el asesinato puro y simple, y las desapariciones forzadas para combatir la oposición política e intelectual violenta.

Durante los años ochenta, el continente se volcó hacia la democracia y, rompiendo con la antigua tradición, se instaló la convicción de que las violaciones de derechos humanos cometidas por las dictaduras debían ser enfrentadas explícitamente, tal vez incluso en tribunales civiles. El origen de esta nueva actitud se explica por la extensión del terrorismo auspiciado por el Estado, por un clima internacional menos tolerante hacia las violaciones de derechos humanos (debido, principalmente, a la nueva política de derechos humanos del

⁵⁹ Guillermo O'Donnell ha calificado a estos regímenes de “autoritarios burocráticos”. Véase O'Donnell, *Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism: Studies in South American Politics* (Berkeley: Institute of International Studies, University of California, 1973).

Departamento de Estado de EE.UU.) y por la creciente conciencia de las elites económicas y políticas de América del Sur. Si bien estos deseos de justicia retroactiva eran inexistentes en la mayoría de las naciones centroamericanas, como también en Perú o Paraguay, fueron un aspecto definitorio del proceso de transición a la democracia en Brasil, Uruguay, Chile y Argentina. Los resultados, como veremos, fueron bien diferentes en cada uno de estos países. Analizaré brevemente los primeros tres casos antes de referirme en detalle a Argentina en el siguiente capítulo.

El golpe militar en Brasil se produjo el 1 de abril de 1964. En el primer período de gobierno militar, entre 1964 y 1968, el General Castello Branco mantuvo una apariencia de apertura política, aunque la represión dirigida a la oposición política se intensificó gradualmente. Esta represión concitó antagonismo e incluso actividad guerrillera urbana, lo que instigó una mayor represión, y ésta a su vez culminó con una dictadura integral sancionada por el Acta Constitucional N° 5. Cuando el General Emilio Medici asumió el poder el 30 de octubre de 1969, se inició la represión más cruenta. Con la creación de órganos de seguridad independientes, miles fueron asesinados y torturados. Esta extensa y sistemática represión disminuyó cuando, en 1974, el General Ernesto Geisel reemplazó a Medici, iniciando un proceso de liberalización gradual. El sucesor de Geisel, General João Baptista Figueiredo, inició negociaciones con una oposición política cuya fuerza iba en aumento. Aunque los abusos de derechos humanos disminuyeron durante este período de apertura política, iniciada en 1979, no cesaron completamente. Durante las negociaciones, el General Figueiredo promulgó una “amnistía mutua” que abarcaba a aquellos acusados de crímenes políticos, como también a los agentes de seguridad del Estado que habían cometido violaciones de derechos humanos. La amnistía impedía incluso la investigación de violaciones de derechos humanos cometidas entre 1964 y 1979. No obstante, algunos grupos privados asumieron la responsabilidad de dar a conocer dichas violaciones. El más destacado fue una organización dirigida por el arzobispo de Sao Paulo, Cardenal Paolo Evaristo Arns, y el jefe de la Iglesia Presbiteriana de Brasil, Jaime Wright. Como Lawrence Weschler rememora en *A Miracle, A Universe*, esta investigación encerraba riesgos⁶⁰. La publicación del informe, que contenía mucha información, se postergó hasta la asunción del presidente civil, José Sarney, en 1985. Titulado *Brasil: Nunca Más*, el informe se dio a conocer el 15 de julio de 1985 y pronto se transformó en un éxito de ventas sin precedente. El informe documentaba 144 asesinatos políticos, 125 desapariciones y 1.843 incidentes de tortura. En noviembre del mismo año, la organización publicó una lista de 444 personas implicadas en violaciones de derechos humanos.

Según Weschler, la transición democrática brasileña fue posible debido a que los políticos civiles respetaron la amnistía. Si bien el informe “constituyó un obstáculo definitivo para el encubrimiento”, no alteró fundamentalmente la acción política que facilitó la amnistía⁶¹. Tal compromiso fue posible porque las violaciones de derechos humanos, aunque eran predominantes, no afectaron a un sector tan amplio de la población como en Uruguay y Argentina, las desapariciones fueron menos comunes y los peores excesos habían ocurrido en el pasado distante. Sin embargo, la publicación de *Brasil: Nunca Más* fue positiva: despertó la

⁶⁰ Lawrence Weschler, *A Miracle, a Universe: Settling Accounts with Torturers* (New York: Pantheon, 1990), 10-76.

⁶¹ *Ibid.*, 73, citando a Elio Gaspari.

conciencia popular y motivó al Presidente Sarney a firmar la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura en 1985.

Hasta los años '60, Uruguay era un modelo de democracia sudamericana, un país que disfrutaba de una relativa equidad social, modesta riqueza y tranquilidad política. En cuanto su economía basada en la sustitución de importaciones comenzó a deteriorarse en la década del '60, surgió la violencia política. El grupo terrorista conocido como los Tupamaros, o Movimiento Nacional de Liberación, dirigido por Raúl Sendic, se volcó al secuestro y al asesinato para expresar su oposición.

Los gobiernos civiles comenzaron a reaccionar con severidad, invitando a las fuerzas armadas a intervenir. En 1969 el Presidente Jorge Pacheco Areco pidió a las fuerzas armadas que reprimieran las huelgas. La tortura y los malos tratos de prisioneros se generalizaron. Luego, Pacheco solicitó a las fuerzas armadas que combatieran a los Tupamaros. Juan María Bordaberry, el candidato que contaba con la más alta preferencia para suceder a Pacheco, ganó las elecciones presidenciales de marzo de 1972. Inmediatamente, suspendió la mayoría de los derechos civiles, dando carta blanca a las fuerzas armadas para librar una guerra a muerte contra los Tupamaros. Para 1973, las fuerzas armadas los habían desarticulado en forma brutal y efectiva, encarcelando y torturando a muchos sospechosos de pertenecer al movimiento.

Las protestas contra los métodos empleados por las fuerzas armadas permearon Uruguay. Los militares usaron las protestas como excusa para combatir la subversión en las universidades, el sistema educacional, la administración pública, los gremios profesionales y la clase política. Bordaberry suspendió los restantes derechos civiles el 1 de junio de 1973, sin la aprobación del Congreso. El 12 de junio de 1973, las fuerzas armadas disolvieron el propio Congreso, creando un Consejo Militar Supremo, y redujeron el papel de Bordaberry al de una figura decorativa.

Uruguay sufrió profundamente bajo los militares. Según Weschler, entre 1970 y 1985, más del 10% de la población salió al exilio; de los restantes, un quinto estuvo detenido y uno de cada quinientos cumplió largas sentencias de prisión⁶². Algunas de las peores violaciones de derechos humanos contra los uruguayos se cometieron en la Argentina, como resultado de la cooperación del gobierno militar de ese país vecino⁶³. Las fuerzas armadas clasificaron a la totalidad de la población uruguaya en tres categorías según el grado de riesgo que las personas representaban para el régimen.

Cuando los militares uruguayos pensaron que habían conseguido controlar completamente la economía y el país, se abocaron a legitimar su régimen, convocando en 1980 a un plebiscito para decidir la redacción de una nueva constitución. Sorprendentemente para ellos, perdieron por un margen de 57 a 43 por ciento. Reaccionaron con ira y la represión continuó. Paralelamente, la economía entró en una espiral desbocada. En noviembre de 1982,

⁶² *Ibid.*, 87-88.

⁶³ Por ejemplo, en mayo de 1976, dos prominentes dirigentes políticos - Gutiérrez Ruiz, el ex presidente de la Cámara de Diputados, y Zelmar Michelini, un conocido senador - fueron secuestrados y más tarde asesinados en Buenos Aires.

las fuerzas armadas autorizaron elecciones internas en los partidos políticos, que ganaron candidatos opuestos al régimen. Nuevamente, los militares reaccionaron con más represión, dirigida principalmente a las protestas de estudiantes; varias docenas de manifestantes fueron arrestados y torturados en junio de 1983. Aun así, las manifestaciones generalizadas aumentaron, incluyendo las famosas protestas de las dueñas de casa de Montevideo. También hubo una huelga de hambre, la del sacerdote Luis Pérez Aguirre y varias monjas. Pronto, preocupados principalmente de evitar investigaciones y juicios por abusos de derechos humanos a la luz de lo que sucedía con sus colegas en Argentina, los militares iniciaron negociaciones con los políticos civiles. En junio de 1984, en el Club Naval, las fuerzas armadas iniciaron conversaciones formales con los partidos aún existentes.

El acuerdo del Club Naval establecía una convocatoria a elecciones para noviembre de 1984. El vencedor, Julio María Sanguinetti, asumió la presidencia el 1 de marzo de 1985. Una semana más tarde, otorgó una amnistía a todos los prisioneros políticos, pero excluyó explícitamente a los miembros de las fuerzas armadas que habían violado derechos humanos. Los ciudadanos privados comenzaron a presentar demandas contra perpetradores de violaciones específicas de derechos humanos⁶⁴. Los militares se resistieron a obedecer las órdenes de comparecencia judicial y la cuestión llegó hasta la Corte Suprema. En septiembre de 1986, el partido del Presidente propuso una amnistía general para todas las fuerzas armadas. La iniciativa fracasó. A medida que la Corte Suprema iba remitiendo casos a los tribunales civiles, la resistencia de los militares se hacía más abierta y general. El 22 de diciembre de 1986, los dos principales partidos políticos propusieron una ley de “caducidad de la pretensión punitiva del Estado”, la que finalmente logró la aprobación del Congreso.

En febrero del año siguiente, un grupo de víctimas se organizó para impugnar esta amnistía. Convocaron a la realización de un plebiscito para revocar la ley de caducidad, para lo cual requerían más de medio millón de firmas. Tras una campaña de movilización y un debate público sin precedentes, el grupo consiguió más de seiscientos mil firmas⁶⁵. El General Hugo Medina proclamó que, si se revocaba la ley de amnistía, el país estaría amenazado. Los abogados argumentaron que el principio de la no retroactividad de la ley penal protegería a los militares. El referéndum se celebró el 16 de abril de 1989. El ochenta por ciento de la población emitió su voto; 53 por ciento de los votantes se manifestó a favor de mantener la ley de amnistía, mientras que un 41 por ciento optó por revocarla.

A pesar de los desilusionantes resultados del plebiscito, éste concitó el debate y la investigación privada de los abusos del régimen militar, que quedaron documentados en el libro *Uruguay: Nunca Más*⁶⁶. Sin embargo, no está claro si esta confrontación con el pasado

⁶⁴ Se acusó a ciento ochenta oficiales de más de cuatrocientas violaciones de derechos humanos. James F. Smith, “Uruguay Vote Strongly Backs Amnesty: Unofficial Results Show Retention of Law That Pardons Officers”, *Los Angeles Times*, 17 de abril de 1989:6.

⁶⁵ El gobierno intentó obstruir la verificación de las firmas, lanzó una contracampaña para mantener la ley de amnistía y designó al General Hugo Medina como Ministro de Defensa. El Tribunal Electoral anunció que se requerían 23.000 firmas adicionales para el referéndum, llevando a la organización a hacer un intento desesperado para obtenerlas. En 1989, el grupo había reunido las firmas necesarias. Weschler, *A Miracle, a Universe*, 175-176.

⁶⁶ Servicio Paz y Justicia (SERPAJ), *Uruguay: Nunca Más*, trad. de Elizabeth Hampsten (Philadelphia: Temple University Press, 1992), analizado en Weschler, *A Miracle, a Universe*, 235.

redujo la influencia de los militares en la vida pública. A principios de los años '90, los periódicos informaron acerca de las presiones ejercidas por los militares sobre el gobierno del Presidente Luis Alberto Lacalle⁶⁷. En 1995, Sanguinetti inició su segundo período presidencial y aseguró a los militares que el asunto de los derechos humanos había sido superado y que no se reabría.

En Chile, en 1970, Salvador Allende, el candidato del Partido Socialista, fue elegido presidente con 36 por ciento del voto popular. A pesar de esta exigua mayoría, Allende intentó profundizar la transformación social iniciada por su antecesor. El respaldo que tuvo de los pobres, intelectuales y estudiantes no fue suficiente para superar la férrea oposición de las élites socioeconómicas y del Poder Judicial, como tampoco para contrarrestar las presiones externas, particularmente la de Estados Unidos. Cuando en 1973 se deterioró el clima social y político, las fuerzas armadas, comandadas por el General Pinochet, depusieron al gobierno de Allende en un violento golpe.

La Junta Militar, con Pinochet a la cabeza, estableció un severo estado policial, con detenciones y ejecuciones generalizadas, como también extensas purgas en la administración pública y el sistema educacional, llevadas a cabo por la unidad de antiterrorismo y vigilancia del Estado, conocida como la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA). Muchos otros desaparecieron o fueron sometidos a torturas sistemáticas. Miles de personas marcharon al exilio⁶⁸. Algunos, considerados políticamente peligrosos, fueron asesinados en países extranjeros. El ex comandante del ejército, General Carlos Prats, fue asesinado en Argentina en septiembre de 1974, y el ex Ministro de Relaciones Exteriores, Orlando Letelier, corrió igual suerte en Washington, D.C., en 1976. La Junta también instituyó un estricto sistema de censura de prensa.

Tras la primera ola de represión, que apagó la agitación pública a pesar de la creciente pobreza en los sectores más desposeídos de la sociedad, las políticas gubernamentales de ajuste monetario, privatización y apertura a la inversión extranjera comenzaron a generar éxito económico. En 1978, se dictó una amnistía que cubría a casi todos los abusos anteriores, y en 1980 Pinochet buscó legitimar su poder redactando una constitución que luego fue aprobada mediante un plebiscito.

A principios de los años '80, particularmente tras un deterioro de la economía, la población comenzó a presionar en pro de la democratización. Las organizaciones de derechos humanos, tales como la Vicaría de la Solidaridad, dependiente de la Iglesia Católica, denunciaron cada vez con mayor intensidad los abusos del régimen. A partir de 1983, la economía repuntó nuevamente y el reino del terror se relajó. En 1988 Pinochet, en conformidad con la Constitución, ofreció convocar un plebiscito para decidir su permanencia

⁶⁷ Véase “Los generales rebeldes: Lacalle negocia con los militares”, Página 12, 11 de junio de 1993: 18. El incidente específico reportado en el periódico tiene que ver con las presiones de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas para bloquear las investigaciones y medidas que se adoptan contra oficiales acusados de estar involucrados en el secuestro y asesinato de un oficial de inteligencia chileno. (También se informó que algunos diputados habían recibido amenazas por inmiscuirse con los militares.)

⁶⁸ Se ha reconocido oficialmente que al menos 9.000 personas desaparecieron o fueron asesinadas, aunque los grupos de derechos humanos afirman que el número podría elevarse a 30.000. Véase, por ejemplo, “For the First Time, Argentine Army Admits ‘Dirty War’ Killings”, *New York Times*, 26 de abril de 1995: 13.

en el sillón presidencial. Tras álgidos debates, varios partidos de oposición decidieron participar en el plebiscito, viéndolo como una oportunidad para terminar con el gobierno militar. Esta difícil decisión significaba aceptar no sólo la Constitución de 1980, sino también la ley de auto-amnistía de 1978. La apuesta de la oposición resultó ganadora: en octubre de 1988, una mayoría de la población rechazó la continuidad de Pinochet en la presidencia.

De acuerdo con la Constitución de 1980, después de conocerse los resultados del plebiscito Pinochet convocó a elecciones libres. Designó a un protegido suyo como candidato a la presidencia. Los partidos de oposición formaron una coalición amplia que respaldaba al demócratacristiano Patricio Aylwin. La justicia retroactiva fue uno de los temas más destacados de la campaña, pero sólo de manera limitada. La oposición creía que era demasiado arriesgado desconocer la ley de auto-amnistía de 1978 y se limitó a prometer que trabajaría arduamente para lograr su derogación. Incluso este compromiso era inaceptable para Pinochet, quien inmediatamente declaró que terminaría con la democracia si uno solo de sus hombres era procesado. En virtud de la Constitución de 1980, incluso después de la derrota en el plebiscito, Pinochet continuaba siendo comandante en jefe del ejército.

Aylwin ganó las elecciones de 1989 y, en su primer discurso, enfrentó el tema de las violaciones de derechos humanos del pasado, declarando que el gobierno debía establecer un cauteloso equilibrio entre la moral y la prudencia. Si bien esperaba que llegasen a instituirse procesos y a obtenerse los consiguientes perdones, la ley de amnistía se transformó en un obstáculo insalvable. Pinochet no solamente continuó siendo comandante en jefe del ejército, sino que además el gobierno no contaba con mayoría en el Senado. De acuerdo con la Constitución de 1980, nueve de los treinta y cinco miembros de ese cuerpo colegiado eran designados por Pinochet o por instituciones que él controlaba⁶⁹. Por otra parte, el intérprete último de la ley de amnistía, la Corte Suprema, llevaba el sello de Pinochet: éste había designado a la mayoría de los jueces.

El gobierno decidió finalmente crear una Comisión de Verdad y Reconciliación, un órgano análogo a la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas creada anteriormente por el Presidente Raúl Alfonsín en Argentina. La comisión chilena era un órgano ejecutivo más que legislativo, integrado por distinguidas personalidades de distintas inclinaciones ideológicas. A la Comisión se le encomendó la tarea de proporcionar una visión integral de los abusos de derechos humanos del régimen, incluyendo su metodología y políticas generales; escribir una historia de las reacciones de los diversos sectores sociales; explicar las causas de tales violaciones; y registrar las consecuencias individuales y sociales de las mismas⁷⁰. También se encargó a la Comisión compilar una relación de cada caso de asesinato y desaparición, para buscar algún tipo de reparación moral para las víctimas. Adicionalmente, la Comisión investigó los asesinatos cometidos por terroristas de izquierda.

Después de nueve meses de un trabajo desempeñado con gran profesionalismo, la Comisión presentó su informe al Presidente Aylwin, quien lo dio a conocer al público el 4 de marzo de 1991. El informe verificó los asesinatos y desapariciones de un gran número de

⁶⁹ Véase Jorge Correa, "Dealing with Past Human Rights Violations: The Chilean Case after Dictatorship", 67 *Notre Dame Law Review*, 1455, 1455-85 (1992).

⁷⁰ *Ibid.*, 1462-63.

personas, aunque no pudo establecer el destino de muchos de los desaparecidos. El informe también contenía conmovedores testimonios de las víctimas. La Comisión, sin embargo, decidió no dar los nombres de los responsables de las violaciones, considerando que esta tarea correspondía a los tribunales. El informe sirvió como reconocimiento oficial de la verdad, contribuyendo a prevenir futuras violaciones al crear una mayor conciencia social y reconocer, en forma tanto monetaria como simbólica, el enorme daño que el régimen militar había infligido a tantas personas.

El impacto del informe chileno se redujo un tanto al coincidir su difusión con el asesinato del senador derechista Jaime Guzmán a manos de terroristas de izquierda, desviando la atención pública hacia el resurgimiento de la izquierda. Con todo, el público general permaneció comprometido con una cierta medida de justicia retroactiva. Los tribunales han comenzado a interpretar liberalmente la ley de amnistía como un instrumento que meramente impide el castigo pero no el juicio. Esta posición del poder judicial ha creado cierta inquietud entre las fuerzas armadas, que han hecho exhibición de fuerza en numerosas ocasiones, marchando en uniforme de combate por el centro de Santiago, como lo hicieron, por ejemplo, el 28 de mayo de 1993. El tenaz líder de las fuerzas armadas, el General Pinochet, continúa abogando por una amnistía amplia⁷¹. El 3 de agosto de 1993, el Presidente Aylwin inició un procedimiento para determinar responsabilidades por violaciones de derechos humanos no amparadas por la ley de amnistía, específicamente, contra dos individuos responsables del asesinato de Orlando Letelier en Washington, D.C. Dos años más tarde, la Corte Suprema confirmó la condena de esos imputados, uno de los cuales era el jefe de la Dina, quienes fueron finalmente encarcelados. Pinochet echó pestes, pero no fue más allá.

Si bien estos breves estudios de caso están lejos de entregar una visión completa de las violaciones de derechos humanos cometidas durante el siglo XX, sirven para ilustrar los obstáculos que surgen al investigar y sancionar a funcionarios del Estado por violaciones masivas de derechos humanos. Algunos problemas se derivan de las relaciones de poder, puesto que con frecuencia quienes cometen las violaciones conservan su influencia y acceso al aparato coercitivo. Surgen otros problemas cuando la visión de mundo bajo la cual se han cometido y justificado los abusos es inferior a la que se tiene al momento de determinar los castigos. Existen dificultades prácticas para definir al grupo de perpetradores culpables, que exigen que los fiscales o encargados de perseguir estos actos deban buscar un delicado equilibrio entre procesamientos masivos, pero aparatosos, y la injusta imputación de toda la culpa a un número pequeño de individuos. La reintegración a la democracia, o al menos a una coexistencia pacífica, de sectores otrora antagonistas presenta otras dificultades. La justicia retroactiva plantea cuestiones legales relativas a la retroactividad de las leyes penales, los plazos de prescripción, aspectos procesales, al objeto y los límites del castigo, y al alcance de la jurisdicción universal.

Abordaré estos problemas con mayor profundidad una vez que haya analizado el caso de Argentina con más detalle. Por el momento, es importante destacar lo rara que es la justicia retroactiva cuando se trata de crímenes cometidos por agentes del Estado. La inacción, las amnistías y los perdones son la norma. Con frecuencia, los intentos de procesamiento legal

⁷¹ Véase “Aylwin reprendió a Pinochet”, *Página 12*, 11 de junio de 1993: 19.

han estado dirigidos a aquellos que tienen una mera responsabilidad accesoria en los abusos de derechos humanos. Por cierto, esta generalización tiene sus excepciones. Cuando un Estado ha sido derrotado en una guerra internacional y un ejército extranjero ha respaldado los juicios, como en el caso de Europa Occidental y Japón después de la Segunda Guerra Mundial, se ha utilizado el procesamiento para obtener justicia retroactiva. A menudo, fueron las cortes nacionales las que enjuiciaron y sancionaron a los culpables, como en Francia y Bélgica, pero sólo cuando pudo circunscribirse con facilidad el grupo acusado de colaborar con el anterior invasor extranjero. La naturaleza violenta o pacífica de las transiciones democráticas tiene una alta correlación con la factibilidad de la justicia retroactiva. En este sentido, Grecia sobresale como un caso excepcional, ya que, a pesar de haber perdido una guerra, no contó con la presencia de un ejército invasor para facilitar los juicios.

Pero incluso cuando se procesa a los culpables de perpetrar violaciones de derechos humanos, aparecen las críticas generalizadas. Algunas personas se sienten desilusionadas con el contraste de las expectativas de justicia con los resultados limitados del agotador procedimiento. Otros se sienten culpables por las omisiones, reconociendo que la responsabilidad por el rumbo que adoptan los juicios debe atribuirse a las relaciones de poder resultantes. Mientras que un tercer grupo ve una gran hipocresía cuando aquellos que han estado profundamente involucrados en el régimen abusivo eluden el castigo e incluso retienen importantes cargos públicos; o cuando aquellos que guardaron silencio en el pasado sacan repentinamente la voz para abogar por la justicia retroactiva. Algunos se lamentan porque las víctimas de abusos de derechos humanos no fueron suficientemente compensadas, rehabilitadas o reconocidas. Otros sienten resentimiento cuando los extranjeros victoriosos forman cortes que están sesgadas, o cuando esos mismos extranjeros les exigen rígidos estándares de justicia que sus propias sociedades no aplican y que desconocen las dificultades de la democracia naciente. Y otros más caen en cuenta que el impacto popular de los juicios es más bien superficial y efímero.

La investigación y el enjuiciamiento de abusos de derechos humanos auspiciados por el Estado no es una tarea sencilla; tampoco es una fuente de orgullo nacional, ni mucho menos internacional. Sólo cabe esperar que el caso de Argentina ilustre aún más los obstáculos que enfrenta el deseo recurrente de la humanidad de imponer justicia a los peores ofensores de su dignidad.

Lo que la Corte Verdaderamente Dijo*

Ronald Dworkin

La Corte Suprema finalmente, y de manera definitiva, ha rechazado la indignante afirmación del gobierno de Bush de que el Presidente está facultado para encarcelar a las personas que él acuse de tener conexiones terroristas, sin tener acceso a abogados o al mundo exterior y sin ninguna posibilidad de que la situación sea sujeta a un examen significativo por los tribunales o por otras entidades judiciales¹. Las decisiones de la Corte Suprema, anunciadas el 28 de junio, largamente esperadas, fueron ampliamente aclamadas por los editorialistas como una importante derrota para el gobierno de Bush y una significativa victoria para los derechos humanos y civiles. No obstante, es posible que estos comentaristas hayan exagerado el impacto práctico de las decisiones. Aunque la Corte Suprema insistió que, incluso en una guerra, el arresto por parte del Poder Ejecutivo de personas sospechosas de ser enemigos combatientes debe ser sometido a algún tipo de revisión por un tribunal neutral, sugirió reglas de procedimiento para tales revisiones que no incluyen protecciones tradicionales importantes para los acusados. Es muy posible que el gobierno pueda satisfacer las laxas normas de procedimiento de tal revisión sin efectivamente modificar sus políticas de detención de carácter moralmente dudoso.

Sin embargo, a más largo plazo, es posible que las decisiones de la Corte Suprema tengan un impacto de mayor profundidad porque los argumentos de los jueces proporcionan la base legal para una conclusión mucho más potente que la que sacó la Corte Suprema misma, a saber, que la Constitución no permite que el gobierno mantenga bajo arresto a personas sospechosas de ser combatientes enemigos o terroristas en forma indefinida sin acusarlos o condenarlos por algún crimen, de acuerdo con todas las protecciones tradicionales de nuestros procedimientos legales criminales, a menos que efectivamente sean tratados como prisioneros de guerra. En tal caso, estas personas contarían con los beneficios y protecciones que ofrece la ley internacional, incluidos los Convenios de Ginebra.

Obligar al gobierno tomar esa opción ciertamente supondría que éste debe cambiar drásticamente el trato que les da a los detenidos. El derecho internacional prohíbe el interrogatorio coercitivo de los prisioneros de guerra, pero el gobierno de Bush sostiene

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de Ronald Dworkin, titular del derecho de autor.

¹ *Hamdi et al. v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, No. 03-6696; *Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla et al.*, No. 03-1027; *Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al.*, N°s. 03-334 y 03-343; todas las decisiones adoptadas el 28 de junio del 2004. En este artículo, la mención de las opiniones sobre estos casos se refieren a las páginas de las opiniones individuales de los jueces tomadas de la versión electrónica del dictamen de la Corte publicada individualmente poco después del fallo (*slip opinions*).

ahora que tiene derecho a someter a los detenidos a interrogatorios que no sólo son coercitivos sino que a menudo, como ya sabemos, están reforzados por la humillación y las golpizas junto con incesantes preguntas, la privación sensorial y del sueño, y la técnica del casi ahogo (*waterboarding*) y otras formas de tortura². En el presente documento, analizaré las tres decisiones de la Corte Suprema con el fin de identificar tanto el riesgo de que sean interpretadas de forma de permitir al gobierno seguir violando los derechos humanos y la posibilidad de que algún día sean entendidas como decisiones que obligan al gobierno a respetar esos derechos.

1.

Hamdi versus Rumsfeld

Yasir Esam Hamdi es un ciudadano estadounidense de 24 años que nació en Luisiana, fue criado en Arabia Saudita y fue capturado en Afganistán en 2001 por las fuerzas de la Alianza Afgana del Norte que luchaba contra los Talibanes. Fue entregado al Ejército de Estados Unidos. El gobierno lo envió a Guantánamo pero, al darse cuenta de su ciudadanía, lo trasladaron a una cárcel militar en Virginia y posteriormente a un bergantín de la Marina en Carolina del Sur, donde ha permanecido incomunicado durante más de dos años y, hasta hace poco, sin tener acceso a un abogado.

El padre de Hamdi presentó una solicitud de *hábeas corpus* en junio de 2002 (una petición judicial que exige que sus carceleros justifiquen ante un tribunal la detención de la persona) en la que aseveraba que Hamdi no estaba luchando junto con los Talibanes, como afirmaba el gobierno, sino que había viajado a Afganistán como trabajador voluntario en asistencia humanitaria. El Ejército respondió con un memorando de nueve párrafos, firmado por Michael Mobbs, un funcionario de rango menor en el Departamento de Defensa, en el que se señalaba, sin evidencia que lo sustentara, que Hamdi estaba con una unidad de los Talibanes y que fue capturado con un rifle Kalashnikov en su poder cuando dicha unidad se rindió ante la Alianza. Los abogados contratados por el padre de Hamdi presentaron una nueva petición solicitando que el gobierno liberara a Hamdi o, en su defecto, produjera evidencia substancial y detallada que respaldara el memorando de Mobbs.

Un tribunal federal del distrito de Virginia determinó que, por sí solo, el memorando era insuficiente para justificar el encarcelamiento de Hamdi y ordenó al gobierno que produjera prueba más completa, del tipo que se requiere en un procedimiento criminal común y corriente. Sin embargo, el Cuarto Tribunal Federal de Apelaciones revocó el dictamen del tribunal de distrito. Declaró, con fuertes votos disidentes, que el Presidente, en su calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, tenía el poder constitucional para determinar que una persona capturada en cualquier teatro de operaciones militares es un combatiente enemigo y que ningún tribunal tiene el poder de revisar dicha determinación presidencial³.

² Ver Anthony Lewis, "Making Torture Legal", *The New York Review*, 15 de julio de 2004.

³ El Cuarto Circuito incluye Maryland, Virginia, Virginia Occidental, Carolina del Norte y Carolina del Sur. Su corte de circuito tiene sede en Richmond, Virginia. Los procedimientos en las cortes de distrito y circuito son más complejos que lo que se puede describir en un resumen comprimido. Para ver una historia completa del litigio antes de que llegara a la Corte Suprema, véase la opinión de O'Connor en 3 y siguientes.

La Corte Suprema ha revocado el dictamen del Cuarto Tribunal y devuelto el caso a un tribunal federal de distrito para la realización de procedimientos adicionales de acuerdo con su propia decisión. La Jueza Sandra Day O'Connor redactó un voto en el que participaron otros tres jueces (el Presidente del Tribunal, William Rehnquist y los Jueces Anthony Kennedy y Stephen Breyer) con lo cual se produjo una mayoría de votos y una opinión que determina el caso⁴. La ley federal establece que “ningún ciudadano podrá ser encarcelado o detenido de alguna otra manera por los Estados Unidos excepto en conformidad a una Ley del Congreso”⁵. Sin embargo, O'Connor afirmó que la Ley de Autorización del Uso de Fuerza Militar, que el Congreso aprobó con posterioridad al 11 de septiembre, que permitía al Presidente perseguir a al-Qaeda y a sus seguidores, implicaba claramente que se le otorgaba el poder para detener a las fuerzas enemigas capturadas durante una batalla. Según O'Connor, gracias a una larga tradición reconocida en muchas leyes estadounidenses e internacionales, las leyes de la guerra permiten a una potencia en guerra detener a las fuerzas enemigas capturadas hasta el fin de las hostilidades. Según ella, claramente el Congreso tenía la intención de que el Presidente contara con esos poderes con el fin de impedir que las fuerzas enemigas capturadas pudieran unirse nuevamente al enemigo para volver a combatir.

Por lo tanto, la pregunta que se planteaba a la Corte, afirmaba O'Connor, era de índole constitucional: no se trataba de si el Congreso había autorizado al Presidente para detener a combatientes enemigos sino si el ejercicio de dicho poder por parte del Presidente de detener a ciudadanos estadounidenses sin un examen judicial serio constituía una violación de la Quinta Enmienda de la Constitución, la cual señala que nadie puede ser privado de libertad “sin el debido proceso legal”. Según O'Connor esa pregunta constitucional se puede resolver solamente si se pone en la balanza el grave daño que se le haría a una persona encarcelada erróneamente y en forma indefinida, versus el peligro que implica para nuestra seguridad y la carga que implica para nuestras fuerzas militares el permitir que los prisioneros demanden la revisión judicial de su detención. El Tribunal de Distrito de Virginia había otorgado demasiada importancia a la protección del individuo, señaló O'Connor, a un costo demasiado elevado para la seguridad, al insistir que Hamdi podía ser detenido solamente si se demostraba que era un combatiente enemigo de acuerdo con las normas de evidencia requeridas en un juicio criminal ordinario. El Cuarto Tribunal de Circuito, por otra parte, le otorgó escasa protección al afirmar que, al haber sido capturado en el “teatro” de acción militar, la declaración del Presidente clasificándolo como combatiente enemigo no podía ser cuestionada de ningún modo.

⁴ Los demás jueces estaban divididos en sus respuestas ante la opinión de la mayoría. El Juez Souter, en una opinión compartida por el Juez Ginsburg, argumentó que era innecesario llegar al tema constitucional que la mayoría había explorado porque, en una interpretación correcta, *Congress's Forces Declaration* del 2001 no generaba excepción alguna a la ley de 1787 que permitía al gobierno tratar a Hamdi como lo ha tratado. En un acoplamiento extraño y poco habitual, el Juez Stevens, que es uno de los jueces más liberales de la Corte, se unió al Juez Scalia, que forma parte de los más conservadores, en disidencia: el debido proceso no permite que la Corte pondere sus protecciones absolutas contra otros valores, señaló Scalia, de modo que la Corte debiera haber desestimado el dictamen del Cuarto Distrito instruyéndole no en el sentido de que la detención de Hamdi debiera ser revisada por un tribunal de régimen especial como el descrito por O'Connor sino que Hamdi debiera ser encausado y enjuiciado de manera regular o liberado. El Juez Thomas también emitió un voto disidente pero en el sentido contrario. El Presidente, en su calidad de Comandante en Jefe, debe tener el poder total en la acción militar una vez que el Congreso ha autorizado dicha acción, señaló Thomas y ninguna Corte tiene derecho a cuestionar las decisiones del Presidente.

⁵ Este estatuto fue aprobado en 1950 principalmente para prevenir detenciones como las que afectaron a los estadounidenses de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial.

O'Connor señaló que el equilibrio adecuado requiere que:

“un ciudadano detenido que busca cuestionar su clasificación como combatiente enemigo debe ser notificado de los hechos en los que se basa su clasificación y debe tener una oportunidad justa de refutar ante una autoridad neutral los hechos afirmados por el gobierno”⁶.

Hamdi, agregó O'Connor, “indudablemente tiene derecho a acceder a asesoría legal en relación con” cualquier procedimiento adicional⁷. Destacó que el único propósito legítimo del arresto sin juicio es impedir que un combatiente enemigo vuelva a combatir nuevamente y que, por lo tanto, un ciudadano no puede continuar detenido luego del cese de hostilidades en la zona en que supuestamente estuvo combatiendo.

No obstante, las sugerencias más detalladas que hace O'Connor socavan la protección que estas abstractas afirmaciones iniciales parecieran otorgar. El tribunal neutral al que se debe permitir que los detenidos apelen, dice ella, no necesariamente debe ser una corte ordinaria sino que efectivamente podría ser una comisión militar “autorizada adecuadamente y debidamente constituida”⁸. Las reglas de la prueba de un tribunal de esta naturaleza, agrega, podrían ser mucho más favorables para el gobierno que aquellas de una corte criminal ordinaria. En particular, se podría autorizar el testimonio de oídas; es más, sugirió que la evidencia de oídas del impreciso memorando de Mobbs podría ser suficiente⁹.

Luego agregó una restricción aún más extraordinaria: el peso normal de la prueba se podría invertir, de modo que un detenido se vería en la necesidad de comprobar que no era un combatiente enemigo en lugar de que fuera el gobierno quien tuviera que demostrar que lo era¹⁰. Incluso los reglamentos que el Departamento de Defensa ha propuesto para los tribunales militares que van a comenzar a juzgar a algunos detenidos por crímenes de guerra en Guantánamo (tribunales que han sido denunciados como injustos por los abogados defensores y otros grupos) no le imponen al acusado la obligación de demostrar su inocencia.

La situación de Hamdi ilustra la dificultad de la tarea que enfrenta un prisionero ante las sugerencias formuladas por O'Connor. Es cierto que ella exige que el gobierno revele su evidencia a Hamdi y a su abogado y que le permita impugnar las alegaciones que contiene. Pero si el gobierno no necesita revelar más que lo que ya se dio a conocer en el memorando de Mobbs y si Hamdi carga con el peso de la prueba de demostrar que las imputaciones formuladas en el memorando son falsas, sus posibilidades de hacerlo pueden ser muy limitadas. Si existieran testigos amistosos de su captura por la Alianza del Norte, quizás podría convencerlos de que presten declaración ante una comisión militar y así persuadir a los comisionados de creerle a él en lugar de al memorando de Mobbs. Pero de no existir testigos amistosos dispuestos a declarar a su favor, podría verse obligado a buscar un jefe guerrillero de la Alianza del Norte en el desierto de Afganistán que esté dispuesto a declarar bajo juramento y a someterse a un contrainterrogatorio.

⁶ O'Connor, 26.

⁷ O'Connor, 32.

⁸ O'Connor, 31.

⁹ O'Connor, 32.

¹⁰ O'Connor, 27.

En todo caso, señaló O'Connor, Hamdi deberá ser liberado cuando cese la lucha en la cual se le acusa de haber participado. Sin embargo, los combates continúan en partes de Afganistán y el gobierno podría sostener que, considerando que, según su punto de vista, Hamdi salió de Arabia Saudita para luchar por el Islam en lugar de combatir en algún lugar específico, podría mantenerlo detenido hasta que considere que “la guerra contra el terrorismo” finalmente se ha ganado. Indudablemente O'Connor tiene razón de que sería sumamente engorroso exigir que las fuerzas armadas se vieran obligadas a preparar complejos expedientes que describan y justifiquen la captura de cada prisionero. Pero sus métodos para proteger a los militares de tal carga no otorgan mucha protección a los detenidos.

2.

Rumsfeld versus Padilla

José Padilla es un ciudadano estadounidense nacido en Brooklyn que se convirtió al Islam. En junio de 2004, James Comey, Procurador General Adjunto, convocó una conferencia de prensa en la cual acusó a Padilla de tener importantes vínculos con al-Qaeda. Según Comey, Padilla había elaborado su propio plan para hacer explotar una “bomba sucia” radioactiva en Estados Unidos, pero al-Qaeda habría rechazado el plan y le habrían ordenado que en cambio hiciera estallar edificios usando gas natural¹¹. Luego de cuatro años en Medio Oriente, Padilla regresó a Chicago, donde fue arrestado en virtud de una orden federal que lo declaraba testigo material de la investigación por los acontecimientos del 11 de septiembre, a continuación de lo cual fue enviado a prisión en Nueva York. Su abogado, designado de oficio por el tribunal, cuestionó el arresto ante un tribunal federal de distrito en Nueva York, ante lo cual el gobierno retiró la calificación de Padilla como testigo clave, lo declaró combatiente enemigo y lo trasladó a una base militar en Carolina del Sur, lugar donde ha permanecido incomunicado durante más de dos años, sometido a intensos interrogatorios, sin acceso a abogados, hasta fines de 2003.

Justo después de que Padilla fuera trasladado a Carolina del Sur, su abogado presentó una petición de *habeas corpus* en la corte federal de Nueva York en la que se señalaba a (el Secretario de Defensa) Donald Rumsfeld como parte demandada. Dicho tribunal rechazó la petición, afirmando que el Presidente y sus funcionarios de alto nivel no tienen obligación de defender ante los tribunales la calificación como combatiente enemigo de una persona capturada. El Segundo Tribunal Federal de Apelaciones de Nueva York revocó esta decisión, afirmando que, por el contrario, el gobierno no tenía derecho de encarcelar a Padilla sin acusarlo de algún delito. El gobierno apeló ante la Corte Suprema.

La Corte falló dividida, 5–4. Rehnquist, en un dictamen compartido por los Jueces Antonin Scalia, O'Connor, Kennedy y Clarence Thomas, anuló el fallo del Segundo Tribunal de Circuito. Rehnquist sostuvo que el abogado de Padilla había presentado su demanda incorrectamente. El estatuto federal de *habeas corpus*, señaló, requiere que los detenidos en Estados Unidos demanden a sus custodios directos, lo cual en el caso de

¹¹ Comey reconoció en la conferencia de prensa que el gobierno probablemente no podría producir pruebas para respaldar estas alegaciones en un juicio criminal. La conducta de Comey, al declarar públicamente alegaciones en contra de Padilla que no podría respaldar ante un tribunal mientras la Corte Suprema estaba decidiendo el caso Padilla, era peligrosamente carente de profesionalismo. Véase Anthony Lewis, “Making Torture Legal”, y Scott Turow, “Trial by News Conference? No Justice in That”, *The Washington Post*, Outlook section, 13 de junio de 2004.

Padilla significaba Melanie A. Marr, la Comandante del bergantín de la Marina en el cual está arrestado, en lugar de un funcionario de mayor nivel, como el Secretario de Defensa, y que debía demandar al custodio en el distrito federal correspondiente a la custodia, a saber, en Carolina del Sur.

Rehnquist citó precedentes de la Corte Suprema de un siglo de antigüedad que señalan que el demandado adecuado en un procedimiento de *habeas corpus* es “el carcelero” o bien “alguna persona que tenga la custodia inmediata del detenido” y que el procedimiento debe presentarse en el lugar en el que se encuentre el carcelero¹². Reconoció que, en ocasiones anteriores, la Corte Suprema había concedido varias excepciones a esa regla, pero analizó las mismas en detalle con el fin de demostrar que ninguna de ellas se aplicaba explícitamente en este caso. De tal modo, la Corte Suprema declaró que no había lugar para el caso sobre bases procesales, obligando a Padilla, si deseaba continuar impugnando su prolongado encarcelamiento en estado de incomunicación, a comenzar todo de nuevo en Carolina del Sur (cosa que su abogado ha hecho ahora).

El Juez John Paul Stevens, junto con los Jueces David Souter, Ruth Ginsburg y Breyer, presentó una elocuente opinión disidente en la cual lamentaba la decisión de la Corte Suprema en torno a un caso que “plantea preguntas de profunda importancia para la Nación” mediante una “aplicación servil” de una regla de procedimiento¹³. La pregunta pertinente, afirmó, no es si se aplican algunas de las excepciones a la regla jurisdiccional sino si los principios que subyacen a la regla, a la luz de las cuales se reconocieron dichas excepciones, también requieren que se reconozca una nueva excepción en este caso. El objetivo de la regla jurisdiccional, señaló, es para desalentar la “búsqueda de un foro conveniente”, es decir, que un prisionero escoja la jurisdicción en que considere que los jueces puedan tener una actitud más favorable a su causa.

Varias de las excepciones fueron diseñadas con el fin de impedir que el gobierno utilizara la misma táctica. En un caso, por ejemplo, una vez que el prisionero había presentado una demanda en una jurisdicción, el gobierno lo trasladó a otra. La Corte Suprema sostuvo que, en esas circunstancias, él tenía derecho a seguir presentando el juicio en la jurisdicción original. Stevens argumentó que se requiere una excepción paralela para el mismo objetivo en el caso Padilla. El gobierno inició procedimientos contra Padilla en Nueva York y lo trasladó a Carolina del Sur sólo luego de que un tribunal de Nueva York se había hecho cargo de la jurisdicción en cuanto a su petición de libertad. El hecho de que el gobierno además hubiera cambiado los motivos por los cuales buscaba detenerlo no debía importar: si el gobierno lo hubiera notificado por adelantado del cambio, su abogado habría presentado un cuestionamiento redactado de otra forma ante el tribunal de Nueva York antes de que lo trasladaran.

Sería un error pensar que el impacto de la decisión de la Corte se limita a cuestiones de procedimiento y no tiene efectos substantivos. Si el gobierno puede escoger el foro del litigio al encarcelar a los detenidos en un lugar determinado, puede esperar tener mejores posibilidades de convencer a los tribunales de primera instancia para que interpreten los vagos estándares de O'Connor a su favor y para que afirmen que un detenido no ha logrado cumplir con el requisito de soportar el peso de la prueba que ella impuso con su voto. Padilla probablemente tendrá menos posibilidades de convencer a la

¹² Rehnquist, 6.

¹³ Stevens, 1.

Corte del Cuarto Circuito en Richmond, Virginia (la cual empatizó tanto con los argumentos del gobierno en el caso *Hamdi*), de que no combatió en contra de los Estados Unidos, comparado con las posibilidades que tendría en cortes de otro circuito.

Efectivamente, dado que la Corte decidió, en tres de las recientes sentencias sobre detenciones, que los prisioneros detenidos en el campo de Guantánamo pueden presentar una solicitud de *hábeas corpus* en una corte federal estadounidense, es poco probable ahora que el gobierno lleve más prisioneros a ese campo de detención. El diario *Los Angeles Times* ha informado que, efectivamente, el gobierno inicialmente estaba considerando la posibilidad de trasladar a los detenidos que ya se encuentran en Guantánamo y que no desea liberar pronto, a Carolina del Sur o a algún otro distrito “conservador”. Por lo tanto, parecería más justo que la Corte hubiera tomado resguardos en contra de la “búsqueda de un foro conveniente” por parte del gobierno, así como los tomó con respecto a los detenidos. La Corte podría haberlo hecho si hubiera llegado a la conclusión de que, cuando las detenciones son ordenadas por el Presidente u otro funcionario federal, el Presidente o dicho funcionario es el demandado pertinente en un procedimiento de *hábeas corpus* y la jurisdicción competente es el Distrito de Columbia.

3.

Rasul versus Bush

El estatuto federal de *hábeas corpus* establece que los tribunales federales de distrito están facultados para procesar las peticiones de *hábeas corpus* “dentro de sus respectivas jurisdicciones”¹⁴. El gobierno de Bush construyó su conocido campo de detenidos en la Bahía de Guantánamo en Cuba basándose en el supuesto de que este hecho elimina la posibilidad de que los prisioneros detenidos en lugares en los que Estados Unidos no detenta el poder soberano y que, por lo tanto, no están bajo la jurisdicción de tribunal federal alguno, presenten solicitudes de *hábeas corpus*. No obstante, dos ciudadanos australianos y doce ciudadanos de Kuwait que se cuentan entre los cerca de 600 detenidos en Guantánamo presentaron peticiones de *hábeas corpus* en el tribunal federal del Distrito de Columbia, pidiendo su libertad, acceso a un abogado, cese de los interrogatorios y otros tipos de alivio. (Dos británicos detenidos, incluido Shafiq Rasul, se encontraban inicialmente entre los demandantes, pero ya fueron liberados y regresaron al Reino Unido).

El Juez Stevens, junto con O'Connor, Kennedy, Souter, Ginsburg y Breyer, afirmaron que las “jurisdicciones respectivas” no significa la jurisdicción en la cual los prisioneros son detenidos sino aquella en la que se encuentran los funcionarios responsables de su detención y que, cuando el gobierno mantiene a los prisioneros en un territorio extranjero bajo su control efectivo y permanente pero no dentro de la jurisdicción de una corte federal, se puede presentar una solicitud de *hábeas corpus* en una corte federal de Estados Unidos que tenga jurisdicción sobre el Presidente. El gobierno había confiado en la decisión de la Corte Suprema en el caso de *Johnson v. Eisentrager* de 1950 en la cual se determinó que los ciudadanos alemanes capturados en China durante la Segunda Guerra Mundial y condenados por crímenes de guerra por una comisión militar estadounidense en Nanking y posteriormente encarcelados en la prisión de Landsberg en la Alemania ocupada, no tenían el derecho constitucional de presentar una petición de *hábeas corpus* en una corte estadounidense.

¹⁴ 28 USC § 2241(a), 9(c) 3.

Stevens señaló que la “jurisdicción y control” de Estados Unidos respecto de la Bahía de Guantánamo se basaba en un contrato de arrendamiento (vigente) permanente otorgado hacía mucho por Cuba. Luego arguyó que la decisión en el caso *Eisentrager* se había basado en supuestos acerca del alcance del estatuto del *habeas corpus* que fueron rechazados en posteriores decisiones de la Corte Suprema y que, por lo tanto, no se aplicaban a los detenidos en Guantánamo. En una opinión concurrente, Kennedy ofreció un argumento diferente que se basaba no en hacer una distinción entre el caso *Eisentrager* del caso actual sino en aplicar aquella decisión, la cual, según él, fijaba una escala gradual para determinar los derechos en los tribunales estadounidenses de prisioneros extranjeros detenidos en el exterior. Los extranjeros que, según un tribunal, eran ciudadanos de una potencia enemiga, como los prisioneros alemanes, no tenían derecho alguno, pero los detenidos en Guantánamo, entre los cuales se podían encontrar “tanto amigos como enemigos,” no podían ser detenidos en forma indefinida sin someterlos a juicio o a algún otro procedimiento. Por lo tanto, seis de los jueces sostuvieron que los detenidos que no son ciudadanos podrían presentar peticiones de *habeas corpus* en cortes federales, siempre y cuando se encontraran en zonas tales como Guantánamo que se hallan bajo el control efectivo y permanente de los EE.UU.

En fuerte desacuerdo, Scalia, a nombre propio, de Rehnquist y Thomas, afirmó que efectivamente la Corte estaba revocando lo dictaminado en el caso *Eisentrager*, lo cual era injusto para el gobierno porque éste había confiado en ese fallo para trasladar a sus prisioneros a Guantánamo. Advirtió que la decisión de la Corte tendría consecuencias desastrosas. El análisis de Stevens, afirmó Scalia, significaría que los prisioneros militares de Estados Unidos, detenidos no solamente en Guantánamo sino en cualquier parte del mundo que estuviera en poder de los Estados Unidos en ese momento, como Irak, por ejemplo, podrían llevar a juicio al gobierno en las cortes estadounidenses. “En vista de que la ‘jurisdicción y el control’ obtenidos mediante un contrato de arrendamiento no difiere en nada en la práctica de la ‘jurisdicción y control’ adquirida por el uso legítimo de las armas, partes de Afganistán e Irak lógicamente debieran ser considerados como sujetos a nuestras leyes internas”¹⁵.

Evidentemente, estas tres decisiones tomadas en conjunto tendrán algún impacto en las políticas de detención del gobierno de Bush pero, pese a lo que sostiene el voto disidente de Scalia, ese impacto bien puede ser muy limitado. Hamdi y Padilla podrán seguir cuestionando su detención con la ayuda de abogados, pero enfrentan, como he dicho, la difícil carga de la prueba. El Pentágono, aparentemente ansioso de impedir una avalancha de solicitudes de *habeas corpus* a nombre de los detenidos de Guantánamo, inmediatamente anunció que se estaba creando un Tribunal de Revisión de la Situación de los Combatientes, integrado por oficiales militares, frente al cual dichos detenidos podrían cuestionar su calificación como combatiente enemigos¹⁶. Se autorizaría a los detenidos contar con la ayuda de “representantes personales” nombrados por el gobierno, pero no se les permitiría contar con abogados y enfrentarían una “presunción refutable a favor de la evidencia del gobierno”. A pesar de la declaración de O'Connor en el sentido de que indudablemente Hamdi tenía derecho a asesoría legal en los procedimientos adicionales en su caso, el comunicado de prensa del Pentágono afirmaba que estos nuevos tribunales

¹⁵ Scalia, 14.

¹⁶ Véase Departamento de Defensa, Comunicado de Prensa, “Combatant Status Review Tribunal Order Issued”, 7 de julio de 2004.

cumplen con todos los requisitos que ha impuesto la Corte Suprema incluso para la detención de ciudadanos en los Estados Unidos¹⁷.

El gobierno ha planeado durante largo tiempo enjuiciar a algunos de los detenidos por crímenes de guerra ante otros tribunales militares y recientemente señaló que los juicios de 15 de estos detenidos se iniciarían pronto. Los procedimientos y reglamentos anunciados hasta ahora para tales tribunales del crimen, si bien tienen sus defectos, proporcionan más protección que lo que O'Connor señaló como necesario para privar de libertad a los ciudadanos detenidos en forma indefinida y sin juicio. Por lo tanto, es importante considerar la otra posibilidad que mencioné: que en futuros casos, las sentencias y el razonamiento en estos tres casos sean vistos como precedentes que tienen mucho más poder para limitar el tratamiento que el gobierno da a sus prisioneros.

4.

Las Convenciones de Ginebra hacen una distinción fundamental entre dos tipos de personas que podrían ser capturadas por un país durante una guerra u otra acción militar. Unos deben ser tratados como prisioneros de guerra, hecho que significa, entre otras cosas, que no se les puede castigar simplemente por portar armas en contra del país que los capturó, que deben ser encarcelados bajo condiciones comparables a las de los soldados que los vigilan y que no pueden ser sometidos a interrogatorios coercitivos. El segundo tipo de personas no solamente incluye a los civiles que luchan de manera independiente de cualquier gobierno sino también a los soldados que, realizando acciones más organizadas, no usan uniformes u otros distintivos que los identifique o que combaten de un modo que no respeta las leyes de la guerra. Estos no tienen derecho a ser tratados como prisioneros de guerra y, en consecuencia, pueden ser enjuiciados y castigados como criminales por actos de guerra, aunque los Convenios de Ginebra requieren que sean tratados en forma humanitaria.

El gobierno de Bush afirma que estas disposiciones le permiten detener indefinidamente y sin juicio a algunos prisioneros que denomina “combatientes ilegales” sin acusarlos o enjuiciarlos, aunque no son tratados tan favorablemente como los prisioneros de guerra y pueden ser sometidos a interrogatorios coercitivos. Sostiene que Hamdi, Padilla y sus demás prisioneros corresponden a esta categoría y podría continuar haciéndolo si, como parece probable, dichas personas no logran impugnar exitosamente su detención ante comisiones militares o en procedimientos de *hábeas corpus*. En un artículo anterior en estas páginas sostuve que, independientemente de si se concluye que esto está o no está permitido, de acuerdo a una interpretación estricta del derecho internacional, el respeto decente por los derechos humanos requiere que el gobierno deje de lado esta opción y escoja entre enjuiciar a sus prisioneros como criminales, con las protecciones normales que ofrece el proceso criminal, o tratarlos como prisioneros de guerra, lo cual implicaría el fin de los interrogatorios de 24 horas de duración, la privación sensorial, la humillación y otras formas de coerción. Señalé en ese artículo que la actual política de

¹⁷ El comunicado de prensa se apoyaba en la referencia que hace O'Connor en su opinión sobre *Hamdi* a los reglamentos del Ejército que regulan la clasificación de prisionero de guerra. Este basamento podría ser erróneo: véase la nota al pie N° 23 más adelante.

este gobierno demuestra un desprecio inadmisible por los derechos y la dignidad de sus víctimas¹⁸.

Las recientes decisiones de la Corte sugieren que ahora se puede plantear una nueva demanda de mayor fuerza: que el trato que el actual gobierno le da a los prisioneros que denomina “combatientes ilegales” no solamente es moralmente indefendible sino que además está prohibido por la Constitución. O'Connor argumentó en el caso *Hamdi* que el arresto indefinido de ciudadanos estadounidenses sin someterlos a juicio violaría la cláusula del debido proceso a menos que los procedimientos y las circunstancias de la detención fueran justificadas mediante poderosas razones de seguridad o fueran necesarias para liberar a los militares de pesadas cargas que pudieran afectar su eficiencia. Es cierto que ella estaba analizando los procedimientos que debía seguir el gobierno para decidir si encarcelar a la gente, no las condiciones de su encarcelamiento. Pero ambas situaciones están inseparablemente vinculadas en su argumento porque los requisitos del debido proceso, según ella señaló, están establecidos no solamente en favor de los intereses del gobierno en materia de seguridad y eficiencia, sino atendiendo a la magnitud del daño que una determinación errónea podría infligir a un detenido que no fuera, efectivamente, un combatiente enemigo. El daño impuesto por una clasificación errónea es claramente mucho mayor cuando el gobierno mantiene a los detenidos bajo las duras condiciones que les impone actualmente que cuando los somete solamente a las condiciones menos terribles de los prisioneros de guerra convencionales¹⁹.

De diversas maneras, la opinión de O'Connor sugiere que su test del equilibrio justificaría la detención solamente bajo condiciones similares a las que se requieren para los prisioneros de guerra. Luego de declarar que “el confinamiento por *cualquier* motivo constituye una privación de libertad significativa que requiere la protección del debido proceso”²⁰ afirmó que “en el otro extremo de la balanza están los serios y sensibles intereses gubernamentales de asegurar que aquellos que efectivamente han luchado junto al enemigo en una guerra no regresen para luchar contra Estados Unidos”²¹. Esta es la justificación ortodoxa de las reglas establecidas en los Convenios de Ginebra, que O'Connor cita junto con múltiples comentarios de abogados internacionales que apuntan en la misma dirección²². Sin embargo, no se contribuye a lograr este objetivo si no se acatan las protecciones de los Convenios de Ginebra. El status de prisionero de guerra no permitiría los métodos coercitivos que el gobierno de Bush ha autorizado en estos recintos. No obstante, en lo que podría resultar ser la frase más importante de su opinión, O'Connor

¹⁸ Véase mi artículo “Terror and the Attack on Civil Liberties”, *The New York Review*, 6 de noviembre de 2003. Véase la nota al pie N° 2 de ese artículo donde aparece una descripción más detallada de la ley internacional correspondiente y una crítica de las afirmaciones del gobierno por parte de abogados internacionales.

¹⁹ En su declaración formal sobre el test del equilibrio que el debido proceso requiere, se basó en la importante decisión de la Corte, adoptada en 1976, en el caso *Mathews v. Eldridge*, 424 US 319:

Mathews dictamina que el debido proceso en cualquier instancia está determinado por la ponderación de “los intereses privados que se verán afectados por la acción oficial” frente al interés declarado del gobierno “incluida la función involucrada” y la carga que tendría que soportar el gobierno para proporcionar mayores garantías procesales.

Véase O'Connor, 22. Los intereses privados en juego son evidentemente mucho mayores y los intereses del gobierno que se requerirían para superar a los anteriores tendrían que ser mucho más graves, cuando un detenido se ve amenazado con aislamiento y las formas de intimidación que ahora sabemos que utiliza nuestro gobierno.

²⁰ O'Connor, 23.

²¹ O'Connor, 24.

²² O'Connor, 12–13.

afirmó, “Ciertamente, concordamos que la detención indefinida para fines de interrogatorio no está autorizada”²³.

El análisis de O'Connor implica, por lo tanto, que los estándares mínimos que ella describe como satisfactorios en términos de los requisitos del debido proceso no justificarían que el gobierno continuara sometiendo a Hamdi y Padilla a interrogatorios coercitivos. Estas normas justifican la detención solamente para los fines que ella señala, a saber, evitar que los prisioneros liberados regresen a Estados Unidos a luchar contra el país. Vale la pena señalar que Souter, en su opinión concurrente cuidadosamente argumentada sobre el caso *Hamdi*, afirmó que la Corte estaría en lo correcto al suponer que el Congreso (al legislar sobre este punto) justificaría la detención de Hamdi solamente si el gobierno lo estuviera tratando como prisionero de guerra, lo cual claramente no es el caso.

Hamdi y Padilla son ciudadanos estadounidenses y un tema adicional es si la prohibición constitucional que he descrito también se aplica al trato que el gobierno da a los extranjeros. O'Connor limitó su discusión a los “ciudadanos detenidos”. Scalia argumentó en una opinión disidente en el caso *Hamdi* que el gobierno carecía de toda autoridad para encarcelar a Hamdi y Padilla, a menos que el Congreso suspendiera el mandamiento de hábeas corpus. Sin embargo, manifestó explícitamente, que su argumento se aplica solamente a ciudadanos estadounidenses. No obstante, la protección otorgada por la cláusula constitucional de debido proceso no se limita a los ciudadanos: requiere que el gobierno no le niegue a persona alguna el debido proceso de la ley. En un caso del año 2001, en el cual un extranjero detenido en Estados Unidos afirmó haber sido privado del debido proceso, Breyer sostuvo a nombre de la mayoría que, en el caso de una persona, “la privación de la libertad” sin debido proceso evidentemente representa un “serio problema Constitucional”²⁴.

En su opinión para la Corte en el caso *Eisentrager*, el Juez Robert Jackson (quien había sido el principal Fiscal Acusador por parte de Estados Unidos en los juicios de Nuremberg contra los altos funcionarios nazis al término de la Segunda Guerra Mundial) señaló que la cláusula del debido proceso no debe ser entendida en el sentido de otorgarle el mismo derecho a todas las “personas” como se lo da a los ciudadanos estadounidenses y que los derechos que le otorga a los extranjeros detenidos dependen de una variedad de factores, incluido el hecho de si el extranjero está detenido en Estados Unidos, si es que ha

²³ O'Connor, 13. O'Connor se refirió a las comisiones militares que utiliza el Ejército para determinar si los prisioneros tienen derecho a ser clasificados como prisioneros de guerra como ejemplo de las comisiones que podría utilizar para determinar cuando los ciudadanos son combatientes enemigos. Los reglamentos citados por ella especifican que dichos tribunales deben escoger entre declarar que un detenido es un prisionero de guerra o un “Civil Internado que, por razones de seguridad operacional, o causa probable relacionada con una investigación criminal, debe estar detenido”. Los civiles internados pueden ser juzgados y castigados por cortes marciales, asistidos por abogados de su elección, por actos hostiles contra Estados Unidos (por ejemplo como “espías y saboteadores”). Pero “no podrá utilizarse forma alguna de tortura física o coerción moral” en contra de un civil internado, ni ninguna restricción de su derecho a comunicarse con el mundo exterior excepto como “una medida excepcional y temporal”. Véase Reglamento del Ejército 190-8, secciones 1-6 y 5-1.

²⁴ El Juez Breyer en la decisión de la Corte en el caso *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 en 692 (2001). La detención en este caso se realizó en Estados Unidos y Breyer hizo la distinción con una decisión anterior en la cual la Corte denegó remedio legal a un extranjero a quien se le había negado la autorización para ingresar al país y que había sido detenido indefinidamente en Ellis Island porque ningún otro país estaba dispuesto a recibirlo. Esa decisión anterior claramente no constituye autoridad para la propuesta de que el gobierno puede encarcelar indefinidamente e interrogar a un extranjero en territorio sometido a su control en el exterior.

estado alguna vez en Estados Unidos y, en particular, si es ciudadano de un país enemigo. Jackson sostuvo que los ciudadanos alemanes que intentaban continuar la guerra contra Estados Unidos en el Lejano Oriente luego de la rendición de Alemania y antes de que se rindiera Japón, no tenían derechos substanciales al debido proceso. No obstante, como sugirió Kennedy en su opinión concurrente en el caso *Rasul*, lo anterior no constituye un precedente para negarle la mínima protección del debido proceso a los prisioneros de EE.UU. en Afganistán, Irak y otras partes del mundo que no son ciudadanos de países con los cuales está en guerra Estados Unidos. El núcleo histórico del debido proceso y su parte más fundamental es el derecho de los individuos a no ser encarcelados en forma arbitraria e indefinida; si quienes no son ciudadanos estadounidenses en el resto del mundo gozan de alguna protección de debido proceso ante nuestro gobierno, ese el derecho que les corresponde.

Esa pareciera ser la implicación sencilla de la decisión de 6–3 de la Corte en el caso *Rasul*. Si bien Stevens ostensiblemente decidió lo que denominó la “limitada” cuestión de si las cortes estadounidenses tienen jurisdicción respecto de los detenidos en Guantánamo en virtud del estatuto de *hábeas corpus*, debe haber supuesto que dichos detenidos tenían derecho al debido proceso que se puede invocar una petición de *hábeas corpus* presentada a nombre de los detenidos. Stevens afirmó que las alegaciones de los prisioneros que habían presentado recursos (detenidos durante más de dos años sin haber sido acusados y sin tener acceso a un abogado a pesar de no haber cometido ningún acto de guerra ni de terrorismo) “incuestionablemente describen una ‘detención en violación de la Constitución o las leyes y los tratados de Estados Unidos’”²⁵.

Como insistió Scalia en su opinión disidente en ese caso, sería arbitrario suponer que los detenidos de Guantánamo tienen derechos de que carecen, digamos, los que están detenidos en Irak. El hecho de que el control estadounidense sobre Guantánamo sea de mayor antigüedad que su control igualmente efectivo sobre los campamentos en Irak, por ejemplo, no puede significar diferencias al decidir qué grado de derechos tradicionales de debido proceso corresponden a los detenidos extranjeros. De lo contrario, como advirtió el Juez Hugo Black en su opinión disidente en el caso *Eisentrager*, el gobierno podría evadir sus responsabilidades de debido proceso simplemente mediante la encarcelación de extranjeros en uno de sus múltiples campamentos de prisioneros en lugar de hacerlo en otro.

Scalia consideró que las implicaciones de la opinión de la Corte en el caso *Rasul* eran alarmantes: imaginó que los prisioneros de cualquier lugar donde Estados Unidos esté combatiendo podrían iniciar juicios en las cortes estadounidenses para protestar por la forma en que son tratados. O'Connor respondió a sus temores: le señaló que el equilibrio correcto entre la protección del debido proceso y la eficiencia militar se puede lograr a través de medidas que no impliquen cargas tales como llevar registros y revisiones por parte de comisiones militares más allá de lo que las fuerzas armadas estadounidenses han mantenido tradicionalmente. Si estoy en lo correcto, su afirmación presupone que no sometemos a quienes encarcelamos sin juicio a un tratamiento cruel y métodos objetables de interrogación. No obstante, debiéramos estar dispuestos, por respeto a nuestras propias tradiciones y valores, a aceptar cualquiera desconocida disminución de eficiencia que implique esta deferencia a la moral.

²⁵ Stevens, 15, Nota al pie N° 15.

Nuestra Constitución exige que corramos ese riesgo en el proceso criminal ordinario: indudablemente la policía de nuestro país sería más eficiente en la prevención del crimen y gozaríamos de mayor seguridad si en el país se pasaran por alto los derechos del debido proceso. El mundo está horrorizado por nuestra disposición a abandonar lo que nosotros mismos señalamos como nuestros valores más preciados tan sólo porque las víctimas son extranjeros. Debemos aspirar a que el Campamento Rayos X y Abu Ghraib pronto se conviertan en símbolos de una aberración nacional, como los campos de concentración donde se internaron a estadounidenses de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial, hecho que debemos tener el cuidado de no repetir, en lugar de seguir dando muestras de lo que, vergonzosamente para nosotros, hemos llegado a ser.

—14 de julio de 2004

Título original: "Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law". Publicado en State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights. Albrecht Randelzhofer and Christian Tomuschat (eds.), © Kluwer Law International, La Haya, 1999.

Reclamos Individuales de Reparaciones en Instancias de Graves Violaciones a los Derechos Humanos: La Óptica bajo el Derecho Internacional General*

Christian Tomuschat

I. Introducción

Hace algunos años, una disputa diplomática de envergadura estuvo a punto de presentarse entre Alemania y los Estados Unidos de Norteamérica. Un ciudadano estadounidense había demandado al Estado alemán por lesiones sufridas durante el período de dominación Nazi. El demandante, Hugo Princz, era una persona judía que vivía originalmente con su familia en Checoslovaquia. Luego de que los Estados Unidos declaró la guerra contra Alemania en 1942, él fue arrestado y enviado a un campo de concentración junto con todos los miembros de su familia. Al final de la Segunda Guerra Mundial, él resultó ser el único sobreviviente, luego de haber soportado no solamente difíciles años sino también crueldades y horrores de dimensiones indescriptibles. La nueva Alemania democrática intentó reparar a lo menos una parte de aquello que todavía podía ser reparado. Programas de indemnización de amplia cobertura fueron adoptados por los cuerpos legislativos y puestos en marcha. Princz, sin embargo, no tuvo acceso a ninguno de esos programas¹. En marzo de 1992, a través de una demanda solicitó la cantidad de 20 millones de dólares por indemnización y daños punitivos.

Muchos problemas legales surgieron a propósito de este juicio. El primero fue, por supuesto, el tema de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses ante los cuales se presentó el caso. En conformidad con las normas generales del Derecho Internacional, reflejadas en Estados Unidos en la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos (*U.S. Foreign Sovereign Immunities Act - FSIA*²), los Estados extranjeros se encuentran generalmente protegidos de demandas judiciales presentadas en su contra ante los tribunales Estadounidenses. A continuación, sin embargo, se presentó inmediatamente el problema de resolver si acaso Princz tenía algún derecho a demandar a Alemania. De acuerdo a nuestro entendimiento, las leyes de responsabilidad extracontractual de los Estados Unidos

* Texto traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ Para los detalles fácticos, véase la decisión de primera instancia de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, 23 de diciembre de 1992, 813 F. Supp en 22. Es debatible si Princz pudiera haberse beneficiado de alguno de los programas. Él había presentado dos solicitudes, la primera en 1955, pero en cada ocasión se le informó que no calificaba para dichos programas. Nuevos intentos para obtener un pago *ex gratia*, realizados entre 1984 y 1987, tampoco tuvieron éxito.

² 28 U.S.C. § 1330, 1602 - 1611.

no eran aplicables a los hechos que ocurrieron entre los años 1942 y 1945 en Europa. Tampoco Princz se basó en la legislación de Checoslovaquia. Él sostenía que los derechos que reclamaba derivaban directamente del Derecho Internacional.

No resulta necesario recalcar que los fundamentos jurídicos de la demanda en la forma que fueron concebidos por Princz eran claramente inconsistentes con el pensamiento tradicional acerca de la estructura del Derecho Internacional. Antes del año 1945, en todo caso, el individuo escasamente existía como un titular de derechos de acuerdo con el Derecho Internacional. Una exposición clásica de los puntos de vista imperantes se puede encontrar en el tratado de Oppenheim que señala con un rigor absoluto:

“Debido a que el Derecho de Naciones es un derecho entre Estados únicamente, y dado que los Estados son los sujetos exclusivos del Derecho Internacional, los individuos son meros objetos del Derecho Internacional, y éste último es incapaz de conferir directamente derechos y obligaciones a los individuos”³.

Ésta no era, bajo ninguna circunstancia, una voz aislada. En términos prácticamente similares, Dionisio Anzilotti dijo con respecto a la misma materia:

“...por muy contraria al derecho internacional que sea la conducta de un Estado, jamás daría nacimiento a un derecho del individuo a la reparación del daño sufrido”⁴.

Es ampliamente sabido que la doctrina clásica del Derecho Internacional tuvo que ser reconsiderada luego que la Carta de las Naciones Unidas abrió la puerta hacia el elevado terreno del Derecho Internacional a los individuos y luego de la cadena de eventos jurídicos que ese hecho puso en movimiento. Ningún autor ilustrado podría hoy en día tratar la posición legal del ser humano en sólo una frase en la forma en que ello fue considerado suficiente a comienzos del siglo. El mismo Hersch Lauterpacht, quien continuó el tratado de Oppenheim, se convirtió en el campeón del nuevo concepto del Derecho Internacional en su famoso libro *International Law and Human Rights* de 1950, donde escribió:

“La Carta de las Naciones Unidas, al reconocer los derechos y libertades humanas fundamentales, ha convertido a los individuos en sujetos del derecho de las naciones”⁵.

II. Borrador de los Artículos sobre la Responsabilidad de Estado de la CDI

Dado este desarrollo resulta, por decir lo menos, sorprendente que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el borrador de sus artículos sobre la responsabilidad de Estado, adoptados en 1996⁶, no menciona al individuo como un actor en la relación que se origina por el incumplimiento de una norma de Derecho Internacional. El conjunto completo de

³ *International Law*, Vol. I, 1905, 200.

⁴ “La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers”, *Revue générale de droit international public* 13 (1906), 5, en 5.

⁵ *International Law and Human Rights*, 1950, 61.

⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo realizado durante su cuadragésima octava sesión, 6 de mayo - 26 de julio de 1996. Registros Oficiales de la Asamblea General. Quincuagésima Primera Sesión. Supp. N° 10 (A/51/10), 125.

disposiciones se refiere únicamente a los Estados como los sujetos afectados por el Derecho Internacional. Es cierto que el borrador contiene un famoso artículo que define al Estado agraviado (artículo 40), en el que se hace referencia específica a la falta de cumplimiento por parte de un Estado autor de sus obligaciones en el campo de los derechos humanos (párrafo 2(e)(iii)). Sin embargo, aún en esa conexión, en conformidad con la CDI, los derechos secundarios originados por una infracción se confieren única y exclusivamente a los Estados: los Estados con derecho a reclamar el cumplimiento de las obligaciones infringidas. Así, para ponerlo en términos crudos, el borrador de la CDI podría haber sido preparado en prácticamente los mismos términos de hace un siglo atrás, dejando fuera la palabra “derechos humanos” y la tímida incursión de la CDI en el dominio de los crímenes internacionales. Ni Oppenheim ni tampoco Anzilotti habrían tenido gran dificultad para entender el texto en la forma en que se encuentra en la actualidad, pendiente para comentarios antes de la segunda y última lectura.

Según un antiguo adagio del Latín, todos los caminos conducen a Roma. Dentro del sistema de las Naciones Unidas, los centros pensantes que concentran todos los esfuerzos asumidos se encuentran localizados en Nueva York y/o, en lo que respecta a las actividades legales y en particular en lo que se refiere a los derechos humanos, en Ginebra. De hecho, no solamente la CDI ha realizado tradicionalmente sus reuniones anuales en Ginebra, sino que también la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, la cual ha estado discutiendo por años un proyecto relativo a los derechos de los individuos en casos de violaciones graves a los derechos humanos. Y aun así, a pesar de su proximidad al *Palais des Nations*, los borradores de artículos de la CDI sobre responsabilidad de los Estados no han tomado en cuenta el trabajo realizado en el mismo edificio unas pocas puertas más allá. Theo van Boven, relator sobre este tema, criticó esta desafortunada situación⁷, pero sin resultado.

Ciertamente, nosotros concordamos en que esta crítica es justificada en el sentido que la CDI ha fracasado al ni siquiera someter a debate la materia. Por otra parte, de todas maneras hubiera sido muy difícil cambiar la estructura del borrador de los artículos luego que los fundamentos de los mismos habían sido presentados en la década de los años sesenta, más de treinta años atrás, por Roberto Ago, quien fue sin duda el líder intelectual de la CDI con respecto al tema de la responsabilidad del Estado. En su segundo informe, comentando brevemente sobre el alcance del trabajo *ratione personae* de la CDI, enfatizó que, por el momento, el trabajo a ser efectuado estaría limitado, en lo que se refiere al lado pasivo de la relación legal generada por la conducta ilegítima, a la responsabilidad de los Estados⁸. Él no trató en forma específica el tema de quién podría derivar derechos secundarios de una infracción de una obligación internacional. Como era de esperar, sin embargo, dio por

⁷ Un estudio relativo al derecho de restitución, compensación y rehabilitación para las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe final. Doc. UN E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993, parra. 47. La versión revisada de los “*Basic Principles and Guidelines on the Right to Reparation for Victims of [Gross] Violations of Human Rights and International Humanitarian Law*” está contenida en el doc. UN E/CN.4/1997/104, 16 de enero de 1997, reimpresa en este libro como anexo. La propuesta no fue adoptada en la sesión de 1997 de la Comisión sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas; ver resolución 1997/29, 11 de abril de 1997.

⁸ Segundo informe sobre responsabilidad del Estado, doc. UN A/CN.4/233, *Yearbook of the ILC (YILC)* 1970 II, 177, en 178 párrafo 5.

sentado que únicamente los Estados podían adquirir nuevos derechos en conformidad con una legislación sobre responsabilidad⁹ a ser codificada dado que, en su opinión, las obligaciones basadas en el Derecho Internacional generalmente se cumplen frente a otros Estados¹⁰.

Así, desde el primer día, el proceso de codificación fue orientado a los Estados exclusivamente. Ni las organizaciones internacionales ni tampoco los individuos fueron tomados en consideración, cuyo reconocimiento como sujetos del Derecho Internacional también en el caso de la responsabilidad del Estado habría constituido un desafío aún mayor para la CDI, no sólo en términos de justificación legal sino también en términos políticos. En efecto, el reconocimiento del individuo como un sujeto que goza de una condición autónoma independiente de aquella de su Estado nacional, significa necesariamente que el Estado, como un sistema de gobierno, pierde algunos elementos de sus facultades soberanas. Los gobiernos son reacios a aceptar dicho papel disminuido. Constituirá el principal objetivo de este trabajo estudiar si es en el mejor interés del individuo que se siga adelante en tal proceso de emancipación legal.

En este sentido, se puede percibir claramente una dificultad compleja. El lenguaje del borrador de los artículos de la CDI es admirable en su generosidad con respecto a los Estados en lo que se refiere a las violaciones a los derechos humanos. Según el artículo 40(2)(e)(iii), en el caso de tales violaciones cada uno de los otros Estados partes en el sistema legal de protección involucrado debe ser considerado como habiendo experimentado un agravio legal. Esto significa, en otros términos, que si un Estado infringe una obligación fundada en el derecho consuetudinario, cualquier otro Estado del mundo pasa a tener la categoría de Estado agraviado. Esto se reconfirma en el caso de las violaciones a los derechos humanos que puedan ser caracterizadas como crímenes internacionales (artículo 40(3)). En lo que se refiere a los sistemas de tratados, los Estados agraviados son los otros Estados que son parte del respectivo acuerdo. Las consecuencias que se derivan de esta disposición legal son abrumadoras. Cualquier Estado, entonces, que haya sufrido un agravio en un sentido legal, se encuentra investido con todos los derechos que puedan llegar a existir por un ilícito internacional. Éste puede demandar la cesación así como todas las formas de indemnización, a saber, restitución en especie, actos compensatorios, satisfacción y garantías de no repetición (artículo 42(1)). No se hace ninguna distinción entre Estados afectados directamente y otros “terceros” Estados que no han experimentado ningún daño material. De hecho, precisamente con respecto a las violaciones a los derechos humanos, sería difícil establecer y mantener esa distinción ya que, en general, las víctimas de dichas violaciones son los ciudadanos del mismo Estado autor. Por lo tanto, todos los demás Estados son “terceros” Estados, a lo menos si uno usa un estándar modelado por las percepciones de interés nacional que todavía dominan las realidades políticas.

⁹ Algunos años antes, al comentar acerca del borrador de propuesta de Sir Humphrey Waldock con respecto al Derecho de los Tratados, Ago dijo: “Él no pudo respaldar un artículo que tomaba una visión positiva con respecto a la personalidad internacional del individuo en esa etapa del desarrollo del Derecho Internacional”, *YILC* 1964 I, 117 parra. 50.

¹⁰ Un enfoque similar puede percibirse en el libro *State Responsibility* de Ian Brownlie, Parte I, 1983. Brownlie no considera necesario analizar quién puede ser el beneficiario del derecho a reparación.

III. Práctica Estatal

1) *Los Estados Como Guardianes de los Derechos de Pueblos Extranjeros*

El paisaje legal del mejor de los mundos no corresponde a aquello que puede ser observado empíricamente, y por lo tanto uno puede tener dudas acerca de si la CDI, en este punto, solamente ha codificado prácticas actuales basadas en *opinio juris* o si ha saltado hacia adelante en un esfuerzo inconsciente por reformular la ley. Es verdad que existe amplia evidencia de gobiernos que apelan a otros gobiernos para que presten atención a sus obligaciones relativas a derechos humanos y se desistan de conductas inconsistentes con sus compromisos, ya sean existentes en conformidad con el Derecho Internacional general o derivados de la Carta de las Naciones Unidas u otros tratados multilaterales. En lo que respecta al sistema europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, parece suficiente referirse a las solicitudes de los Estados dirigidas contra Grecia en el tiempo de los coroneles torturadores¹¹ o contra Turquía luego del golpe militar de 1980¹². En relación con esto son también importantes los procedimientos y mecanismos de la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General, ambas de las Naciones Unidas. Sin embargo, en general, las solicitudes, recomendaciones, llamados y amonestaciones por la vía diplomática que emergen de éstos y otros órganos de las Naciones Unidas están dirigidos a poner término a una situación de infracción de compromisos que afectan a los derechos humanos. En un escaso número de casos las resoluciones de las entidades de las Naciones Unidas se han referido al tema de la reparación por daños sufridos¹³. Pero que un tercer Estado individual reclame una reparación en beneficio de las víctimas es algo casi desconocido en la práctica internacional. Al aventurarse tanto, un Estado no directamente afectado no se sentiría cómodo. Tomar partido para defender los derechos e intereses de los ciudadanos de un tercer país es ya un gesto noble que inevitablemente tiene costos políticos. Sin embargo, ningún gobierno puede sentirse realmente motivado a internarse en el fino trabajo que implica el entregar compensaciones a una población extranjera afligida. Aquí, es obvio que los límites del altruismo se han alcanzado. La situación es totalmente diferente si un Estado ha sido agraviado en la persona de sus ciudadanos. En este caso su obligación general de proteger los derechos e intereses de su comunidad nacional se activa. La protección diplomática, en el sentido tradicional, tiene sus fuertes incentivos en la responsabilidad de cualquier gobierno democrático hacia su electorado así como también en el interés de salvaguardar los activos nacionales de cualquier interferencia dañina por parte de otros Estados. Sin embargo, defender la causa de ciudadanos extranjeros en un país extranjero, es siempre una decisión discrecional que incluso un Estado poderoso es normalmente extremadamente reticente a adoptar. En otras palabras, el sistema de reparación de violaciones a los derechos humanos en la forma concebida por la CDI es difícilmente operativo. Si la misma víctima agraviada tuviera un recurso a su disposición, su pretensión

¹¹ *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 11/II (1969), 691; 12 (1969), 1.

¹² Decisiones e Informes 35, 143; 44, 31.

¹³ Véase, por ejemplo, las resoluciones para beneficio de las víctimas de limpieza étnica en la ex Yugoslavia. Resoluciones de la AG de las Naciones Unidas 47/147, 18 de diciembre de 1992, parra. 11; 48/153, 20 de diciembre de 1993, Parra. 13; 49/196, 23 de diciembre de 1994, parra. 24; 50/193, 22 de diciembre de 1995, parra. 12. El modelo para estas resoluciones fue la Resolución de la AG UN 194 (III) de 11 de diciembre de 1948, parra. 11 en relación a la situación de los refugiados palestinos.

podría ganar fuerza y efectividad. Como se ha formulado, promete más de lo que puede en efecto cumplir.

2) *La Facultad de los Estados para Disponer de los Derechos de Sus Ciudadanos*

Otorgar a la víctima de una violación a los derechos humanos un derecho autónomo con respecto al Estado autor, podría al mismo tiempo eliminar un problema que hasta la fecha no ha encontrado una solución satisfactoria, a saber, la facultad de los Estados de resolver los reclamos de sus ciudadanos en una mesa de negociación cuando dichos reclamos pueden constituir sólo un ítem más en una serie que, desde un punto de vista político, podrían ser considerados más importantes. Un ejemplo que viene rápidamente a la mente se relaciona con las así llamadas mujeres de consuelo usadas por los soldados japoneses para su satisfacción sexual durante la Segunda Guerra Mundial¹⁴. La mayoría de estas mujeres eran de nacionalidad coreana o filipina. Por décadas ellas no hicieron mención pública de su situación, todavía afligidas por sentimientos de vergüenza y humillación que, a su vez, minaban su auto-estima. Cuando ellas finalmente se sobrepusieron a sus inhibiciones, encontraron que sus países, actuando con miras a preservar la paz en las relaciones mutuas, podrían haber renunciado a cualquier posible reclamo contra Japón que hubiera resultado de la guerra. Un debate similar tuvo lugar en Alemania dos años atrás cuando los alemanes étnicos que alguna vez habían habitado el *Sudetenland* se opusieron a una declaración común preparada por Praga y Bonn¹⁵ por temor de que este acuerdo diplomático pudiera ignorar los reclamos que ellos consideraban les asistían en contra de la República Checa en razón del tratamiento al que ellos habían sido sujetos en conexión con su expulsión forzada de sus tierras ancestrales después del término de la Segunda Guerra Mundial¹⁶. A pesar de que uno puede sentirse naturalmente inclinado a apoyar a Hugo Princz o a las mujeres de consuelo coreanas y filipinas o los alemanes de *Sudetenland*, también queda claro, casi a primera vista, que demoler la construcción legal tradicional de cómo los reclamos de guerra son resueltos podría acarrear serios problemas legales.

Sin embargo, antes de ahondar en materias más relacionadas con política legal, se expondrán algunas reflexiones acerca de si pudiesen existir los requisitos básicos para aceptar un derecho individual de reparación por daños resultantes de violaciones de derechos humanos.

¹⁴ Para detalles véase Comisión Internacional de Juristas (ed.), *Comfort Women: An Unfinished Ordeal*, 1994; informe emitido por el Relator Especial con respecto a la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Señora Radhika Coomaraswamy, en la misión a la República Popular Democrática de Corea, a la República de Corea y a Japón sobre el tema de la esclavitud sexual militar durante tiempos de guerra, Doc. de Naciones Unidas E/CN.4/1996/53/Add.1, 4 de enero de 1996. Recientemente, el Gobierno de Corea del Sur resolvió pagar por su cuenta una compensación a las “mujeres de consuelo”, véase *International Herald Tribune*, 22 de abril de 1998, 6.

¹⁵ La Declaración fue suscrita el 21 de enero de 1997 en Praga; Texto alemán: *Bulletin des Presse-und Informationsamts der Bundesregierung* 1997, 61.

¹⁶ Para un análisis amplio véase C. Tomuschat, “Die Vertreibung der Sudetendeutschen. Zur Frage des Bestehens von Rechtsansprüchen nach Völkerrecht und deutschem Recht”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 56 (1996), 1 et seqq.

IV. Requisitos Necesarios para Potenciales Reclamos Individuales de Reparación

1) *Incumplimiento de una Obligación Legal según el Derecho Internacional*

Según lo señalado en la primera parte del borrador de los artículos de la CDI, un acto considerado ilegítimo internacionalmente presupone que una obligación en conformidad con el Derecho Internacional ha sido infringida (artículo 3(b)). No habría justificación para dejar de lado este requisito con respecto a reclamos individuales. Esta conclusión debe, por encima de todo, ser derivada del simple hecho que los derechos que se originan de actos ilegítimos internacionalmente son derechos secundarios, derivados de un derecho sustantivo primario que ha sido infringido. En consecuencia, si no existe un derecho primario no puede haber un derecho secundario. Saltar de una posición que es legalmente no existente a un derecho legal verdadero atentaría contra todas las leyes de la lógica. Únicamente si puede asumirse que los individuos son verdaderos poseedores de derechos humanos como derechos personales, la línea de razonamiento puede ser continuada hasta el final.

Nuevamente debemos referirnos en este contexto a la posición tradicional que señala que el Derecho Internacional constituye un modelo de relaciones mutuas entre Estados. Si aún éste fuera el caso en la actualidad, nuestra investigación estaría condenada desde el comienzo. Por lo tanto, debemos preguntarnos cómo debe ser evaluada la posición legal hoy en día. Está de más decir que esta interrogante debe ser contestada en conformidad con el pensamiento internacional “ortodoxo”, en consonancia con la disposición del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Lo que importa aquí es la legislación positiva, a pesar de que puede ser difícil sostener, con algún grado de precisión y confiabilidad, qué dice la ley.

Reparación es un término amplio que incluye muchas formas de compensar un agravio causado por la infracción de las normas del Derecho Internacional. Según lo dispuesto en el artículo 42 del borrador de los artículos sobre responsabilidad del Estado adoptados por la CDI¹⁷, un Estado agraviado tiene derecho a una reparación en la forma de restitución en especie, indemnización compensatoria, satisfacción y seguridades y garantías de no repetición, ya sea en forma individual o en cualquier combinación. Los “Principios Van Boven”¹⁸ en forma muy similar establecen provisiones para la restitución, indemnización compensatoria, rehabilitación (como un recurso especial para individuos) y la satisfacción y garantías de no repetición. En lo que sigue, nos concentraremos principalmente en la restitución e indemnización compensatoria financiera, las principales formas de reparación que hacen patentes los dilemas inherentes al establecimiento de un régimen satisfactorio.

2) *Algunos Ejemplos*

a) *Las Comunidades Europeas*

Hay un ejemplo saliente de un sistema legal que ha dejado de lado prácticamente cualquier distinción entre Estados como los guardianes de los intereses colectivos de sus pueblos, siendo los gobiernos las únicas agencias autorizadas para actuar a nivel internacional, y los

¹⁷ Supra, nota 6.

¹⁸ Supra, nota 7.

individuos. Esta distinción suponía que los individuos deben aceptar que sus gobiernos actúen en su representación, algunas veces en la forma en que ellos quisieran que lo hicieran, y otras veces, sin embargo, en contra de esos deseos si el interés general aconseja una solución diferente. Se hace referencia, por supuesto, al orden legal de las tres Comunidades Europeas. El caso que aún se mantiene vigente como un hito es el caso de *Van Gend & Loos*, resuelto en 1961¹⁹, donde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó que cualquier ciudadano de la Comunidad tenía derecho a que la ley que regula su situación sea respetada por las instituciones de la Comunidad así como también por los Estados miembros. En particular, el Tribunal sostuvo que la forma en la cual una norma del sistema de la Comunidad estaba establecida era irrelevante; no era un requisito que se hiciera referencia explícita al individuo como el tenedor de un derecho. Así, el camino estaba abierto para que cualquiera se basara en las disposiciones que lo afectaran en forma directa, tratando de hacerlas cumplir no sólo a través de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, sino también a través de los órganos judiciales nacionales. La punta de lanza final de esta jurisprudencia fue establecida cuando el Tribunal dictaminó en 1991 en el caso *Francovich*²⁰ que un individuo que sufre un agravio, como consecuencia de que un Estado miembro de las Comunidades no respeta sus obligaciones emanadas de la legislación de la Comunidad, goza del derecho a recibir una reparación por los perjuicios causados por dicho comportamiento ilegítimo. Los detalles de esta jurisprudencia están todavía sujetos a controversia²¹, pero el principio permanece: dado que se considera que el individuo debe ser colocado en el mismo nivel de los Estados que han creado el orden legal de la Comunidad, ninguna diferenciación parece ser justificada, en el entendido que las normas en cuestión tienen la clara intención de beneficiar al ciudadano de la Comunidad. Lo que se aplica a las normas secundarias (*Francovich*) debe ser también aplicado a las normas primarias (*Brasserie du Pêcheur*²²). Así, si (en teoría) el Estado tiene el derecho de reclamar una indemnización compensatoria por la infracción de una ley de la Comunidad²³, este derecho no puede ser denegado a los ciudadanos privados.

Solamente en algunas áreas el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha abstenido de aplicar su jurisprudencia en toda su plenitud. Hasta ahora ella ha mantenido su jurisprudencia conforme a la cual, como norma, nadie puede invocar las disposiciones del GATT para su beneficio personal²⁴. Así, la vía se encuentra también cerrada para reclamos

¹⁹ Informes 1963, 1.

²⁰ Informes 1991, I-5403. En *Francovich*, la materia específica era la falta de incorporación en la legislación doméstica del contenido de una directiva de la Comunidad. Un caso posterior con antecedentes de hecho similares es *Dillenkofer*, 8 de octubre de 1996, Informes 1996, I-4867.

²¹ Véase, por ejemplo, M.R. Deckert, "Zur Haftung des Mitgliedstaates bei Verstößen seiner Organe gegen europäisches Gemeinschaftsrecht", en *Europarecht* 1997, 203 et seqq.; A. Hatje, "Die Haftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen des Gesetzgebers gegen europäisches Gemeinschaftsrecht", en *Europarecht* 1997, 279 et seqq.; M. Herdegen & Th. Rensmann, "Die neuen Konturen der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung", en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 161 (1997), 522 et seqq.; C. Tomuschat, "Das Francovich Urteil des EuGH - Ein Lehrstück zum Europarecht", en: *Festschrift für Ulrich Everling*, Vol II, 1995, 1585 et seqq.; W. Van Gerven, "Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Laws after *Francovich and Brasserie*", en *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), 507 et seqq.

²² Pronunciamiento de 5 de marzo de 1996, Informes 1996, I-1131, párrafos 20 -23.

²³ Ver C. Tomuschat, "Völkerrechtliche Schadensersatzansprüche vor dem EuGH" en: *Festschrift für Bodo Börner*, 1992, 441 et seqq.

²⁴ Caso *Schlüter*, Informes 1972, 1219, en 1228/1229. Este pronunciamiento no ha sido jamás revocado. La ECJ incluso ha denegado a los Estados miembros el derecho a invocar las disposiciones del GATT, véase pronunciamiento en *Germany vs. Council*, 5 de octubre de 1994, Informes 1994, I-4973. Para una fuerte crítica a

que buscan una indemnización compensatoria por no acatar las obligaciones establecidas en ese convenio. Uno ciertamente no se equivoca al asumir que el Tribunal, al relegar al GATT a un rango secundario en la jerarquía legal del sistema de la Comunidad, fue influenciado por el temor de que la Comunidad pudiera tener que enfrentarse a consecuencias financieras incalculables si alguna aplicación errónea - o deliberadamente ilegítima - la expusiera a juicios de reparación.

b) Otros Sistemas de Tratados

Existe una cantidad de sistemas jurídicos para la protección de los derechos humanos en conformidad con los cuales el individuo, luego de haber soportado años de litigio, puede obtener finalmente que se dicte en su favor una sentencia de indemnización compensatoria. Ha sido la principal tarea del coloquio cuyas contribuciones son coleccionadas en este libro, revisar estos mecanismos, preguntando si uno puede ya hablar de verdaderos derechos del reclamante/solicitante/demandante o si la discreción de los órganos judiciales competentes es demasiado amplia como para permitir dicha conclusión. En el contexto actual, la atención será limitada a examinar la posición legal bajo el prisma del Derecho Internacional general, fuera del marco específico de cualquier tratado multilateral para la protección de los derechos humanos.

3) Derechos bajo el Derecho Internacional

Para comenzar desde una base sólida, partiremos de la premisa de que se debe realizar una clara distinción entre los derechos que el individuo tiene en conformidad con la legislación doméstica y los derechos que se derivan directamente en su beneficio según el Derecho Internacional. No es suficiente referirse a la existencia de tratados de derechos humanos con el objeto de llegar a la conclusión de que existe la personalidad ante el Derecho Internacional. Hasta hoy en día, la mayoría de los sistemas jurídicos exigen un acto legal nacional para el otorgamiento a los individuos de los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos. Así, la posición legal del individuo es entonces regulada por la legislación doméstica, una configuración legal que fue en el pasado constantemente acentuada por los países comunistas en particular pero que no fue y no es propia de ese grupo de países únicamente. Es significativo, en relación con esto, que todos los tratados de derechos humanos de la actualidad, en la medida en que mencionan la indemnización compensatoria en beneficio del individuo que ha experimentado el agravio, instan al Estado parte correspondiente a adoptar legislación nacional para tal fin. El ejemplo más revelador sobre este punto es proporcionado por el artículo 13 de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²⁵, según el cual cada Estado parte “debe garantizar en su sistema legal que la víctima de un acto de tortura obtenga una reparación y tenga un derecho exigible a una indemnización compensatoria justa y adecuada”. En lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶, el artículo 14, párrafo 6,

esta jurisprudencia véase Ernst-Ulrich Petersmann, “Darf die EG das Völkerrecht ignorieren?”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1997, 325 et seqq.

²⁵ Adoptado por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 39/46, 10 de diciembre de 1984, Bundesgesetzblatt 1990 II, 247.

²⁶ Adoptado por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1996, UNTS 999, 171.

señala que habiendo recibido un castigo como consecuencia de un fallo injusto, una persona “deberá ser indemnizada conforme a la ley”, esto es, la legislación nacional. Menos explícito es el artículo 9, párrafo 5, del Pacto que señala “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”. Pero resulta obvio del contexto que aquí también se hace referencia a una proposición legal en conformidad con la legislación doméstica.

En la medida que la ley sustantiva no otorga respuestas claras, uno puede recurrir a la legislación sustantiva en relación con la ley procesal. Efectivamente, como ocurre desde tiempos antiguos, a contar del período romano clásico, estas dos áreas han estado estrechamente entrelazadas. Análogamente, el sistema inglés ha puesto énfasis siempre en la importancia de un recurso. Ciertamente se puede estar de acuerdo con la proposición de que donde hay un recurso hay un derecho. Si a una persona se le garantiza la oportunidad de hacer exigible una determinada norma directamente ventajosa para ella, entonces el sistema legal correspondiente proporciona el máximo de los beneficios legales que éste podría otorgar. Esta posición podría entonces ser justamente caracterizada como un derecho, y su lado opuesto como una obligación legal.

A nivel internacional no existe un mecanismo general que pudiera permitir a los ciudadanos de un país determinado hacer valer sus derechos humanos establecidos bajo el Derecho Internacional general en contra de su propio gobierno. La totalidad de los sistemas que han ganado prominencia en los últimos años están diseñados para exigir los derechos establecidos en tratados específicos. Y es bien conocido, además, que a nivel universal los órganos competentes no han sido provistos con las facultades de dictar decisiones de carácter obligatorio²⁷. Así, el esfuerzo de inferir derechos individuales de recursos efectivamente disponibles - los cuales serían al mismo tiempo obligaciones del Estado - fracasa.

a) Actos Estigmatizados Como Crímenes por la Comunidad Internacional

Un puente conceptual sustantivo a los derechos del individuo de acuerdo con el Derecho Internacional general tiene sus bases en dos clases especialmente graves de infracciones al Derecho Internacional. A saber, por una parte, los crímenes internacionales según se definen en el borrador de los artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado y, por la otra, los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad según se definen en el borrador del Código que la CDI adoptó al mismo tiempo en su sesión celebrada en el año 1996²⁸. No desestimamos el hecho de que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sólo se encuentran indirectamente vinculados al tópico de la responsabilidad del Estado a ser tratado aquí, dado que enfrentan la temática de la responsabilidad criminal individual. No obstante, es importante - a pesar de ser trivial - hacer presente que las dos categorías de actos ilegítimos corren, en gran medida, paralelamente. Las dos se refieren a conductas que son aborrecidas por la comunidad internacional. En este sentido, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad arrojan luz sobre lo que significa la estigmatización de ciertos

²⁷ Así, el Comité de Derechos Humanos en conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se limita a formular “observaciones” cuando dictamina con respecto a comunicaciones individuales (Artículo 5(4) del (Primer) Protocolo Opcional del Pacto).

²⁸ Informe CDI 1996 (supra nota 6), 14.

actos como crímenes internacionales. De hecho, en el juicio de Nuremberg quedó abundantemente claro por qué razón se encontró que eran necesarios nuevos conceptos. Bajo el sistema tradicional de responsabilidad del Estado, la única entidad que habría soportado responsabilidad por las atrocidades cometidas por el imperio criminal Nazi habría sido el Estado alemán. Ni uno solo de los líderes criminales de dicho imperio del mal habría sido responsable personalmente. Justamente, se sintió que esto no era una situación sostenible. Al Estado criminal se le denegó el beneficio de inmunidad soberana como una cubierta que escudara a sus agentes. Esta negación fue basada en la premisa de que ciertos actos, que impactan la conciencia de la humanidad, deben ser considerados ilegítimos y sancionables, sin consideración a la legislación doméstica del Estado involucrado, si la humanidad desea sobrevivir como una comunidad civilizada de seres humanos.

Si uno toma esta filosofía como el punto de partida, las conclusiones a ser sacadas de ello son simples. Si ciertos actos de barbarie son incondicionalmente criminales e injustificables, también y aún específicamente si ellos son cometidos por agentes del Estado, la inferencia es que cada sistema de gobierno debe por ley abstenerse de participar en tales actos. En otras palabras, el Estado - y cualquier otro receptor de órdenes que se originan desde el Derecho Internacional - tiene una obligación legal para con cada ser humano de no ejecutar actos que violan los derechos esenciales de la persona humana. Ciertamente requiere algún esfuerzo identificar las diferentes clases de dichos actos. Uno puede tener que preguntar, en particular, si los crímenes que se mencionan en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg²⁹, el Estatuto del Tribunal de Yugoslavia³⁰ y el borrador del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad adoptado por la CDI reflejan con exactitud el estándar mínimo de civilización que no puede ser afectada bajo ninguna circunstancia. Cualquiera que sea el resultado de esta necesaria investigación, uno puede estar seguro desde el principio que el genocidio, en particular, pertenece a este tipo de actos criminales que cada Estado está obligado a evitar en conformidad con el Derecho Internacional no únicamente en virtud de obligaciones hacia otros Estados, sino en concordancia con un compromiso que se debe directamente a los seres humanos involucrados. El genocidio figura en forma prominente en todos los actos legales que establecen las infracciones más aborrecibles a las normas legales que pueden ser concebidas. El genocidio figura en el artículo 19 del borrador de los artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado así como también en el borrador del Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (artículo 17), es uno de los crímenes mencionados en los estatutos de los tribunales penales internacionales actuales, es el objeto de un acuerdo internacional específico³¹ y ha sido condenado por la Corte Internacional de Justicia como un ataque a los valores básicos de la comunidad humana³². En otras palabras, no importando lo que un orden legal doméstico pueda establecer al contrario, según el Derecho Internacional el genocidio es y permanece como ilegítimo. Nadie puede ser obligado *ex lege* a participar en prácticas de

²⁹ Reimpreso en: D. Schindler & J. Toman, *The Laws of Armed Conflict*, 3ra. Edición, 1988, 913.

³⁰ Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 827 (1993), aprobando el informe del Secretario General, doc. de las Naciones Unidas S/25704, 3 de mayo de 1993.

³¹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptado por la resolución AG Naciones Unidas 260 A (III) de 9 de diciembre de 1948.

³² Opinión Consultiva sobre *Reservations to the Convention on Genocide*, Informes CIJ 1951, 15, en 23: *Application on the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, Informes CIJ 1993, 3, en 23.

genocidio, y esta condena general debe conducir al entendido que el individuo goza de un derecho personal a no ser objeto de genocidio.

b) Derechos Primarios y Secundarios

Como paso siguiente debe preguntarse qué conclusión puede derivarse de la presunción de que cada ser humano goza de un derecho directo en conformidad con el Derecho Internacional a no ser tratado con violación a las normas que establecen los requerimientos básicos de la humanidad. Como puede desprenderse en particular del ejemplo de las Comunidades Europeas, un derecho primario no necesariamente se traduce en un derecho secundario como consecuencia de su infracción. Más bien, dicha reacción en cadena marca otro paso - potencialmente de mayor alcance - en el desarrollo de un sistema legal.

Dos materias importantes vienen a la mente en relación con esto. En primer lugar, se puede deducir un derecho a la resistencia a partir de la construcción desarrollada más arriba³³, aunque debe admitirse que las deducciones que no son - o son escasamente - corroboradas por la práctica pudieran ser atacadas como invenciones meramente teóricas. Hoy en día, sin embargo, no estamos analizando un posible derecho a resistencia; nuestro interés está dirigido a las demandas de reparación que pudieran derivarse para un individuo víctima de violaciones graves a los derechos humanos en forma directa en virtud del Derecho Internacional.

Al tratar de descubrir si los derechos primarios pueden ser convertidos en derechos secundarios, uno se encuentra con la tentación de mirar nuevamente a las Comunidades Europeas. Aquí, ese paso histórico fue adoptado después que el sistema legal había existido por más de treinta años. Adicionalmente, el orden legal de las Comunidades Europeas es rico en instituciones. Está dotado no sólo de órganos que elaboran políticas y que las ejecutan, sino también de una genuina rama judicial. Esta rama judicial, adicionalmente, está formada no solamente por los propios tribunales de la Comunidad, sino también por los tribunales nacionales de los Estados miembros. Ciertamente, es de conocimiento general que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha diseñado maneras y métodos para colocar a todos los órganos judiciales domésticos al servicio del derecho de la Comunidad, instándolos a descartar la legislación nacional de cualquier categoría que sea inconsistente con el derecho de la Comunidad. Así, al proclamar que personas víctimas de una infracción al derecho de la Comunidad por parte de uno de los Estados miembros tienen derecho a demandar una reparación del daño sufrido por parte de un Estado que ha dejado de cumplir sus obligaciones, no constituye un argumento vacío, sino una proposición legal que puede traducirse en hechos concretos a través del sometimiento del caso ante los tribunales nacionales en general competentes para resolver reclamos de indemnizaciones compensatorias derivadas de un acto ilegítimo oficial.

³³ Véase nuestro estudio: "The right of resistance and human rights", en: UNESCO (ed.), *Violations of human rights: possible rights of recourse and forms of resistance*, 1984, 13 et seqq.

4) *Recursos Legales para Exigir el Cumplimiento de Reclamos Individuales*

a) *Recursos bajo el Derecho Internacional General*

Bajo el Derecho Internacional general, no existe ningún foro para tales reclamos. Aún hoy en día, por regla general, el individuo no tiene cabida ante los tribunales internacionales. En particular, únicamente los Estados pueden comparecer ante la Corte Internacional de Justicia en un procedimiento contencioso. Las personas privadas siempre requieren acuerdos específicos por la vía de tratados especializados que establezcan los órganos sentenciadores apropiados.

b) *Recursos Domésticos*

Dada la ausencia obvia de recursos a nivel internacional, las posibilidades ofrecidas por los sistemas jurídicos nacionales deben ser exploradas. ¿Pueden los tribunales domésticos ser usados como agencias para exigir la ejecución de los reclamos de reparaciones que tengan sus fundamentos legales en el Derecho Internacional?

aa) Una cosa es difícilmente puesta en duda. Cualquier Estado está facultado para reparar el daño que sus propios ciudadanos han sufrido, cualquiera que sea la fuente de una obligación asumida de otorgar una indemnización compensatoria u otras formas de reparación. En tales casos, ningún problema de jurisdicción se origina, a pesar de que nunca será completamente claro si los reclamos establecidos en las normas nacionales pueden ser adicionalmente vinculados a alguna norma del Derecho Internacional. En su mayor parte, dichas iniciativas se emprenden si un régimen dictatorial ha sido destituido y los sucesores democráticos deben entonces enfrentar la gran cantidad de problemas criminales como consecuencias del pasado. Si hoy en día en Sudáfrica víctimas particulares de la discriminación racial en el sistema de *apartheid* reciben algún tipo de indemnización compensatoria o si las víctimas del sistema socialista en la República Democrática Alemana - personas encarceladas por razones políticas por largos períodos de tiempo - reciben algunos pagos más bien simbólicos en reconocimiento de sus demandas, nadie en realidad investiga el respaldo legal, ni pregunta si dichas indemnizaciones compensatorias pudieran ser debidas a los beneficiarios también a cuenta de un deber correspondiente bajo el Derecho Internacional.

bb) Nos encontramos frente a una situación totalmente diferente cuando un Estado se encuentra enfrentado con reclamos de sus ciudadanos contra Estados extranjeros que han sido presentados ante sus propios tribunales. En conformidad con las normas generales del Derecho Internacional, dichos procesos son inadmisibles por falta de jurisdicción. Ningún Estado es superior a otro. El principio de inmunidad soberana impide a los jueces de un país dictar una sentencia respecto de acciones presentadas en contra de un Estado extranjero si ninguna de las excepciones reconocidas se aplica. Hoy en día es aceptado casi de modo general que ningún Estado puede invocar su inmunidad soberana como una defensa contra ser demandado si éste ha participado en actividades comerciales (*acta iure gestionis*)³⁴. Pero sería

³⁴ 28 USC § 1605 (a) (2); Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)16,27; borrador de artículos de la CDI sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. YILC 1991 II, Parte Dos, 13, Art. 10.

difícil sostener que existe un consenso internacional acerca de una pérdida de inmunidad soberana en casos de serias violaciones a los derechos humanos. La sentencia de primera instancia en el caso *Princz*³⁵, que aplicó dicha doctrina de pérdida de inmunidad soberana, fue revocada en la apelación³⁶. Nosotros estamos de acuerdo con este rechazo. Las disputas entre dos Estados soberanos deben, en principio, ser resueltas según mecanismos y procedimientos del Derecho Internacional. Dado que desde el punto de vista de la jerarquía todos los Estados son colocados en un mismo nivel, ninguno puede emitir órdenes en forma unilateral que algún otro Estado estuviera obligado a obedecer. Cualquier distanciamiento de este modelo normativo requeriría una justificación sólida y convincente. Aún así, el único fundamento imaginable para denegar la inmunidad soberana estaría de alguna manera relacionada con la idea de un castigo. A primera vista, puede parecer convincente que a un Estado que comete atrocidades tales como genocidio, no debiera permitírsele defenderse invocando la inmunidad, un argumento jurídico reservado a los Estados respetuosos de la ley. Este argumento, sin embargo, no resiste un escrutinio acabado. El castigo puede ser legítimo en manos de la comunidad internacional organizada. No debería ser una herramienta legal que pueda ser fácilmente empleada para proporcionar un escudo para toda clase de acciones que se distancien del régimen ordinario en las relaciones entre los Estados. Sería extremadamente peligroso conferir a Estados individuales la facultad de aplicar castigos a otros Estados.

Finalmente, uno no puede evitar enfrentarse con las realidades. La excepción de la actividad comercial a la inmunidad soberana no golpea en realidad el corazón político de un Estado extranjero. En la medida que un gobierno realiza actividades de mercado en países extranjeros, éste sabe perfectamente bien que debe aceptar las leyes del mercado como cualquier otro actor comercial. Sin embargo, si las acciones que un Estado extranjero lleva a cabo en el ejercicio de genuinas decisiones de políticas públicas son sujetas a un escrutinio judicial, la escena cambia en forma dramática. Difícilmente uno podría creer que dichas sentencias serían reconocidas y atendidas por el demandado. Tal vez los Estados Unidos de Norteamérica como el actor más poderoso en el mundo actual, podría esperar imponer respeto por las sentencias dictadas por sus tribunales contra países extranjeros. Pero incluso los Estados Unidos de Norteamérica difícilmente apreciaría la situación contraria, es decir, que reclamos presentados en su contra pudieran ser conocidos por tribunales en otros países. Crear aquí una apertura en la muralla de la inmunidad soberana sería un ejercicio inútil, que beneficiaría a los abogados internacionales pero difícilmente a sus clientes.

cc) Una consideración similar se aplica a una configuración diferente donde un Estado pudiera poner su sistema judicial a disposición de extranjeros que presionan por reclamos de reparación contra terceros Estados. En los Estados Unidos de Norteamérica una polémica ha tenido lugar con respecto al problema de si la Ley de Responsabilidad Extracontractual Extranjera (*Alien Tort Statute*) podría permitir acciones en contra de Estados extranjeros dejando de lado las disposiciones de la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera (*Foreign Sovereign Immunities Act*). En conformidad con la Ley de Responsabilidad Extracontractual Extranjera,

³⁵ 813 F. Supp. en 22, 26 s.

³⁶ 26 F. 3er 1166 (D.C. Cir. 1994).

“los tribunales de distrito tendrán jurisdicción original con respecto a alguna acción civil de un extranjero por una responsabilidad extracontractual únicamente cometida en infracción de la ley de las naciones o un tratado de los Estados Unidos”³⁷.

En un limitado número de casos, los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica se han basado en la Ley de Responsabilidad Extracontractual Extranjera y otros argumentos jurídicos con el objeto de aceptar el conocimiento de dichos reclamos de reparación. En *Von Dardel contra URSS*, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia sostuvo que la inmunidad soberana debe ser descartada “cuando el Estado extranjero demandado ha actuado claramente en infracción al Derecho Internacional”³⁸. En consecuencia, se dictó una sentencia en ausencia contra la URSS. Ninguna apelación fue presentada por la demandada. La URSS prefirió simplemente ignorar la sentencia. Poco después en *Amerada Hess contra República Argentina*, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica para el Segundo Circuito, hablando a través del Presidente Juez Feinberg, señaló en términos análogos que, en conformidad con la “visión moderna” del Derecho Internacional, respecto de la cual dos autores estadounidenses no muy prominentes fueron citados³⁹, los soberanos no son inmunes a ser procesados por sus infracciones al Derecho Internacional⁴⁰. Esta decisión fue, sin embargo, apelada por Argentina⁴¹. La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones, basando su razonamiento en una interpretación de la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras como la única ley que establece jurisdicción sobre Estados extranjeros⁴². El fallo no se refirió en forma específica a la argumentación del demandante en el sentido de que un Estado que no da cumplimiento a sus obligaciones internacionales renuncia a su inmunidad. En efecto, dada la doctrina de la precedencia de cualquier ley sobre las normas generales del Derecho Internacional⁴³, la Corte Suprema simplemente tenía que aplicar la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras. En conformidad con esa doctrina,

³⁷ 28 USC § 1350 (1988). Para algunos comentarios con respecto a la práctica reciente relacionada con el Estatuto véase W. R. Casto, “The Federal Courts’ Protective Jurisdiction over Torts Committed in Violation of the Law of Nations”, *Connecticut Law Review* 18 (1986) 467 et seqq.; C.H. Crocket, “The Role of Federal Common Law in Alien Tort Statute Cases”, *Boston College International & Comparative Law Review* 14 (1991), 29 et seqq.; K.C. Randall, “Further Inquiries into the Alien Tort Statute and a Recommendation”, *International Law and Politics* 18 (1986), 473 et seqq.

³⁸ 623 F. Supp. en 246, 253 (1985) = 77 I.L.R. 258, en 265.

³⁹ El razonamiento jurídico anticipado por J. J. Paust, “Federal Jurisdiction over Extraterritorial Acts of Terrorism and Nonimmunity for Foreign Violators of International Law under the FSIA and the Act of State Doctrine”, *Virginia Journal of International Law* 23 (1983) 193 et seqq., en 220-232, puede difícilmente ser considerado como un tratamiento persuasivo del tema.

⁴⁰ 26 ILM 1375, en 1380 (1987). Coincidiendo con A. Bianchi, “Denying State Immunity to Violators of Human Rights”, *Austrian Journal of Public and International Law* 46 (1994), 195 et seqq., en 223-224; se puede encontrar la misma opinión en un artículo anterior: “Violazioni del diritto internazionale ed immunità degli Stati dalla giurisdizione civile negli Stati Uniti: il caso *Hercules*”, *Rivista Italiana di Diritto Internazionale* 72 (1989), 546 et seqq., en 589.

⁴¹ En la doctrina jurídica, el pronunciamiento fue masivamente criticado, ver F.L Kirgis, “Alien Torts Claims, Sovereign Immunity and International Law in the United States”, *AJIL* 82 (1988), 323 et seqq.; T.M. O’Toole, *Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic; An Alien Tort Statute Exception to Foreign Sovereign Immunity*” *Minnesota Law Review* 72 (1988), 829 et seqq.; K.E. Stichter, “*Amerada Hess* and Foreign Sovereign Immunity” *Stanford Journal of International Law* 24 (1987-88), 585 et seqq.; D.L. Zimic, Comentario, *Virginia Journal of International Law* 28 (1987), 221 et seqq.; en 244.

⁴² 102 L. Ed. 2da 818 (1989) = 81 I.L.R. 658.

⁴³ Véase *Restatement of the Law, Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 1, 1987, 63, § 115(1).

aparecía como irrelevante si el Derecho Internacional general se había desarrollado a lo largo de líneas diferentes. No obstante que ello pueda ser así, existe en la actualidad jurisprudencia establecida en el sentido de que las excepciones a la inmunidad soberana en la forma en que se encuentran establecidas en la Ley de Inmunities Soberanas Extranjeras⁴⁴ son de una naturaleza exclusiva y no permiten una extensión *ratione materiae*⁴⁵.

A pesar de que la Corte Suprema no basó su razonamiento en un argumento extraído del Derecho Internacional, su interpretación de la Ley de Inmunities Soberanas Extranjeras parecería estar en total conformidad con aquella que debería haber sido inferida de un análisis de las normas correspondientes del Derecho Internacional Consuetudinario. Como ya se ha indicado, cualquier desviación del modelo de inmunidad requeriría una racionalidad persuasiva. Pero introducir un elemento legal según el cual cualquier país en el mundo tendría competencia para conocer reclamos presentados por una persona privada en contra de un tercer Estado sería absolutamente infundado. Un modelo de jurisdicción universal puede ser adecuado para casos de procesamiento criminal en los que el acusado ha sido efectivamente detenido y puede ser físicamente llevado a juicio. Sin embargo, un Estado extranjero nunca se encuentra presente en un juicio civil iniciado en su contra en un tribunal de un tercer país. Así, una sentencia dictada en su contra no puede producir efectos directos⁴⁶. Por último, el observador extranjero no puede dejar de notar que los autores estadounidenses, en su deseo de crear recursos jurídicos hasta ahora no disponibles, invariablemente ven a los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica como los árbitros que dictan sentencia con respecto a violaciones a los derechos humanos ocurridos en otros países⁴⁷. No pareciera que a ellos se les ocurra que los Estados Unidos de Norteamérica podrían fácilmente caer en el papel del acusado. ¿Pero quién podría realmente querer que los jueces guatemaltecos conocieran reclamos presentados en contra de los Estados Unidos de Norteamérica en razón de los hechos ocurridos durante la invasión de Panamá o que los jueces mejicanos hicieran lo mismo en razón de la participación estadounidense en el conflicto armado en Guatemala? Un mundo

⁴⁴ Obviamente, la inmunidad únicamente protege a los Estados y no a una entidad como la OLP, a menos que dicha protección sea específicamente prevista en conformidad con la legislación de los tratados. En consecuencia, en el caso de *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F. 2da. 774 (1984), donde en lo fundamental se analizaba una acción concurrente contra la OLP, la discusión se centró en si la Ley de Responsabilidad Extracontractual de Extranjeros no sólo proporcionaba jurisdicción sobre la materia, sino que creaba al mismo tiempo un derecho para accionar. El tema de la inmunidad soberana no fue tocado.

⁴⁵ Es sobre esta base que el caso *Princz* fue rechazado por la Corte de Apelaciones para el Distrito de Columbia, 26 F. 3era. 1166, 1176 (D.C. Cir. 1994). En una opinión disidente, el Juez Wald sostuvo que “Alemania renunció a su inmunidad soberana al violar las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional condenando la esclavitud y el genocidio” (ibid., en 1179), procediendo a partir de la presunción que “un Estado renuncia a su derecho a inmunidad soberana cuando transgrede una norma de *jus cogens*” (ibid., en 1183). En forma similar, en *Siderman v. República de Argentina*, la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito sostuvo que aun una pretendida violación de *jus cogens* por un Estado extranjero no confiere jurisdicción a los tribunales de los Estados Unidos. Ver 965 F. 2ª. 699 (9º. Cir. 1992), en 718-719. Avocación denegada, 507 U.S. 1017 (1993).

⁴⁶ El juez Wald, *loc. cit.* (nota 45) se negó consistentemente a reconocer que la denegación de inmunidad para fines de procesamiento criminal está sujeta a distintas consideraciones que la denegación de inmunidad a un Estado extranjero en un juicio civil.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, el comentario de M. Leigh en *Saudi Arabia v. Nelson*, 113 S. Ct. 1471, AJIL 87 (1993), 442, en 444: “...los observadores, especialmente aquellos interesados en la expansión de la ley de los derechos humanos, estarán aún más desencantados al saber que la Corte dejó de usar este caso como un vehículo para proveer un recurso en los tribunales de los Estados Unidos por actos que involucran responsabilidad extracontractual o cuasidelitos cometidos por Estados extranjeros en su propio territorio”.

lleno de vigilantes auto-designados de los derechos humanos es ciertamente más un trauma que una visión del paraíso⁴⁸.

V. ¿Acuerdos Colectivos de Reclamos por Reparaciones - o Enfoque Caso a Caso?

Finalmente, un tema de carácter general debe ser analizado. Éste puede ser expresado en términos muy simples. Proporcionar al individuo agraviado un derecho personal a obtener una reparación significa, en el hecho, precisar el proceso de reparación del daño ocasionado. Esto no presenta ningún problema mayor cuando casos aislados de conducta ilegítima gubernamental se encuentran siendo analizados. En una democracia estable gobernada por el estado de derecho, las violaciones graves a los derechos humanos que causan un perjuicio a las víctimas siempre constituirán una excepción. Es bajo esta presunción que los sistemas de tratados regionales para la protección de los derechos humanos operan. Nuestra reflexión con respecto a un régimen general de reparación debe, sin embargo, tomar en consideración aquellas situaciones donde violaciones masivas han ocurrido. El genocidio nunca ocurre como un incidente que aparece y desaparece de un día para otro. Como norma, es la consecuencia de un colapso general de la ley, dejando un saldo de miles de víctimas. Otra situación de violaciones masivas a los derechos humanos estuvo constituida por el régimen de discriminación racial o *apartheid* en Sudáfrica. Son estas situaciones, las cuales van mucho más allá que el famoso “cuadro sistemático de violaciones graves y debidamente documentadas de derechos humanos”⁴⁹ las que merecen una atención especial si uno se encuentra seriamente preocupado de encontrar las respuestas correctas.

Se deben distinguir dos situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos. Por una parte, un régimen criminal puede haber asesinado, mutilado o reprimido a su propio pueblo. Desgraciadamente, los ejemplos no faltan. Basta con referirse nuevamente a la Sudáfrica del período de la discriminación racial o *apartheid*, a Alemania bajo el régimen Nazi, o a Guatemala, un país el cual ha llegado a ser familiar para este autor, en un tiempo en que se aplicaron estrategias de contra-insurgencia para combatir a una fuerza guerrillera que se había hecho fuerte en los sectores campesinos. Totalmente diferentes son las situaciones en que los ciudadanos de otro Estado llegan a ser las víctimas de políticas criminales extranjeras que recurren a la guerra de agresión, limpiezas étnicas y, nuevamente, genocidio. En primer lugar, la Alemania Nazi puede ser mencionada en este contexto. Pero desafortunadamente, no faltan otros ejemplos.

1) *Patrones de Auto-destrucción Nacional*

a) *Reparación Material*

En lo que se refiere a patrones de auto-destrucción nacional, la triste realidad es que una comunidad nacional que tiene éxito en liberarse a sí misma de un grupo de criminales que ha usurpado y mantenido el poder político no tendrá a nadie más que ella misma para reparar los actos ilegítimos cometidos. Reconstruir un ambiente social decente requiere de un esfuerzo

⁴⁸ Véase también escepticismo mostrado por C. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, 1988, 60.

⁴⁹ Resolución ECOSOC 1503 (XLVIII), 27 de mayo de 1970.

colectivo por parte de todos los miembros de la comunidad. Las decisiones necesarias deberán ser adoptadas en el ejercicio del derecho de autodeterminación dado que cada uno deberá soportar las cargas del pasado. En el caso del *apartheid* habría sido incluso absurdo sostener que, dado que cada miembro del grupo de la población negra había sido víctima de las políticas del régimen anterior, él o ella era sujeto de un derecho a reclamo por reparación en contra de la República de Sudáfrica bajo su nuevo liderazgo democrático. *Grosso modo*, los beneficiarios de estos reclamos de reparaciones deberían pagarse a sí mismos los dineros otorgados a ellos ya que el dinero público es invariablemente extraído de los contribuyentes. Luego que un régimen democrático ha sido establecido, la distinción entre “ellos” y “nosotros” deja de tener un significado práctico. Las deudas del Estado afectan a todos.

La conclusión que se deriva de las consideraciones anteriores es que en dichas instancias no puede haber normas que se puedan extraer apresuradamente de los principios generales del Derecho Internacional. La forma en la cual una nación debe enfrentarse a su pasado, un desafío para el cual los alemanes han acuñado el concepto de *Vergangenheitsbewältigung*⁵⁰, debe ser dejada a esa misma nación. A lo más, algunas pautas pueden ser extraídas de modernos tratados relativos a la protección de los derechos humanos a pesar que ninguno de esos tratados fue diseñado teniendo en vista situaciones de violaciones masivas de derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, establece una disposición que invoca un régimen nacional de indemnización compensatoria en el caso que una persona fuera ilegítimamente arrestada o detenida (artículo 9(5)) y una segunda (artículo 14(6)) que insta a los Estados a otorgar una indemnización compensatoria a personas víctimas de fallos penales injustos, pero ninguna norma similar existe en relación con asesinatos. Obviamente, no cabía en la imaginación de los redactores del Pacto que un aparato gubernamental pudiera degenerar en una máquina asesina. De otra forma, una indemnización compensatoria habría sido también prevista para la más atroz de todas las posibles violaciones a los estándares de derechos humanos.

Inevitablemente, al analizar las consecuencias de un pasado caracterizado por crímenes del Estado, los nuevos regímenes tendrán que adoptar amargas opciones. Las exigencias de la justicia deberán ser sopesadas contra las necesidades del presente y del futuro. Adicionalmente, una paradoja se presenta. A mayor número de personas que un gobierno criminal conduce a la muerte y la destrucción, menor es la posibilidad de que la víctima individual obtenga una reparación acorde con el agravio experimentado. La riqueza nacional disponible es un límite natural a cualquier reivindicación. Así, en la República Federal de Alemania las personas injustamente detenidas en la República Democrática Alemana bajo cargos políticos recibieron cantidades extremadamente limitadas de indemnización compensatoria por cada día o mes pasado en prisión⁵¹, y en Guatemala los miembros de las familias sobrevivientes de los más de 100.000 civiles que fueron asesinados o desaparecidos durante el conflicto armado pueden escasamente esperar que se les otorguen pensiones que pudieran ser consideradas a lo menos un reflejo financiero de las pérdidas que ellos

⁵⁰ Para un análisis comparativo de la experiencia europea en particular, véase T. Garton Ash, “The Truth about Dictatorship”, *The New York Review of Books*, 19 de febrero de 1998, 35 et seqq.

⁵¹ Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet, 29 de octubre de 1992, Bundesgesetzblatt 1992 I, 1814, §17: 300 marcos alemanes por mes de detención contraria a los principios básicos de la justicia. Véase la contribución por B. Fassbender a este libro, infra en 251.

experimentaron. No es realista esperar que otras naciones asumirán el peso financiero de proporcionar los fondos necesarios para reparar el mal causado. El enfrentamiento de las terribles consecuencias de su pasado es una tarea que cada nación debe asumir con su propio esfuerzo.

Es una debilidad de los “Principios Van Boven”⁵², los cuales a primera vista son inmensamente atractivos, pretender establecer un régimen uniforme para toda clase de violaciones a los derechos humanos, partiendo de la premisa que, en principio, los individuos deberían gozar de un derecho individual a obtener una reparación⁵³. Los Principios no distinguen entre diferentes situaciones de hecho, o bien, ellos siguen la lógica aparentemente persuasiva que “las reparaciones deberán ser proporcionales a la gravedad de las violaciones” (párrafo 7). Todo esto es bien intencionado y, volvemos a repetir, puede funcionar perfectamente bien dentro del contexto de un sistema de gobierno que se apega a la norma de derecho y que, excepcionalmente, en menoscabo de sus objetivos políticos generales, se ve involucrado en violaciones a los derechos humanos a través de la conducta ilegítima de agentes individuales. Pero no provee una solución a las catástrofes nacionales que han dejado a la nación entera profundamente herida. Lo que se puede obtener en tales circunstancias debe ser evaluado a la luz de los requerimientos de la justicia por una parte, la que ciertamente exige que el agravio sufrido sea reparado, y, las capacidades efectivas de la comunidad nacional involucrada, por otra. Si el número de víctimas es relativamente pequeño, como ocurrió en Chile bajo el régimen de Pinochet, puede ser posible otorgar a cada cual algunos beneficios de pensión básicos⁵⁴. Mientras mayor sea el número de personas muertas o desaparecidas, por otra parte, mayor será la dificultad de tender una mano generosa a todos aquellos que fueron adversamente afectados.

b) *Reparación Moral*

Los obstáculos fácticos a los que se ha hecho referencia anteriormente no constituyen un impedimento para la reparación moral. Dicha reparación, cuando no impone una carga económica (excesiva) en la nación involucrada, puede principalmente tomar dos formas.

Por una parte, con el objeto de prevenir que ocurra nuevamente el desastre del pasado reciente, se puede tomar la decisión de investigar el pasado y dar a conocer las experiencias traumáticas de un período de carencia de leyes y falta de respeto por la vida humana en un amplio informe. Como una forma de realizar esa tarea, comisiones de verdad han aparecido en años recientes en muchas partes del mundo, siendo las principales aquellas establecidas en Argentina, Chile, El Salvador, Sudáfrica y Guatemala⁵⁵. Estas comisiones por cierto

⁵² Basic Principles and Guidelines (supra nota 7).

⁵³ Pero véase párrafo 6 de los Principios Básicos (nota 7): “Se puede reclamar una reparación individualmente y, cuando fuere apropiado, colectivamente, por la víctima directa...”.

⁵⁴ Véase M. Quiroga, “The Experience of Chile”, en: Netherlands Institute of Human Rights (ed.), *Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, SIM Especial N° 12, 1992, 101 et seqq., en 111.

⁵⁵ Véase, en particular, T. Buergenthal, “The United Nations Truth Commission for El Salvador”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 27 (1994), 498 et seqq., 510 et seqq.; P.B. Hayner, “Fifteen Truth Commissions - 1974 to 1994: A Comparative Study”, *Human Rights Quarterly* 16 (1994), 600 et seqq.; C. Tomuschat, “Between National and International Law: Guatemala’s Historical Clarification Commission”, en *Festschrift für Günther Jaenicke*, 1999 (por publicarse).

constituyen una práctica Estatal. Sin embargo, uno puede tener dudas acerca de si esta práctica se encuentra ya suficientemente difundida, y si ella es suficientemente apoyada por la *opinio juris*, para generar una norma del Derecho Internacional Consuetudinario que obligue a los Estados a hacer una limpieza de su casa luego de un quebrantamiento importante de la ley y el orden mediante la confección de un detalle formal de aquello que ocurrió.

De una forma similar, un gobierno puede reconocer los crímenes del pasado y presentar sus disculpas a las víctimas. Esto ha sido también una práctica recurrente en los últimos años, incluso en relaciones entre Estados cuando en algunos casos tales disculpas han sido expresadas décadas después de los fatídicos eventos⁵⁶.

Aún así, sin importar cuán importantes estas formas de reparación moral puedan ser, éstas normalmente no ocurren en la relación específica entre un individuo agraviado y el gobierno responsable, sino que son concebidas como un mecanismo de acuerdo colectivo de un capítulo oscuro de la historia nacional. La demanda de una nación de conocer plenamente la verdad⁵⁷ debería permanecer en la agenda como un proyecto de política legal⁵⁸, pero ella no es por cierto un derecho individual.

2) *Agravio Ocasionado a Otras Naciones*

Un segundo grupo de casos es mucho más afín a las categorías tradicionales del Derecho Internacional. Nos estamos refiriendo a los casos en los cuales los ciudadanos de otro país han sido agraviados por actos que pueden encontrarse tanto en la categoría de crímenes internacionales como de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La guerra de agresión, el genocidio o la limpieza étnica deben ser consideradas en esta categoría. La idea de otorgar derecho a una reparación individual a cada una de las víctimas de alguno de dichos actos resulta fascinante a primera vista. En particular, a través de tal esquema de indemnización compensatoria se garantizaría que efectivamente los pagos efectuados alcancen a las personas afectadas y no desaparezcan en algún lugar de la burocracia del Estado beneficiario, un destino que no es poco común a los pagos basados en acuerdos con una suma global única. Por otra parte, el caso *Hugo Princz*, en el cual originalmente estaban en juego 20 millones de dólares, deja bastante claro que un proceso de acuerdo individual de reclamos que

⁵⁶ En el derecho interestatal tradicional, esto no es nada nuevo; ver, por ejemplo, el Artículo 45, párrafo 2 del borrador de los artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado (supra nota 6).

⁵⁷ Véase el Convenio de Oslo de 23 de junio de 1994 entre las partes en el conflicto armado en Guatemala relativo al establecimiento de la Comisión de Clarificación Histórica, Preámbulo, párrafo 2: “Considerando el derecho del pueblo de Guatemala a conocer plenamente la verdad sobre estos acontecimientos ...”, reimpreso en: Procuraduría de Derechos Humanos (ed.), *Los Acuerdos de Paz*, Guatemala 1997, 41; véase también el Decreto Supremo de Chile N° 355 de 25 de abril de 1990, Preámbulo, párrafo 1: “Que la conciencia moral de la Nación requiere el esclarecimiento de la verdad sobre las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el país...”, reimpreso en: Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Vol. 1, Tomo 1, reimpreso 1996, xi; Anexo a los Acuerdos de Paz Salvadoreños de 27 de abril de 1991, relacionado con la Comisión de Verdad, Preámbulo, párrafo 2: “Reconociendo la necesidad de esclarecer con prontitud aquellos hechos de violencia de singular trascendencia, cuyas características y repercusión, así como la conmoción social que originaron, reclaman con mayor urgencia el conocimiento de la verdad...”, reimpreso en Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, De la Locura a la Esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador, 1992-1993*, 201.

⁵⁸ Véase “Van Boven Principles” (supra nota 7), párrafo 15 (b): “Verification of the facts and full and public disclosure of the truth”.

se derivan de violaciones de derechos humanos durante una guerra u otra catástrofe histórica, podría alcanzar dimensiones que exceden la imaginación humana. Durante la Segunda Guerra Mundial aproximadamente 60 millones de personas perdieron la vida. De ellos la Unión Soviética sufrió la muerte de 20 millones de seres humanos. Si Alemania hubiera tenido que cubrir la gama completa de las pérdidas materiales producto de este horrendo costo de vidas humanas no habría sido capaz de levantarse jamás como una nación. Por otra parte, por ejemplo, luego del término de la Segunda Guerra Mundial aproximadamente 3 millones de alemanes del *Sudetenland* fueron expulsados de sus hogares ancestrales, y a lo menos 225.000 de ellos fueron asesinados a través de actos oficiales y privados de venganza, claramente en violación de todos los estándares de derechos humanos aplicables. Sin embargo, el gobierno alemán ni siquiera intentó tratar los problemas legales vinculados con estos tristes acontecimientos en un esfuerzo para respaldar los reclamos de las víctimas.

De este modo, el asunto a ser directamente enfrentado es bastante claro. Un sistema de reparación basado en derechos de reclamo individual puede ser aplicable y efectivo durante períodos de relativa calma en países que, en general, respetan el estado de derecho. No proporciona el marco jurídico ideal para resolver los temas de responsabilidad a gran escala. Si millones de personas han sufrido agravio como consecuencia de un conflicto armado entre dos Estados, se debería preferir un modelo de acuerdo colectivo.

En primer lugar, los juicios individuales no alcanzarían su objetivo. Los países deudores simplemente rechazarían dar cumplimiento a las sentencias dictadas en su contra en países extranjeros. Hasta el presente, la doctrina de la inmunidad soberana todavía se aplica. Y debe admitirse que la invocación de la inmunidad soberana no puede ser considerada como un simple pretexto para evadir la responsabilidad. Después de un desastre histórico, será en general imposible tratar todos y cada uno de los casos en forma individual. El gasto de recursos humanos para tal fin sería desproporcionado a la necesidad de establecer nuevamente relaciones pacíficas entre las naciones involucradas. Si miles de abogados pudieran de hecho participar legalmente en la consecución de dichos acuerdos, no habría posibilidad de que en alguna oportunidad se pudiera cerrar el capítulo de la culpabilidad colectiva de una nación. Finalmente, el punto crucial es, nuevamente, que el potencial económico de una nación debe ser tomado en consideración. En 1996, la CDI incluyó una disposición en el borrador de sus artículos sobre responsabilidad Estatal en conformidad con la cual un pueblo nunca puede ser privado de sus medios esenciales de subsistencia (artículo 42(3)). Esta norma, aprobada por la mayoría de los miembros pero decididamente atacada por otros, deriva su justificación de tres consideraciones. Por una parte, los Estados no son entidades abstractas, sino organizaciones de personas, que ciertamente tienen una responsabilidad por su propio destino, pero que también pueden ser conducidas al camino del crimen por sus líderes, siendo el miembro individual de la sociedad involucrada a menudo tan impotente como cualquier víctima en un país extranjero. Segundo, imponer una carga irreal sobre un pueblo significa simplemente sembrar una semilla de un nuevo conflicto. Ningún pueblo acepta ser tratado como una paria para siempre. Tercero, difícilmente puede justificarse el comprometer las vidas de una nueva generación que no tuvo más influencia en las decisiones adoptadas por sus padres y madres que algún ciudadano de un tercer país⁵⁹.

⁵⁹ Véase nuestros comentarios "How to Make Peace after War: The Potsdam Agreement of 1945 Revisited", *Die Friedens-Warte* 72 (1997), 11 et seqq. Para una evaluación similar véase B. Graefrath, "Responsability and

Ninguno de estos elementos es susceptible de ser tomado en consideración si se presenta una gran cantidad de reclamos individuales. Se requiere que éstos sean tratados en una mesa de conferencias donde un marco amplio para un acuerdo global pueda ser establecido. No debería olvidarse que las naciones que han peleado una guerra generalmente han agotado sus recursos. Un país que adicionalmente a tener que reconstruir su sociedad y su economía, se viera obligada a reparar sin ninguna excepción todos los daños que ha causado a otros se encontraría en una situación de quiebra. En conformidad con el Derecho Internacional no existe un régimen de quiebra. Pero normalmente, los acuerdos de paz en el pasado han tratado de establecer un justo equilibrio que hace posible que un país deudor derrotado pueda unirse nuevamente a la comunidad de naciones civilizadas. En el Acuerdo de Potsdam, un instrumento de importancia no sólo universal sino que también local, fue expresamente establecido que el pueblo alemán repararía el daño causado por el régimen Nazi “en la mayor medida posible”⁶⁰. De igual forma, el acuerdo de paz impuesto a Irak por la Resolución 687 del Consejo de Seguridad se abstiene de exigir “un pago adecuado, efectivo y expedito” - estamos usando la norma Hull⁶¹ en un contexto no usual - por todos los daños causados por la agresión contra Kuwait. Responsablemente, se determinó que Irak estaría obligado a transferir al Fondo de Compensación no más del 30 por ciento de sus ingresos del petróleo⁶². De este modo, aún en los tiempos modernos encontramos ejemplos reales de una conciencia de que luego de catástrofes históricas la simple norma de que el Estado autor es responsable de proveer total reparación no puede ser aplicada sin importantes modificaciones⁶³. Como resultado de ello, deberá inferirse que un régimen de responsabilidad individualizado no es aplicable para tales casos.

Y aún así, luego de que haya superado un patrón histórico específico de infracción internacional y se hayan restablecido condiciones de paz, puede ser posible evaluar el monto del daño causado y entonces permitir a lo menos en algunos campos la reparación individual de aquellas pérdidas sufridas por las víctimas de las acciones ilegítimas en cuestión. De este modo, entre las Potencias Occidentales victoriosas de la Segunda Guerra Mundial y Alemania se acordó que los bienes ilegítimamente confiscados deberían ser restituidos a sus legítimos propietarios⁶⁴. En un intento de llegar a acuerdos con respecto a reclamos patrimoniales entre los Estados Unidos e Irán, un Tribunal de Agravios fue establecido ante el cual se ha

Damages Caused: Relationship between Responsibility and Damage”, *Recueil des Cours* 185 (1984-I), 9 et seqq., en 92; B. Graefrath & M. Mohr, “Legal Consequences of an Act of Aggression: The case of the Iraqi Invasion and Occupation of Kuwait”, *Austrian Journal of Public and International Law* 43 (1992), 109 et seqq., en 136.

⁶⁰ Acuerdo de Potsdam, 2 de agosto de 1945, reimpreso en: I. v. Münch (ed.) *Dokumente des geteilten Deutschland*, 1968, 32, Sección IV: Reparations from Germany.

⁶¹ Nota del Secretario de Estado de los Estados Unidos Cordell Hull al Gobierno Mexicano del 22 de agosto de 1938, reimpreso en: G.H. Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. III, 1942, 658.

⁶² Resolución 705 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1991), párrafo 2.

⁶³ Véase también E. Benvenisti & E. Zamir, “Private Claims to Property Rights in the Future Israeli-Palestinian Settlement”, *AJIL* 89 (1995), 295 et seqq., en 331, quienes proponen un estándar de compensación “adecuado” en lugar de total.

⁶⁴ Convención sobre el Ajuste de Materias que se Originan en la Guerra y la Ocupación en la forma modificada por el Protocolo sobre el Término del Régimen de Ocupación en la República Federal de Alemania, 23 de octubre de 1954, *Bundesgesetzblatt* 1955 II, 405, en 418, Capítulo III: Restitución Interna. Para una corta explicación, véase K. J. Partsch, “The Federal Republic of Germany”, en: *Seminar* (supra nota 54), 130 et seqq., en 135-136. Véase también información provista por E. Khiddu-Makubuya, “Uganda”, *ibid.*, 86-100, en 90, sobre la restitución de bienes a los asiáticos expulsados de Uganda por un régimen anterior.

permitido que los individuos soliciten indemnizaciones compensatorias por los daños sufridos por ellos. Y para el acuerdo sobre las consecuencias dañinas resultantes de la agresión de Irak contra Kuwait, se encontró una solución intermedia que toma en consideración al individuo agraviado, cuyos reclamos deben ser canalizados, en principio, por su Estado natal. La diversidad de los mecanismos establecidos en tales circunstancias muestra una vez más que ningún sistema rígido de reparación podría ser concebible. Los 'Principios Van Boven' pueden ciertamente servir como un primer borrador, pero éstos, sin embargo, deben ser en una segunda etapa modificados y adaptados a las circunstancias imperantes que, a su vez, no pueden ser descartadas como irrelevantes.

VI. Conclusión

Hemos llegado al final de nuestras fragmentarias consideraciones. Muchas dudas han surgido. Nuestra conclusión provisional es que hay mucho campo para los reclamos individuales de reparación dentro del marco de los regímenes de los tratados específicos. Incluso partes de un acuerdo de paz universal pueden ser dejados a procedimientos individuales. En conformidad con el Derecho Internacional general, sin embargo, sería poco sabio sugerir que el sistema tradicional de la responsabilidad del Estado debiera ser reemplazado por un sistema en el cual el titular de los nuevos derechos derivados de un acto ilegítimo internacional fuera, como norma, el individuo que hubiera sufrido directamente el agravio en cuestión.

La Necesidad de la Reconstrucción Moral tras Violaciones de Derechos Humanos Cometidas en el Pasado:

Una Entrevista con José Zalaquett*

Naomi Roht-Arriaza

La siguiente entrevista con José Zalaquett, abogado chileno especializado en derechos humanos y profesor de derecho de la Universidad de Chile, se llevó cabo en febrero de 1995 en la Universidad de California, en Berkeley. El Sr. Zalaquett es miembro de la Comisión Internacional de Juristas y ha sido miembro de la Junta Directiva de Amnistía Internacional. Fue asesor del Presidente chileno Patricio Aylwin, y pieza clave en el diseño de las políticas para enfrentar las violaciones de derechos humanos cometidas por el régimen militar en ese país. Fue miembro de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación nombrada por el Presidente Aylwin para investigar y dar a conocer el destino de las personas asesinadas o que fueron víctimas de desapariciones forzadas durante el gobierno militar (1973-1989), y escribió la introducción a la edición en inglés del informe realizado por ella. Es autor de varios artículos sobre el trabajo de la Comisión y sobre asuntos políticos, morales y legales que surgen a raíz de las violaciones a los derechos humanos cometidas por regímenes pasados.

Naomi Roht-Arriaza: Chile es uno de los muchos países que ha tenido que enfrentar la existencia de violaciones de gran magnitud a los derechos humanos - asesinatos, desapariciones forzadas, tortura generalizada, encarcelamiento de disidentes - por parte de regímenes que ya no están en el poder. Los gobiernos posteriores han asumido al respecto diversas posiciones. En algunos casos, como Brasil, no ha habido ninguna acción oficial y el problema aparentemente se ha dejado de lado¹. En otros, se aprobaron amnistías poniendo fin a cualquier acción en contra de los autores de crímenes del pasado. Uruguay, por ejemplo, terminó aprobando una amnistía *de facto* para los militares. También se han intentado otras medidas². En Argentina se creó una comisión para investigar el destino de los desaparecidos;

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de Zone Books.

¹ La Iglesia Católica publicó en Brasil un documento donde se denuncian la tortura y otros crímenes cometidos por los militares. Véase Lawrence Weschler, *A Miracle, A Universe* (New York: Pantheon, 1990). En diciembre de 1995, el Presidente Fernando Enrique Cardoso promulgó una ley compensando a los familiares de 136 personas que desaparecieron durante el gobierno militar. *Latin American Newsletter*, 14 de diciembre de 1995.

² Véase Weschler, *A Miracle, A Universe* y Americas Watch, *Challenging Impunity: The Ley de Caducidad and the Referendum Campaign in Uruguay* (1989). En Uruguay los militares renunciaron al poder como parte de un acuerdo negociado que incluía promesas, al menos implícitas, de no enjuiciarlos. Después que un gran número

asimismo, se enjuició y condenó a algunos oficiales militares de alto rango, sin perjuicio de que más tarde fueron perdonados³. En los países de Europa oriental se ha juzgado a algunos oficiales de gobiernos anteriores, se han abierto archivos secretos, y se han aprobado las llamadas leyes de “lustration” o “depuración” para remover a los ex colaboradores de la policía secreta, de sus posiciones de influencia⁴. En El Salvador, Filipinas, Nepal, Sudáfrica y Guatemala se han creado Comisiones de Verdad con el fin de escribir la historia de las violaciones del pasado, identificar a las víctimas o sus autores, y hacer recomendaciones para que “Nunca Más” sea una realidad. En muchos de estos casos, la experiencia chilena se ha visto como un modelo más o menos exitoso en el manejo de dichos períodos de transición y rendición de cuentas. ¿Qué puede universalizarse de esta experiencia?

José Zalaquett: La experiencia chilena ejemplifica un problema general. Chile, como muchos de los países que usted menciona, ha atravesado por un período de completa ruptura de cualquier orden moral que merezca ser llamado así. La noción de “orden moral” u “orden justo” está en la base de las teorías de contrato social y del concepto de estado de derecho. Esa noción da el sentido último a las instituciones democráticas. Las transgresiones a las leyes creadas por estas instituciones son, hasta cierto punto, esperables, sin que por ello se ponga necesariamente en peligro el orden moral subyacente. Por el contrario, movilizan sus defensas, en particular los mecanismos de la justicia criminal.

Cuando esta construcción se desmorona el resultado no es simplemente un incremento estadístico en el crimen, sino algo completamente diferente. Las violaciones a los derechos humanos y otros crímenes cuya motivación sea política, se convierten ahora en expresión del imperio de la fuerza y de la ausencia de un orden moral. Las situaciones pueden variar: es posible que haya una guerra civil; o el desmantelamiento de un estado-nación donde hay enfrentamientos entre grupos étnicos o religiosos; o una toma del poder por parte de los militares; o que se produzca la “Libanización” de un país. Si ha tenido lugar un desmoronamiento mayor, la pregunta es cómo restablecer los valores y el orden moral quebrantados. En casos como el de Sudáfrica, surge además otra pregunta: ¿Cómo construir un orden justo cuando en el pasado reciente no ha existido ninguno?

Cuando uno piensa cómo enfrentar las violaciones a los derechos humanos como parte del proceso de construcción o reconstrucción moral, el primer modelo que viene a la mente, naturalmente, es el de la justicia criminal. Al fin y al cabo, se trata de crímenes atroces y en su mayoría masivos. Pero ese modelo está diseñado para hacer cumplir un orden justo que ya existe, no, necesariamente, para reconstruir uno después de un período de destrucción. No

de demandas privadas fueron entabladas, el gobierno presionó para que se aprobara una ley estableciendo el cierre de todos los casos pendientes y eximiendo a los militares de castigo alguno por actos cometidos durante el período *de facto*. Ante ello, grupos de ciudadanos indignados forzaron un referendo para derogar la ley de amnistía, la cual se mantuvo, por estrecho margen de votos, frente a amenazas implícitas de una mayor inestabilidad.

³ Véase Jaime Malamud-Goti, “Punishing Human Rights Abuses in Fledgling Democracies: The Case of Argentina”, en Naomi Roht-Arriaza, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice* (New York: Oxford University Press, 1995), 160. En Etiopía se está enjuiciando ex oficiales del gobierno de Menghistu. Roht-Arriaza, *Impunity*, 224-25; Bolivia y Corea del Sur también han realizado juicios a ex dictadores.

⁴ En Alemania se ha enjuiciado a numerosos oficiales de alto rango de la República Democrática Alemana; en Hungría, Rumania, Bulgaria y Polonia también se han anunciado o llevado a cabo juicios a ex militares, policías y oficiales del gobierno. Previa su disolución, en Checoslovaquia se dictaron leyes estableciendo que todo aquel que haya sido miembro de alto rango de partidos políticos no puede ser empleado para ciertos trabajos políticos o del gobierno. Véase Kathleen Smith, “Decommunization after the 'Velvet Revolutions' in East Central Europe”, en Roht-Arriaza, *Impunity*, 82.

estoy argumentando aquí que la justicia criminal es inútil en ese tipo de situaciones. De hecho, el enjuiciamiento de las violaciones de derechos humanos es uno de los principales elementos a ser considerado en el diseño de políticas durante un período de transición. Sin embargo, el verdadero desafío es adoptar, para cada situación específica, medidas que sean viables y que conduzcan al propósito de contribuir en la construcción o reconstrucción de un orden justo. Ciertamente los juicios y las condenas pueden jugar un papel importante, pero igualmente pueden cumplirlo el perdón y la reconciliación. Estas dos vías no son mutuamente excluyentes. A menudo lo que se necesita es una combinación de ambas.

Es frecuente encontrarse con el argumento acerca de la importancia de los juicios y las condenas, y más fácil comprenderlo⁵. Pero permítame hacer referencia al significado del perdón y la reconciliación como un posible componente político de peso en dichas situaciones. Las teorías sobre el perdón que se encuentran en las grandes corrientes de pensamiento religioso y en doctrinas milenarias sobre reconciliación enfatizan varios factores. Primero, el perdón ofrecido por la sociedad nunca es un acto aislado ni gratuito. El perdón es un mecanismo diseñado para restablecer el orden moral, para reafirmar la validez de la norma que ha sido violada. Segundo, la reconciliación requiere que quien obró mal admita sus actos o acepte lo que otros exponen al respecto, de manera que la verdad pueda ser conocida. Tercero, el malhechor no sólo debe admitir su crimen, sino que además debe reconocer que obró mal. Así hace un acto de contrición o arrepentimiento por sus actos y resuelve no volver a cometerlos. Cuarto, debe compensar a quienes fueron agraviados.

Si concurren estos cuatro elementos, es como si la viga o columna del edificio moral de la comunidad que fue removida por el crimen, socavando toda su estructura, fuese restaurada por el mismo perpetrador.

En Chile se tuvo en cuenta hasta qué punto era apropiado y viable usar las medidas de castigo, así como las de reconciliación, como herramientas para avanzar en el objetivo de la reconstrucción moral de la nación. La piedra angular de esta política fue revelar la verdad sobre los crímenes cometidos en el pasado. Es así como la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por el Presidente Aylwin, y de la cual fui miembro, dio a conocer la verdad acerca de las violaciones que hasta entonces habían sido negadas, específicamente las desapariciones y los asesinatos políticos⁶. Hoy en día en Chile no hay discrepancias, entre personas razonables, sobre si hubo o no desapariciones. Esto no fue así en el pasado, cuando la sociedad chilena estaba muy dividida en relación con los hechos fundamentales de su historia más reciente. En la actualidad, las conclusiones de la Comisión son ampliamente aceptadas como verdaderas, por parte de todos los partidos políticos y sectores sociales de peso en el país. Las únicas instituciones que rechazan el informe son el Ejército, representado

⁵ Véase por ejemplo, Diane Orentlicher, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal* 100 (1991): 2537.

⁶ La Comisión de Verdad y Reconciliación fue creada por decreto presidencial el 25 de abril de 1990. Estuvo compuesta por ocho miembros, incluyendo activistas de derechos humanos y juristas conectados con la derecha y el régimen militar. El mandato de la Comisión era "establecer un cuadro lo más completo posible sobre los graves hechos referidos (cometidos entre 1973 y 1989), sus antecedentes y circunstancias" y "reunir antecedentes que permitan identificar a sus víctimas y establecer su suerte o paradero". El informe reportó 2.025 casos de víctimas fatales de violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado; 90 víctimas fatales por cuenta de grupos violentos de oposición, y 164 casos involucrando violencia política que no pudieron ser atribuidos a ningún grupo. Véase José Zalaquett, "Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: the Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations", *Hastings Law Journal* 43 (1992): 1425; Jorge Mera, "Chile: Truth and Justice under the Democratic Government" en Roht-Arriaza, *Impunity*, 171.

por Pinochet, y la Marina, aunque esta última ha tenido un ligero cambio de actitud desde entonces. Incluso la Fuerza Aérea y Carabineros han reconocido de manera indirecta la validez del informe. No sólo dimos cuenta detallada de los casos investigados, sino que además diseñamos un mecanismo para que los casos aún pendientes pudiesen ser investigados por un organismo que sucediera a la Comisión cuyo mandato continúa hasta 1995.

No fue posible realizar un recuento individual de casos de tortura; tuvimos que referirnos a ella como un fenómeno general, en vez de caso a caso. Como explicamos en el informe, se estima que la mitad de las personas que fueron encarceladas por al menos veinticuatro horas, fueron torturadas o maltratadas, lo que se traduce en unos cien mil reclamos potenciales. Se trataba de crímenes cometidos quince o dieciséis años antes, y en la mayoría de los casos no habían quedado rastros. Un recuento individual, particularmente en lo que a compensación se refiere, hubiese sido imposible de manejar.

En relación con indemnizaciones por parte del Estado, también fuimos capaces de lograr avances considerables. Por ejemplo, se aprobó por ley el otorgamiento de pensiones, calculadas sobre la base del ingreso promedio de una familia chilena, para todas las familias de las personas asesinadas o desaparecidas, así como becas para sus hijos. También se recomendaron algunas modificaciones legislativas y, aunque no todas se han implementado, muchas sí lo han sido. Hay una nueva ley sobre violencia contra la mujer y beneficios de salud para sobrevivientes de actos de tortura, además de la creación de un organismo sucesor de la Comisión para encontrar los restos de los desaparecidos⁷. El éxito del gobierno en el impulso de ciertas reformas contribuyó a crear la opinión de que había asumido con seriedad el trabajo de la Comisión.

También se prestó mucha atención a la idea de reconocimiento de culpas. Aún cuando el propio Aylwin se opuso al gobierno militar y ciertamente no tuvo relación alguna con la represión que se perpetró, al hacer público el informe de la Comisión a través de una cadena nacional de televisión, pidió perdón en nombre del Estado chileno por los crímenes cometidos. Luego envió una copia del informe a todos los familiares de las víctimas, acompañado por una carta personal. En general, el Presidente Aylwin decidió revestir todo este proceso de un apropiado ritual. Ceremonias televisadas con cobertura nacional marcaron el establecimiento de la Comisión, la entrega del informe, y la comunicación de los resultados. Después de eso el informe fue noticia diaria en los periódicos, fue publicado in extenso en suplementos de estos mismos medios, y apareció también en forma de libro. Sin embargo, cuatro semanas después de su entrega, el asesinato de un senador de derecha lo sacó de las noticias de primera página, aunque hubiera dejado de estar en los titulares tarde o temprano. Hubo mucha difusión y debate sobre el informe a nivel de la comunidad: en iglesias, en encuentros anuales de asociaciones de profesionales, en las universidades y en otras instancias similares.

Adicionalmente, se otorgó gran atención a la importancia de los símbolos. En el cementerio se construyó un monumento con el nombre de todos los que fueron asesinados, llegando a ser este sitio un lugar de peregrinaje, lleno de ofrendas florales, algo semejante a lo que ocurre con el Vietnam Memorial, erigido en Washington DC. Asimismo, se está construyendo un "Parque por la Paz" en conmemoración de aquellos que murieron. También

⁷ Las recomendaciones de la Comisión con respecto al tema de las reparaciones llevó a la creación de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, que estuvo a cargo de los programas de otorgamiento de beneficios a las familias de las víctimas así como de continuar con las investigaciones sobre el paradero de los desaparecidos. Ley 19.123 (8 de febrero de 1992).

propusimos otras medidas de carácter simbólico, no todas las cuales se llevaron a cabo, aunque se hizo bastante.

Para recapitular, después de un importante derrumbe del orden moral existente, éste debe ser reconstruido. Asumiendo que el proceso es genuino, se debe buscar un alto grado de perdón y magnanimidad. El proceso es genuino si las personas dicen la verdad, si la reconocen, y luego expresan arrepentimiento y reparan el daño provocado. Después de realizar estos pasos, las comunidades o sectores sociales que se han agraviado entre sí, sea en una guerra civil u otras graves situaciones, pueden reconciliarse y continuar viviendo como una misma nación. Esa es la teoría.

Sin embargo, los crímenes contra la humanidad no caben dentro de esta teoría. La Segunda Guerra Mundial, y la conciencia sobre lo que la enormidad de los crímenes contra la humanidad puede significar⁸, trajeron consigo un cambio cualitativo: transformaron el antiguo debate sobre si la retribución o la disuasión deben servir de justificación a las penas, trascendiendo ambos conceptos. Por una parte, nadie que yo conozca que adhiera a la idea de una justificación de la pena basada en la prevención (yo me inclino más por esta idea), acepta el argumento de que si es útil para la sociedad perdonar a alguien que ha cometido un crimen en contra de la humanidad, éste debe ser perdonado. No hay elección posible cuando se trata de crímenes contra la humanidad; no hay necesidad de calcular si el castigo puede, en los hechos, cumplir un papel preventivo o no, porque en estos casos se presume que la punición de tales crímenes es una actuación preventiva indispensable. Esto fue cincelado sobre mármol, grabado en la conciencia de la humanidad, después de la Segunda Guerra Mundial. Por otra parte, aquellos partidarios de las teorías retributivas del castigo, no exigen que todos los involucrados, a cualquier nivel, en la comisión o en la instigación a cometer un crimen contra la humanidad, reciban su justo castigo. En algunos casos, la sola cantidad de personas que debieran ser castigadas haría imposible semejante tarea. Así que estas justificaciones - retribución, disuasión - no se aplican bien a crímenes contra la humanidad. Estos delitos también constituyen una excepción a una teoría más general sobre el perdón, porque hay un compromiso formal por parte de la comunidad de naciones, que exige que los crímenes contra la humanidad sean castigados.

Esta observación nos remonta al caso de Sudáfrica. ¿Cometió el régimen sudafricano crímenes contra la humanidad? El *apartheid* fue declarado como un crimen contra la humanidad bajo el derecho internacional. Conceptualmente, conferir a un sistema - en vez de a actos u omisiones específicas - el calificativo de crimen, puede tener un importante significado simbólico pero da lugar a serios problemas de carácter legal y práctico. Así, la comunidad sudafricana no está demandando que todo aquel involucrado en la práctica del

⁸ El Estatuto del Tribunal de Nuremberg define crímenes contra la humanidad como: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, u otras acciones inhumanas cometidas contra una población civil, antes de o durante una guerra; y la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos durante la ejecución o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación a la legislación propia del país donde hubieran sido perpetrados. Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres para el Procesamiento y Castigo de los principales Criminales Guerra del Eje Europeo, del 8 de agosto de 1945, artículo 6(c), 59 Stat. 1544, 47, EAS No. 472, 82 UNTS 279, 288.

Así, esos crímenes necesitan al mismo tiempo una víctima colectiva (población civil) y algún elemento de acción estatal en alguno de los aspectos específicos. Sin embargo, no requieren, de acuerdo con muchos académicos, un vínculo con la guerra. Véase por ejemplo, Roger Clark, "Codification of the Principles of the Nuremberg Trial and the Subsequent Development of International Law", en *The Nuremberg Trial and International Law*, George Ginsburg and V.N. Kudriavtsev, eds. (Dordrecht y Boston: M. Nijhoff, 1990), 195-97.

apartheid o que haya apoyado sus políticas - desde quienes diseñaron el sistema, hasta cualquier persona con poder de decisión en la policía o en el gobierno - sea juzgado por crímenes contra la humanidad. Sería imposible, y no tendría sentido alguno.

Por el contrario, los sudafricanos se han concentrado en los actos que el sistema legal del *apartheid* mismo consideró como crímenes: asesinatos de personas detenidas, asesinatos en el extranjero, y así sucesivamente. Éstos pueden no ser considerados crímenes contra la humanidad, pero de hecho son crímenes atroces. Con todo, no están fuera del alcance de las medidas de perdón. El gobierno procura que se reconozcan esos crímenes por parte de sus perpetradores, y no se ofrecerá amnistía, a menos que los responsables digan toda la verdad sobre ellos. Se está buscando que se responsabilicen individualmente de estas acciones y que reconozcan que efectivamente cometieron un crimen. Por ejemplo, quieren que se admita que Steven Biko no se cayó en el suelo de su celda y murió como consecuencia de un golpe en la cabeza⁹. Se procura obtener un reconocimiento individual sólo acerca de los crímenes cometidos bajo ocultamiento, porque los otros – los que consistían en mantener y sostener el sistema de *apartheid* - fueron cometidos abiertamente. Todos saben que la policía arrestaba a cualquiera que anduviese tomado de la mano con una persona de diferente color. Eso se sabe, así que el problema no es conocer lo ocurrido sino que se declare que esa conducta estuvo incorrecta.

En cuanto al *apartheid* mismo, que fue en realidad la gran perversión sobre la que se basó todo el orden inmoral, se pide un mayor reconocimiento. Como mínimo se espera que el Partido Nacional (National Party) - el partido del *apartheid* - declare públicamente que no es que el *apartheid* haya perdurado más allá de su utilidad, sino que fue maligno desde sus comienzos. Aquí no estamos en el ámbito del castigo; estamos en el ámbito del discurso moral, la reconstrucción y el desagravio. Si la minoría blanca no reconoce públicamente la inmoralidad del *apartheid*, nunca va a haber una sensación completa de superación del pasado. Lo tiene que decir.

Naomi Roht-Arriaza: Hay dos maneras de ver el asunto del desagravio o de la aceptación. Una es el reconocimiento sincero y de corazón de que se actuó mal, que se estaba cometiendo un error al pensar que las acciones estaban justificadas, etc. Pero es posible interpretar la propuesta de Sudáfrica en el sentido de que incluye la posibilidad de otorgar la amnistía como parte de la labor de la Comisión de Verdad, simplemente como una estrategia muy práctica de establecer un trato, un intercambio de información por inmunidad. Bajo este acuerdo, la Comisión de Verdad de Sudáfrica atenderá solicitudes de amnistía de los miembros de la policía, fuerzas armadas o fuerzas liberadoras que se acerquen para dar detalles acerca de los crímenes respecto de los cuales están demandando la amnistía. Después se harán públicos los crímenes que fueron amnistiados así como los nombres de quienes recibieron la amnistía¹⁰. Pero este tipo de negociación no tiene la misma calidad moral que sí tiene lo que usted ha

⁹ Steven Biko, líder del Movimiento Conciencia Negra, fue arrestado y asesinado en su celda en 1976. Su muerte se convirtió en un símbolo internacional de la brutalidad de la policía sudafricana.

¹⁰ El Parlamento Sudafricano aprobó la ley autorizando la creación de una Comisión de Verdad y Reconciliación el día 17 de mayo de 1995. La Comisión se compone de diecisiete miembros nombrados por el Presidente luego de un acuerdo con los partidos políticos. Deberá preparar un informe sobre violaciones a los derechos humanos en el pasado, otorgar reparación a las víctimas o sus sobrevivientes, y decretar amnistías individuales por crímenes políticos cometidos antes del 6 de diciembre de 1993. La fecha límite resultó ser anterior a aquella deseada por algunos partidos de derecha. La Comisión ha realizado cientos de audiencias a lo largo de toda Sudáfrica. Véase Jeremy Sarkin, "The Trial and Tribulation of South Africa's Truth and Reconciliation Commission", *South African Journal on Human Rights* (1996):617.

venido diciendo.

José Zalaquett: No, claro que no. Pero aún si una persona da un paso adelante y admite un crimen, declara que está arrepentida y pide ser perdonada, no hay forma que la ley, las instituciones administrativas o el público puedan mirar dentro del alma de esa persona y descubrir si su arrepentimiento es genuino. Puede ser que el perpetrador haya adquirido un sentido moral por sí mismo y se haya convertido, o que no lo haya hecho, pero se ha resignado a demostrar con evidencia externa que sí lo ha adquirido. La sociedad, la ley, y el proceso de reconciliación deben conformarse con ello, porque al menos ha habido una expresión pública de arrepentimiento. Según esa lógica, el castigo es el mecanismo que la comunidad utiliza para someter la rebeldía o el deliberado desprecio de un perpetrador que no está dispuesto a restablecer por sí mismo los valores que fueron violados. Es así como al mismo tiempo que uno demanda el arrepentimiento voluntario por parte del perpetrador, puede también torcerle el brazo, si es necesario, para doblegar su contumacia, amenazándolo con negar la amnistía si persiste en su terquedad. ¡La naturaleza de la realidad es muy impura en todas partes! Pero ese es el camino por donde tenemos que transitar.

Esto es un ejercicio de optimización. Puede verse de manera fría y calculadora, como cuando se maximizan ganancias. Pero en política y acá cito a mi muy querido Max Weber, la “ética de la responsabilidad” es el único enfoque posible. Nunca se debe insultar a Weber interpretando su frase como una justificación del retardo, la negligencia o la cobardía. Él fue un hombre de mucho coraje y, asimismo, exige coraje a los demás. Uno siempre debe estar consciente de las consecuencias de sus propias acciones, porque con una mera retórica de lo justo o lo correcto, puede terminar dejando a su pueblo y nación en peores condiciones que como estaba en un comienzo. Es necesario reconocer las limitaciones, pero no se debe creer que éstas son inmutables. Las situaciones siempre son elásticas, flexibles, dinámicas. Nunca sabemos que va a pasar mañana. Pero aun así, hay límites. Si no se reconocen, es como no aceptar las leyes de gravedad; uno puede terminar estrellando el avión.

En Chile, comenzar por revelar la verdad sobre el pasado abrió las puertas a más posibilidades de enjuiciamientos. Este asunto de la optimización fue debatido muy seriamente. Cuando el gobierno de Aylwin asumió el poder, había limitaciones en cuanto a lo que se podía hacer en el área de la justicia criminal. La ley de amnistía cubría los crímenes cometidos entre 1973 y 1978, incluyendo algunos, como las desapariciones, que pueden ser considerados como crímenes contra la humanidad. Este era el problema con la ley de amnistía, porque de acuerdo al Derecho Internacional los crímenes contra la humanidad no pueden ser amnistiados¹¹. Pero la amnistía era también ilegítima incluso para otros crímenes, porque era auto-impuesta, y las amnistías diseñadas para perdonar a aquellos que las imponen contrarían el principio legal que dicta que nadie puede beneficiarse de su propia mala fe¹².

Si bien las amnistías pueden ser legítimas, las auto-impuestas no lo son. Para ser legítimas deben ser aprobadas a través de mecanismos que expresen la voluntad de la población: a través del Congreso o Parlamento, o a través de un referendo. En casos excepcionales, el deseo de la nación puede expresarse de manera implícita mediante su comportamiento, como sucedió en España y en Brasil¹³. El otorgamiento de amnistías puede

¹¹ Véase Orentlicher, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute in International Law”, 2537, 2588-96; Roht-Arriaza, *Impunity*, 57-62.

¹² Véase Roht-Arriaza, *Impunity*, 57-58.

¹³ Véase Zalaquett, “Balancing Ethical Imperatives”, y Zalaquett, “Confronting Human Rights Violations

ser también un problema cuando los crímenes fueron cometidos contra una minoría, y la mayoría aprueba la amnistía mediante un referendo. Así por ejemplo, una amnistía auto-impuesta y aprobada por una mayoría de iraquíes por los crímenes cometidos contra los kurdos sería completamente ilegítima. La amnistía debe ser aprobada por las comunidades que tienen que vivir con las consecuencias de dicha decisión; deben reflejar la voluntad de un pueblo para superar el pasado. Finalmente, las amnistías deben ser aprobadas tras un pleno conocimiento de la verdad. La amnistía auto-impuesta en Chile fue diseñada para ocultar la verdad en vez de revelarla.

Aun cuando la amnistía en Chile era problemática por todas estas razones, no podía ser derogada porque no teníamos los votos suficientes en el Congreso. El gobierno pudo haberlo intentado, pero era consciente de que ante un fracaso, que era seguro, se debilitaría su posición política, impidiendo el desarrollo de otras iniciativas. Perseguir o no una derrota testimonial se transformó en una cuestión que debía ser manejada con tacto y prudencia política. El Presidente Aylwin decidió que no debía jugar con respecto a este asunto, y que una derrota en el Congreso hubiera debilitado su capacidad para lograr otras cosas.

Otra opción, que yo apoyaba pero que no se llevó a cabo, era que el Congreso aprobara una especie de resolución declarando que la amnistía era ilegítima. Aun cuando hubiera carecido de fuerza legal, semejante declaración habría dejado establecido una importante cuestión de principios. Aylwin decidió otro curso de acción. Envió el informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación a la Corte Suprema de Chile con una carta oficial indicando que él creía que la amnistía no debía impedir a los tribunales investigar qué había sucedido en los casos mencionados por el informe.

Actualmente, los jueces pueden continuar investigando esos casos, porque todo lo que se conoce es que algunas personas fueron detenidas, pero no se sabe con certeza si fueron posteriormente asesinadas y cuándo. Si fueron asesinadas durante el período de la amnistía, como efectivamente sucedió con la mayoría de las víctimas, entonces los autores podrían ser amnistiados. Pero si las víctimas continuaron detenidas después de ese período y fueron asesinadas más tarde, esos crímenes no serían cubiertos por la amnistía. Las investigaciones y citaciones de testigos a declarar tienen que continuar hasta que los jueces puedan establecer las circunstancias de las detenciones u homicidios. Si los soldados u oficiales admiten que cometieron un homicidio, podrían ser amnistiados, supuesto que el hecho haya sido perpetrado durante el período establecido. Pero los militares querían ambas cosas: ni castigo ni pasar por la vergüenza de reconocer su responsabilidad.

Se ha sometido a proceso un número de casos que no calzaban dentro de los plazos de la amnistía. Además, en aquéllos que sí caían dentro de esos plazos, se han continuado las investigaciones y se ha llamado a muchos militares a prestar declaraciones. Pienso que esto se debió en gran parte a la decisión de empezar el proceso procurando revelar la verdad. La lógica era que si se comenzaba exponiendo toda la verdad, con el tiempo se crearía un ambiente que haría posible que hubiera más acción de la justicia. Eso es lo que pasó en algunos casos¹⁴, incluyendo las condenas al General Contreras, jefe de la policía secreta entre

Committed by Former Governments: Applicable Principles and Political Constraints,” *Hamline Law Review* 13 (1990): 623.

¹⁴ Éstos incluyen el caso *Degollados*, un caso que involucró el secuestro, tortura y asesinato en 1985 de tres miembros del Partido Comunista cuyos cuerpos fueron encontrados a las afueras de Santiago, degollados. Tres ex oficiales de la policía fueron condenados a cadena perpetua, y otros tres recibieron penas más cortas por los

1973 y 1977, y su segundo al mando, por la autoría intelectual del asesinato del ex ministro de relaciones exteriores, Orlando Letelier y una colega suya¹⁵.

En varios casos hubo un surgimiento de celo judicial, debido en parte a que algunos jueces cambiaron su forma de ver las cosas, pero también a causa de que otros entendieron que su futura carrera profesional dependía de nominaciones del gobierno democrático. Asimismo, en la Corte Suprema, el número de personas nombradas por el gobierno civil se ha incrementado luego de la jubilación o fallecimiento de algunos de los jueces. Sin embargo, durante el régimen militar la mayoría de la Corte Suprema se inclinó hacia la inacción judicial y la complicidad y no va a estar muy dispuesta a reinterpretar la ley de amnistía¹⁶.

Finalmente, en mayo de 1994, a menos de un año de que el gobierno de Aylwin llegara a su término, algunos jueces citaron a militares a testificar en casos sobre hechos anteriores a 1977, período cubierto por la amnistía. Esto molestó mucho a los militares, quienes en señal de protesta hicieron un despliegue de fuerza frente al palacio presidencial vestidos con uniforme de campaña, lo cual fue reportado por los periodistas de manera exagerada y alarmante. El Presidente Aylwin no estaba en el país y algunos de los ministros comenzaron a sugerir que las investigaciones debían restringirse. Esto hubiera echado por tierra la base moral de las políticas de Aylwin. Lo más importante era plantear una política que fuese viable, aún cuando fuera menos ambiciosa de lo que muchos hubiesen deseado; y luego mantener dicha posición a fin de ofrecer sostenibilidad, continuidad y dejar en una posición fuerte al próximo gobierno. Puede haber sido una política imperfecta, pero era importante que Aylwin no se echara para atrás ni rompiera sus promesas.

Hacia el final de su mandato, el Presidente Aylwin ofreció una solución. Propuso algunas reformas legales para acelerar las investigaciones a cambio de que los militares, como institución, reconocieran que habían asesinado a las personas que estaban desaparecidas, además de dar información sobre el paradero de sus restos. Esto habría puesto fin a las investigaciones, pero el reconocimiento de responsabilidad y la obtención de información respecto del paradero de los cuerpos, hubiera traído cierto alivio a los familiares de las víctimas. Sin embargo, los militares nunca se allanaron a aceptar una oferta de cierre, en esos términos¹⁷.

asesinatos. Véase “Chile Court Raises Cut-throat Sentences to Life”, *Reuters*, 30 de septiembre de 1994. En 1986 se presentó otro caso, *Quemados*, en el que dos jóvenes fueron empapados en gasolina e incinerados a manos de soldados. Uno sobrevivió. Eventualmente los soldados fueron condenados aunque la Corte tuvo dudas en cuanto a si hubo malicia o más bien negligencia grave.

¹⁵ Orlando Letelier y su colega, Ronni Moffit, fueron asesinados en 1976 con un carro bomba en Washington DC. Después que los Estados Unidos amenazaran con interrumpir toda ayuda a Chile, el caso Letelier fue exceptuado de la ley de amnistía. Ver Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 128 (1978). OEA/ser. L/V/II.47, doc. 13 rev. 1 (1979). Estados Unidos ejerció presión para que se enjuiciara a los responsables y se compensara a las familias de las víctimas. En 1992 el gobierno chileno aceptó pagar \$2.6 millones en compensación a las familias. Véase Bárbara Crossette, “\$2.6 Million Awarded Families in Letelier Case”, *New York Times*, 13 de enero de 1992, p.A11. El 12 de noviembre de 1993, el juez Bañados, de la Corte Suprema de Chile, dictó sentencia en contra de Contreras y del Brigadier General Pedro Espinoza por siete y seis años respectivamente. Don Podesta, “Two Generals Convicted in Killings of Letelier; Chileans to be Jailed for Washington Murder,” *Washington Post*, 13 de noviembre de 1993, p. A19.

¹⁶ En 1990, la Corte Suprema chilena confirmó la ley de amnistía aún en contra de los argumentos presentados por las leyes nacionales e internacionales. Caso *Insunza Bascuñán*, 24 de agosto de 1990. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 87, No. 2 (Mayo-Agosto, 1990): 64-86.

¹⁷ En mayo de 1995, por primera vez en la historia reciente de América Latina, un general argentino admitió que las Fuerzas Armadas estuvieron equivocadas al participar en actos de tortura, muerte y desaparición de treinta mil prisioneros políticos durante la “guerra sucia” en ese país. El General Martín Balza declaró en televisión

Naomi Roht-Arriaza: ¿Cómo habría funcionado ese reconocimiento y por qué habría sido importante? Dado que el Ejército nunca ha reconocido que hicieron mal y de hecho continúan insistiendo que sus acciones estaban completamente justificadas, este reconocimiento no habría sido una forma sincera de aceptación y reparación. Se habría estado imponiendo un reconocimiento falso.

José Zalaquett: El reconocimiento es un elemento clave en el proceso de reconstrucción moral. Y, sí, se están imponiendo valores cuando se obliga a las personas a actuar públicamente de cierta manera. Por ejemplo, si el Ejército chileno hubiera reconocido sus crímenes, el vocero de la institución habría aparecido para anunciar que tenía algo que leer a la prensa. Probablemente, habría señalado que el Ejército salvó a la nación del comunismo añadiendo que para tal logro se usaron métodos inaceptables. Habría leído algo así como: “El Ejército cree que nunca debió haber hecho estas cosas”. El vocero probablemente habría dicho todo esto muy a pesar suyo. Su reconocimiento no habría sido necesariamente sincero, sino algo impuesto. Pero en el proceso de reconstrucción moral, el reconocimiento institucional por parte del Ejército habría sido mucho más importante que el castigo de diez o quince oficiales de entre cientos de ellos, pues los soldados condenados habrían salido libres más temprano que tarde y no necesariamente arrepentidos. Pero el Ejército nunca eligió el camino del reconocimiento de su responsabilidad.

Idealmente, los autores de crímenes deben entender y aceptar el código moral bajo el cual están siendo condenados. Este ideal surge de la teoría del perdón, pero muy pocas veces sucede en la práctica. Hay muchas instituciones, en la ley y en la moral, que se basan en un ideal aunque en los hechos rara vez se cumpla. Todo el mundo viola los mandamientos que Moisés trajo del Monte Sinaí cuatro mil años atrás, y aún así insistimos en ellos como un estándar moral. Esa es una tensión importante. Muchas personas se pasan los semáforos en rojo, pero no por ello se deroga la ley de tránsito.

En Chile es importante partir de la teoría de la reconstrucción de valores. Los cimientos mismos del orden legal fueron rotos o resquebrajados. Esos cimientos debían ser restaurados y ello se podía realizar de diferentes maneras. Algunos actores políticos o sociales podrán experimentar un genuino cambio de actitud y de manera sincera declararán su adhesión a los valores que previamente transgredieron o cuya violación permitieron. Otros, quizás sin sinceridad, se acomodarán al cambio de clima político admitiendo que actuaron mal. Incluso, habrá otros líderes políticos y militares que nunca admitirán la gravedad de sus actos y, al respecto, se debe hacer serios esfuerzos para doblegar su contumacia.

Naomi Roht-Arriaza: Pero ¿no lo lleva eso de nuevo al tema del castigo?

José Zalaquett: O al de reconocer responsabilidades, aún si es algo impuesto políticamente. En el proceso de reconstrucción moral que se está discutiendo, el castigo tiene menos importancia. Es importante, sí, pero reconocer las responsabilidades lo es más. A veces se puede amenazar con castigo para obtener el reconocimiento. Si los actores admiten lo que

nacional que “el fin no justifica los medios” y que los militares no pueden ser excusados con la justificación de haber actuado bajo órdenes. Formuló estas declaraciones después de meses de revelaciones donde oficiales de bajo rango confesaron haber arrojado prisioneros desde aviones. Véase Isabel Vincent, “The Military Murderers of Latin America”, *San Francisco Examiner*, 19 de mayo de 1995, p. A23.

sucedió y reconocen su papel dentro del proceso, entonces uno está más preparado para perdonar.

En este contexto el castigo es un instrumento importante. Yo solía sostener que en estos casos de transición política había dos objetivos paralelos: reparar violaciones pasadas y prevenir posibles violaciones futuras. Pero el objetivo general, que abarca ambos, es esta teoría más completa sobre la reconstrucción moral que he esbozado. Ésta incluye elementos como la revelación de la verdad, la exposición pública de responsabilidades, la construcción de instituciones democráticas y el castigo, pero también el otorgamiento de perdón, en la medida que éste sea legítimo.

Naomi Roht-Arriaza: En la medida que nos hemos ocupado del tema de la reconstrucción moral, estamos hablando de razones para el castigo, el reconocimiento de responsabilidades y la generación de sentimientos de vergüenza que no son instrumentales, preventivos ni utilitarios. Tampoco dan pasos hacia atrás en el sentido retributivo. Son más bien una cuestión de cómo la sociedad construye una idea común de lo que está bien. Pero yo quiero volver al problema de la relatividad moral en la construcción de valores comunes. Las personas con las que usted está tratando de reconstruir el orden moral no comparten sus ideas. Tienen un conjunto de valores completamente diferentes y hasta donde su conciencia les alcanza, ellos salvaron a la nación de la escoria del comunismo, y se sienten muy bien al respecto. Ellos no aceptan que sus valores necesitan ser reconstruidos, y tienen una versión muy particular de la historia. ¿Cómo cerrar esa brecha?

José Zalaquett: Realmente es muy difícil en términos prácticos. Yo no creo que los criminales son irredimibles – puede haber algunos que lo sean - pero la evidencia empírica demuestra que no es frecuente que las personas confiesen sus culpas de manera espontánea. Sin embargo, los criminales que no se han arrepentido no son los únicos responsables. Hay muchas personas que los apoyaron, que creyeron en ellos, y hubo todo un sistema detrás de cada individuo que cometió un crimen que hizo posible la profunda ruptura que se produjo en la sociedad.

Ahora bien, toda sociedad percibe y absorbe ciertas normas morales. Algunas de ellas llegan a ser plasmadas en los textos de constituciones o leyes. Pero hay otras que no constan por escrito sino que son moldeadas por actos que pueden llegar a tener un valor sacramental. Acciones como reconocimientos públicos que tienen este tipo de valor simbólico y sacramental, pueden quedar grabadas indeleblemente en la memoria moral de la sociedad y tener un efecto de largo plazo. Esa era la razón, por ejemplo, de por qué era tan importante que el informe de la Comisión de Verdad de Chile fuera presentado de esa manera sacramental, para que quedara grabado en los anales de la nación y en la memoria colectiva.

Concentrarse en este impacto sobre los valores garantiza que ellos sean traspasados a la siguiente generación. Imagínese un cadete entrando a la Academia Militar en Chile dentro de 15 años. Si no se da hoy el proceso de reconocimiento y arrepentimiento, este joven se encontrará frente a dos conjuntos de valores morales de los cuales extrae mensajes confusos y contradictorios entre sí. Por una parte, el honor militar y las Convenciones de Ginebra dictan que nunca se debe matar a los prisioneros. Pero por otra parte, está el mensaje de que en casos extremos, cuando se tiene que salvar una nación, es lícito lo que sea necesario para lograr ese fin. La existencia de estos dos mensajes contradictorios presenta un enorme riesgo hacia el futuro y ello sólo puede ser evitado si se los reemplaza, desde ahora, con un mensaje

claro, sin ambigüedades, sobre lo que está bien y lo que está mal. Eso es mucho más importante que enviar a algunos o unos cientos de soldados a la cárcel.

Pero estamos enfrentando un dilema. Nuestro instinto como abogados y activistas de derechos humanos nos dice que hay que castigar a los criminales. Pero también advertimos, luego de reflexionar, que hay otras facetas y que estos dilemas se remontan a tiempos inmemoriales. Lo importante, entonces, es hacer las cosas bien y no simplemente sentirse moralmente superior. Es muy difícil hacer las cosas realmente bien en este campo, porque estamos aplicando conceptos muy complejos sobre situaciones de transición relativamente nuevas.

Cuando estamos trabajando para enviar una señal de carácter moral, es importante abordar debidamente lo referente al castigo, lo que no siempre es fácil. En la medida en que en una determinada situación sea importante considerar juicios y castigos (y tomando en cuenta las restricciones existentes con respecto a las posibilidades prácticas de que el castigo sea llevado a cabo) hay que hacer esfuerzos para asegurar que ante todo sea posible el enjuiciamiento de los crímenes más graves y de sus principales responsables¹⁸.

En la práctica las cosas no siempre funcionan de esta manera, y los resultados pueden ser poco deseables. Por ejemplo, en Chile es posible que se castigue a oficiales de rango medio, pero no llegue a castigarse a Contreras, ex jefe de la policía secreta, si la Corte Suprema revocare la condena que le fue impuesta¹⁹. A la vez, Contreras podría ser castigado, pero el General Pinochet, jefe del Ejército, puede seguir ahí, impune. En Japón, por ejemplo, Hirohito permaneció como Emperador por consideraciones políticas de los aliados. En Sudáfrica surgió el mismo problema. En ese país, la policía y los oficiales militares estaban recibiendo órdenes de ministros y siguiendo políticas del gobierno; no actuaron por su cuenta y riesgo. Ellos han dejado en claro que no están dispuestos a ser los chivos expiatorios de los políticos blancos.

Naomi Roht-Arriaza: Otros ejemplos se vienen a la mente. En la antigua Yugoslavia, el peligro es que nadie condena al “pez gordo”, bien sea porque están en Ginebra negociando bajo el auspicio de estados poderosos, o porque el Tribunal de las Naciones Unidas establecido para enjuiciar a las personas responsables de genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad²⁰ no los tiene bajo su jurisdicción porque los estados involucrados no quieren entregar a sus acusados. Por el contrario, los niveles medios son más asequibles porque, por ejemplo, han huído a Alemania y allá fueron detenidos. Otro ejemplo

¹⁸ Véase Jaime Malamud-Goti, “Punishment and a Rights-Based Democracy”, *Criminal Justice Ethics* (summer/fall 1991):7.

¹⁹ El 30 de mayo de 1995 la Corte Suprema chilena confirmó unánimemente las condenas del General Contreras y su segundo, aunque una semana después redujeron las sentencias en aproximadamente un año para compensar por el tiempo que ya habían estado detenidos. El General Contreras juró no ir a prisión (ver “Chile Cuts Former Secret Police Chief's Sentence”, *Reuters*, 7 de junio de 1995) y sólo se entregó en octubre, después que el gobierno civil construyó una prisión especial para él, incrementaron los salarios militares, y fijó una fecha de corte para casi todos los juicios por derechos humanos que aún faltaban por hacerse. “Forward Strides in Chile: President Frei, After Jailing Notorious General, Is Pushing for Reforms”, *Los Angeles Times*, 26 de octubre de 1995, p.B8.

²⁰ El Tribunal de las Naciones Unidas sobre Crímenes Cometidos en el Territorio de la Ex Yugoslavia fue creado mediante la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad. Su jurisdicción se extiende a todos aquellos acusados de haber cometido crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y/o genocidio en ese territorio desde 1991. En 1994, la jurisdicción del tribunal fue extendida al genocidio y crímenes relacionados, cometidos en Ruanda en 1994.

es el contraste entre el juicio abortado a Eric Honecker, ex Jefe de Estado de la República Democrática Alemana, y las condenas a los guardias de frontera por disparar a las personas que trataban de saltar el Muro de Berlín. Los guardias no tenían nada que ver en el diseño de la política de “tirar a matar”, pero fueron sentenciados a cárcel por llevarla a cabo²¹. ¿Es posible evitar esta clase de injusticias cuando uno se enfrenta a este tipo de crímenes?

José Zalaquett: Los casos que usted menciona presentan una importante cuestión moral: el castigo exige que consideremos si, mediante él, estamos incurriendo en una inmoralidad mayor al crear chivos expiatorios. El nuevo gobierno puede no estar en situación de perseguir a todos los peces gordos, porque las limitaciones a los enjuiciamientos fueron impuestas por ellos mismos, y sólo podrá perseguir legalmente a los que puede de acuerdo con las facultades legales y la capacidad de investigación con que cuenta. Uno trabaja dentro de las limitaciones que lo afectan y los resultados pueden ser fragmentarios y sin importancia cuantitativa, pero dentro de esas limitaciones uno honestamente debe enjuiciar a todos, empezando por los crímenes más serios y las personas de más alto nivel. Puede ser inevitable, en tales casos, que las condenas logradas no abarquen a todos los responsables sino sólo algunos casos ejemplares; incluso pueden ser algo aleatorias. Pero esto no quiere decir que sea legítima una política deliberada de perseguir sólo a los peces pequeños. Es inaceptable concentrarse intencionalmente sólo en subordinados y chivos expiatorios simplemente para demostrar que algo se hizo, al mismo tiempo que se guardan las apariencias con el pez gordo para después dejarlo libre.

Naomi Roht-Arriaza: ¿Es posible que el problema sea la forma en que se aplica la ley en estos casos? Algunas veces las leyes son un instrumento inapropiado para generar un cambio o para enseñar valores morales. ¿No deberíamos más bien estar escribiendo obras de teatro, o haciendo arte o usando otros medios para apoderarnos e influenciar la imaginación colectiva de manera más directa?

José Zalaquett: No, eso es tarea de los artistas y dramaturgos. El derecho es un instrumento para algo que se debe hacer no sólo en el teatro sino en el *ágora*, el lugar donde los ciudadanos se reúnen. Usted necesita todas esas otras cosas, pero hay algo que se debe hacer también en el templo cívico mismo, porque es un asunto que concierne a la comunidad. Por eso es que la gran intuición del Presidente Aylwin, al presentar el informe de la Comisión de Verdad públicamente y en persona, fue darle al acto el valor sacramental a que nos hemos referido. Ese sacramento intangible tuvo mayor efecto en sanar las heridas en Chile que prácticamente cualquier otra medida.

Para concluir con el ejemplo sudafricano que discutíamos anteriormente, la aplicación de esta idea significaría que el propio Presidente Mandela públicamente refrendara la Comisión de Verdad y su Informe, porque esto es algo demasiado grande, es un asunto demasiado central para dejárselo a cualquier otra persona, no importa cuán competente sea. Se necesita el aspecto sacramental que sólo Mandela puede brindar. Ese fue el consejo del Presidente Aylwin al Presidente Mandela.

También se trata de algo que debe hacerse con prontitud. La oportunidad es importante a la hora de declarar cuál será el marco moral de las políticas que se proponen. La resolución de conflictos, los juicios, castigos y todo lo demás puede extenderse por décadas

²¹ Véase Suzanne Walther, “Problems in Blaming and Punishing Individuals for Human Rights Violations: The Example of the Berlin Wall Shootings”, in Roht-Arriaza, *Impunity*, 99.

dentro del marco que se establezca, pero éste debe ser explicitado prontamente. Después de la Segunda Guerra Mundial, una vez que los juicios de Nuremberg definieron el marco de justicia para los crímenes de los nazis, se pudo llevar a cabo otros procesos penales en contra de tales crímenes durante mucho tiempo, a veces hasta cuatro décadas más tarde. Pero si los juicios de Nuremberg no se hubieran comenzado, digamos, sino hasta 1949, su impacto hubiera sido muy diferente. Es importante transmitir a la sociedad la idea de que no hay un asunto más urgente que reconstruir los cimientos morales de la convivencia. Ese es un mensaje fundamental.

International IDEA:
Serie Directrices

Directrices para
determinar la
participación en misiones
internacionales de
observación electoral

International Institute for Democracy and Electoral
Assistance, Stockholm, Sweden, 2002.

Copyright © International Institute for Democracy and
Electoral Assistance.

Precondición de que los observadores puedan retirarse en determinadas circunstancias16

B. Evaluación inicial sobre el carácter probable de las elecciones16

Respeto a los derechos y libertades básicas18

Respeto a la Constitución y la legislación electoral

en el país anfitrión21

Credibilidad de las autoridades electorales del país anfitrión22

Circunstancias que afectan la capacidad para determinar

los factores relevantes para la credibilidad de las elecciones23

Garantía de los derechos de los observadores.....24

C. Consideraciones prácticas al organizar una misión de observación25

Marco temporal suficiente para la planificación25

de los preparativos26

Disponibilidad de la información básica para la planificación26

Disponibilidad de profesionales especializados26

Recursos económicos y otros28

© International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA). 2002

Todos los derechos reservados.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

La autorización para reproducir o traducir total o parcialmente esta publicación deberá dirigirse a:

Publications Office, International IDEA, SE- 103 34 Stockholm, Sweden

International IDEA favorece la divulgación de sus trabajos y responderá a las solicitudes a la mayor brevedad.

AD & Diseño: Holmberg & Holmberg design AB

Pre-press:

Impresión y encuadernación:

Impreso por [to be confirmed]

INDICE

Visión de conjunto7

PRIMERA PARTE - Importancia e implicaciones de la participación en Actividades de observación electoral9

Definición y naturaleza de observación electoral9

Tipos de misiones de observación electoral internacional.....10

Importancia de las directrices sobre la participación en misiones de observación electoral11

SEGUNDA PARTE - Directrices para determinar la participación en la observación electoral14

Introducción14

A. Acuerdo básico con el país anfitrión14

Entrega de una invitación oficial.....14

Apoyo general a la observación por parte de los principales

partidos y grupos políticos15

para que los interesados decidan si toman parte en esfuerzos de observación electoral. Es importante anotar que estas se centran exclusivamente en la observación electoral de carácter *internacional*; su propósito no es orientar a las organizaciones nacionales en cuanto a la observación o vigilancia de contiendas electorales en sus propios países.

3. Además de estas Directrices, Internacional IDEA ha publicado un *Código de conducta para la observación ética y profesional de elecciones*,³ un *Código de conducta para la administración ética y profesional de elecciones*⁴ y un *Código de conducta para partidos políticos en campaña durante elecciones democráticas*.⁵

4. El desarrollo de estas Directrices implicó una labor de recopilación, cotejo, análisis y síntesis de criterios utilizados por diferentes organizaciones involucradas en actividades de observación electoral. Fueron desarrolladas teniendo en cuenta el Código de conducta para la observación ética y profesional de elecciones de Internacional IDEA, y su aplicación supone concretamente la aceptación y puesta en práctica de los valores y principios básicos plasmados en dicho *Código de conducta por parte de quienes*

Cooperación con otras misiones de observadores, incluyendo observadores nacionales	29
Seguridad de los observadores	29
Misiones preliminares de evaluación	30
Lista de verificación	31
Notas	32
Acerca de Internacional IDEA	COVER 3

Visión de conjunto

1. Entre el 10 y el 12 de octubre de 1995 se celebró en Estocolmo una Mesa Redonda sobre Operaciones Internacionales de Observación Electoral, patrocinada conjuntamente por el Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral (International IDEA) y las Naciones Unidas. Los participantes de esta actividad observaron que “la reciente ola de democratización y difusión del pluralismo político por todo el mundo en desarrollo, incluida Europa del Este, ha conllevado un importante aumento en el número de organizaciones que patrocinan misiones de observación electoral”.¹ Concluyeron, *inter alia*, que la identificación de normas y directrices o prerequisites acordados de consenso sobre los esfuerzos internacionales de observación electoral, constituiría una ayuda considerable para las organizaciones al momento de decidir su participación en una contienda en calidad de observadoras, así como argumentar tal decisión ante la autoridad que haga el ofrecimiento. Asimismo, los participantes acordaron dar prioridad, en conjunto con otras actividades, a la formulación de dichas directrices.²

2. Esta publicación busca abordar esa necesidad, identificando las directrices

En esta sección se plantean los criterios a tener en cuenta al momento de decidir si se participa en una misión observadora.

observadora, incluso si abarca sólo la votación y actividades de recuento, dependerá de que –a partir de la información sobre el proceso preelectoral– se considere que existe un ambiente electoral aceptable.

7. La definición y naturaleza de observación electoral se analiza con más detalle en el *Código de conducta para la observación ética y profesional de elecciones* de Internacional IDEA, en el cual se define tal “observación” en los siguientes términos:

“ La recopilación intencional de información relativa a un proceso electoral y la expresión de opiniones fundadas sobre la conducción de dicho proceso con base en la información reunida, por parte de personas que no están inherentemente facultadas para intervenir en el proceso, y cuya participación en actividades de mediación o asistencia técnica no debería comprometer su responsabilidades primordiales de observación.”⁶

Para efectos de las presentes directrices esta será la definición adoptada.

contemplen la posibilidad de participar en actividades de observación electoral internacional.

5. Estas Directrices constan de dos partes:

Primera Parte

Importancia e implicaciones de la participación en actividades de observación electoral

Esta sección comprende: una definición de lo que se entiende por observación electoral; esbozos de diferentes tipos de misiones de observación; y un análisis sobre la importancia de contar con directrices para decidir si se participa en misiones de observación.

Segunda Parte

Directrices sobre la participación en actividades de observación electoral

P R I M E R A P A R T E

Importancia e implicaciones de la participación en misiones de observación electoral

Definición y naturaleza de la observación electoral

6. Los participantes la Mesa Redonda de 1995 sobre Observación Electoral Internacional coincidieron en que la conveniencia de que las evaluaciones llevadas a cabo por grupos de observadores abarquen la totalidad del proceso electoral y no sólo la fase final de la votación. Esto no demandará necesariamente una presencia permanente en el país a lo largo del periodo electoral, mas sí un análisis cuidadoso de la información y datos recopilados por los informantes clave (grupos de observadores nacionales e internacionales, partidos políticos, etc.) durante la inscripción, campaña, y demás fases preelectorales. La decisión sobre si se participa en un misión

observadora, la decisión de emprender este estudio tenía sus dimensiones:

- En todos los casos será necesario decidir sobre la conveniencia de enviar una misión a un determinado país.
- De igual manera, cabe la posibilidad de que una organización tenga que decidir si resulta apropiado participar en una misión en el marco de una propuesta particular. Por ejemplo, puede ser que una entidad administrativa electoral de carácter independiente reciba una invitación para participar en una misión en otro país, con la condición de que sus miembros no expresen una opinión independiente sobre la contienda, sino que queden sujetos a la opinión colectiva de todo el equipo de observadores. Esto plantearía interrogantes sobre la independencia del ente electoral, y quizás la comprometería.

10. Además, cabe anotar que existen diferentes tipos de actividades relacionadas con la observación, las cuales no se tratarán en estas directrices, pues se presentan y analizan en detalle en el *Código de conducta para la observación ética y profesional de elecciones* de Internacional IDEA.⁷

10

encuentra todavía en estado de cambio (por ejemplo Rusia en 1996); y

- Los casos donde las elecciones juegan un papel estabilizador, en sistemas políticos que se encuentran en una fase relativamente temprana de desarrollo (por ejemplo, Lituania 1996).⁸

12. En tales casos, las circunstancias subyacentes al proceso electoral suscitan un deseo generalizado y genuino en torno al éxito del proceso. Resulta por ello tentador considerar las actividades de observación electoral como favorables y concluir que, en términos generales, sólo pueden aportar beneficios relacionados con el registro y documentación objetivos sobre las fortalezas y debilidades del proceso electoral en un país determinado. No obstante, en contraposición a tales ventajas es necesario tener en cuenta los siguientes factores:

- En todo país habrá una variedad de organismos y grupos interesados en la percepción que se tenga del proceso electoral, entre ellos el actual gobierno, los grupos políticos opositores, los votantes y la población en

11

Tipos de misiones internacionales de observación electoral

8. La organización de misiones internacionales de observación electoral puede estar a cargo de:

- organismos no gubernamentales;
- grupos de parlamentarios y otras personas de renombre;
- instituciones estatales, entre ellas:
 - órganos independientes del Poder Ejecutivo; y
 - órganos que formen parte de o estén subordinados al Poder Ejecutivo;
- organizaciones intergubernamentales; o
- una agrupación de varias organizaciones dentro de las categorías arriba mencionadas.

9. Dada la diversidad de las posibles fuentes y estructuras de una misión

Importancia de las directrices sobre la participación en misiones de observación electoral

11. La inmensa mayoría de las elecciones en que se busca la presencia de misiones de observación en gran escala, surgen de una combinación de circunstancias especiales a lo interno del país o región que incluyen, pero no se limitan a, las siguientes:

- Los casos en que las elecciones se convocan en un intento por resolver un conflicto (por ejemplo, Bosnia, Liberia).
- Los casos en que las elecciones se convocan como un primer paso hacia un gobierno legítimo representativo, incluyendo la elección de asambleas constituyentes, en situaciones de posguerra (Camboya, Mozambique, Namibia).
- Los casos de elecciones celebradas por primera vez tras un proceso de obtención de la independencia (por ejemplo, los países de la Comunidad de Estados Independientes, (CEI) tras la disolución de la Unión Soviética).
- Los casos de elecciones de transición en las que el sistema político se

críticas— sobre la conducción del proceso electoral. Este es el caso en particular cuando los comicios están ligados a algún tipo de proceso de paz y existe la percepción de que un fracaso del proceso electoral podría redundar en una vuelta al conflicto.

- Incluso cuando los observadores estén en posibilidad de expresar sus dudas en relación con el proceso electoral, la medida en la cual la comunidad nacional y la comunidad internacional tomadas en un sentido más amplio asimilen, tomen nota y tomen medidas con respecto a estas reservas, se encuentra más allá del control de los observadores.

- De nuevo, existe el riesgo de que se ponga atención sólo a la presencia de la misión observadora, y no a sus conclusiones.

- En muchos casos, los observadores formarán parte o actuarán a nombre de organizaciones cuyo prestigio e influencia estarán de alguna manera relacionados a la conducción exitosa de las elecciones. Tales organizaciones estarán frente a una oportunidad óptima de ejercer una influencia beneficiosa en el proceso imponiendo condiciones

organizaciones que operen en particularmente coherente frente a actores. La coherencia tenderá a fortalecer el mensaje que envíe la comunidad internacional mediante su decisión de participar o abstenerse de participar en una misión particular, y aumentará su efectividad en la búsqueda de los valores democráticos establecidos de común acuerdo. De igual forma, ayudará a las organizaciones en la toma de decisiones que a menudo se consideran potencialmente controversiales y delicadas desde el punto de vista político. Además, contribuirá a evitar las críticas de que tales decisiones se adoptan según se presenta la situación.

general, así como la entidad encargada de la administración electoral. Es probable que algunos de estos grupos se beneficien de la presencia de una misión observadora, mientras que otros la perciban como contraria a sus intereses.

- La decisión de las autoridades nacionales de invitar a un grupo de observadores puede tener un carácter sumamente político, al estar orientada a exaltar la percepción del proceso electoral y del régimen como legítimos. El hecho mismo de contar con una misión observadora puede ser interpretado por algunos como una señal de la legitimidad del proceso electoral, independientemente de las conclusiones de los observadores. En tal caso es posible que la sola actividad de observación constituya una forma de especie de afirmación política.

- Cuando detectan deficiencias serias en un proceso electoral, las posibilidades de los observadores sobre el terreno son con frecuencia limitadas. Rara vez ocurre que los observadores trabajen en una situación de vacío político, y pueden enfrentarse a fuertes presiones que les coarten de expresar sus verdaderas convicciones –en caso de ser

apropiadas en un momento en que las autoridades pertinentes busquen asegurar su participación en calidad de observadoras.

- El costo de organizar una misión de observación electoral tiende a ser muy elevado, y en épocas de escasez de recursos es probable que el gasto de este tipo de actividad tenga que contrarrestarse reduciendo el presupuesto para otras actividades importantes.

13. Estos puntos sugieren que la decisión de emprender una misión observadora tendrá a menudo profundas implicaciones políticas y señalará en alguna medida que se ha llegado a un momento irreversible. Resulta indicado tomar la decisión con base en un análisis riguroso y sistemático de los aspectos relevantes. Una decisión apresurada puede legítimar inintencionadamente un proceso ilegítimo en perjuicio del pueblo y del país anfitrión, así como del nombre de la organización; o puede derivar en la pérdida de oportunidades de incidir de manera positiva en aspectos determinados del proceso electoral.

14. Los alcances de la decisión de participar en un proceso electoral en calidad de observador acentúan la necesidad de que diferentes

organizaciones adopten un planteamiento coherente frente al asunto. Tal

partir de su propia experiencia y circunstancias específicas.

16. Las Directrices están organizadas en tres categorías principales:

- A. las relativas con el establecimiento del Acuerdo básico con el país anfitrión, concernientes a las actividades de observación electoral;
- B. las relativas a la realización de una evaluación inicial sobre el carácter probable de las elecciones; y
- C. las relativas a los aspectos prácticos de organización de la misión.

A. Acuerdo básico con el país anfitrión

Entrega de una invitación oficial

17. Recibir una invitación oficial de parte de las autoridades del país en el que se celebrarán las elecciones se considera un prerrequisito generalmente aceptado para conformar una misión observadora. Tal requisito es una consecuencia directa de la obligación de los observadores de reconocer y respetar la soberanía del país anfitrión.⁹ Igualmente, refleja las dificultades

20. La posibilidad de que la decisión de asumir una misión observadora tenga el carácter —o sea vista como— una afirmación política, requiere de que en el país anfitrión se dé la debida consideración a la actitud de los partidos políticos opositores y otros grupos relevantes frente a la misión propuesta.¹⁰

21. Asimismo, los observadores cuya presencia en el país carezca del apoyo general, probablemente enfrentarán dificultades para obtener el acceso a la gama de información y puntos de vistas necesarios para cumplir con sus funciones de manera efectiva. En casos extremos, la llegada de observadores en contra de los deseos de un grupo político prominente en el país, podría poner en peligro la integridad física de los observadores.

22. La existencia de un consenso inicial sobre la legitimidad de una misión en particular probablemente refuerce la credibilidad de la misión y el peso que en última instancia tengan las conclusiones de los observadores, pues aquellos que en otras circunstancias pudieran verse tentados a repudiarlas no estarán en una posición tan buena para hacerlo.

Directrices para determinar la participación en misiones internacionales de observación electoral

Introducción

15. Es importante subrayar desde el principio que estas directrices deben verse, más que como un conjunto de reglas inmutables, como una lista de verificación sobre los temas que los encargados de formular políticas deben tener en cuenta al momento de decidir si participar en una misión observadora. Estas directrices no son exhaustivas; de hecho, ningún

conjunto de directrices podría anticipar o dar respuesta a la diversidad de situaciones que puedan plantearse en la práctica. Resulta claro que las organizaciones involucradas en actividades de observación electoral querrán complementar estas directrices con prácticas y procedimientos concebidos a

con las que observadores no invitados pueden topar para cumplir con sus objetivos.

18. En ocasiones excepcionales una organización puede formar una misión observadora sin haber recibido una solicitud formal. Empero, esta posibilidad deberá considerarse con sumo cuidado y abordarse con gran cautela teniendo en cuenta el aspecto de la soberanía nacional. Es importante destacar también que en el ámbito nacional en algunos casos la ley electoral ha delegado en las comisiones electorales la facultad de invitar a los observadores.

19. No cabe duda de que en la práctica, la formación de una misión observadora será factible sólo si el país anfitrión presta un grado mínimo de cooperación. Los observadores que no hayan sido invitados no podrán contar con tal colaboración, lo cual hará que la consecución de sus metas resulte problemática en el mejor de los casos.

Apoyo general a las actividades de observación por parte de los principales partidos y grupos políticos

marco político y legal y en un entorno de igualdad de facto para todos los partidos, y en el cual ninguno sea víctima de discriminación injusta.

25. Al contemplar la posibilidad de participar en actividades de observación electoral, una organización debe tener en cuenta una serie de aspectos que le permitan hacer una valoración inicial sobre la probable credibilidad de las elecciones. Esto le ayudará a determinar la conveniencia de organizar la misión observadora. Entre los aspectos a considerar en este sentido se encuentran los siguientes:

- El respeto de los derechos y libertades básicas en el país anfitrión
- la existencia de una Constitución y de legislación electoral en el país anfitrión
- la credibilidad de las autoridades electorales en el país anfitrión
- las circunstancias que repercutan en la capacidad de los observadores de determinar los factores relevantes desde el punto de vista de la credibilidad de las elecciones y
- la garantía de que se respetarán los derechos de los observadores.

acontecimientos se estén desarrollando. Así, diferentes respuestas pueden resultar apropiadas para una situación no satisfactoria que sin embargo está dando señales de avance, así como para una situación que no es satisfactoria y se encuentra en deterioro.

29. Resulta también de importancia realizar la evaluación desde una perspectiva holística: puede ser el caso que cada aspecto de la situación en un país, analizado de forma aislada, indique la posibilidad de unas elecciones libres y limpias, pero al ser considerado en conjunto, se manifieste la existencia de patrones que apunten hacia una conclusión diferente.

30. Mucho dependerá de una evaluación general que permita determinar si las autoridades del país anfitrión están comprometidas con la realización de los comicios de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas. Es probable que esto a su vez demande valorar las intenciones de los actores clave y establecer si sus motivaciones expresas pueden aceptarse en un sentido literal.

Precondición de que los observadores puedan retirarse en determinadas circunstancias

23. Puede ser muy útil incluir en un acuerdo con las autoridades del país anfitrión, una disposición explícita para que el organismo que patrocina la misión pueda, a su discreción, decidir poner fin a sus actividades de observación. Dependiendo de las circunstancias, esta medida podría justificarse en aspectos generales, o estar vinculada a acontecimientos específicos o al incumplimiento de hitos en el proceso electoral que resulten cruciales y que se identifiquen previamente y se establezcan de común acuerdo.

B. Evaluación inicial sobre el carácter probable de las elecciones

24. La existencia de un “campo de actuación” razonablemente equiparado, en el cual las condiciones y el marco para la contienda electoral sean justos, es un aspecto importante que requerirá evaluarse al momento de determinar el carácter probable del proceso electoral. Los partidos políticos que se disputen la elección deben estar en condiciones de operar dentro de un

26. Esta evaluación no puede realizarse de acuerdo a procedimientos mecánicos o fórmulas, ya que las prerequisites que resultan deseables para llevar a cabo una misión observadora, por su misma naturaleza, no calzan dentro de un esquema de “cumplimiento” o “incumplimiento”, sino que se mantienen en una oscilación continua entre estos dos extremos.¹¹ Igualmente, en cada caso deberá evaluarse la importancia relativa de las diversas precondiciones.

27. En ciertos casos, a partir de la información disponible le resultará razonablemente claro a una organización invitada a organizar una misión de observación, que existen pocas o ninguna probabilidad de que los comicios cumplan con las normas internacionalmente aceptadas de libertad y justicia. En estas circunstancias podría resultar apropiado abstenerse de emprender la misión. Las ventajas de obtener información adicional en el campo y de tener la oportunidad de documentar las deficiencias del proceso podrían verse contrarrestadas por el riesgo de que el esfuerzo mismo de observación dé al proceso una legitimidad injustificada.

28. Es posible que sea necesario evaluar no sólo las condiciones en un momento determinado, sino también la dirección en que los

una protección efectiva y el imperio de la ley

- la existencia de procedimientos para proporcionar un acceso igualitario a los medios de comunicación, en especial a los medios de comunicación controlados por las autoridades nacionales, y
 - la existencia de procedimientos para impedir el uso de recursos estatales en beneficio del partido político en el poder.
33. En primera instancia, con frecuencia resultará útil identificar los instrumentos internacionales de derechos humanos –si los hubiera– a los que el país anfitrión se ha adherido. No obstante, el que un país se adhiera teóricamente a las obligaciones de derechos humanos nunca será suficiente por sí solo para garantizar la realización de elecciones libres y limpias: se requiere su observancia práctica.
34. Asimismo, cabe anotar que en contextos anteriormente represivos en que se han suavizado las condiciones, pasará un considerable antes de que este cambio se plasme en una mejor situación en el terreno. Por ejemplo, cabe la posibilidad de que las leyes que prevén la formación de partidos

día.¹³ Es necesario examinar con detenimiento las disposiciones legales e institucionales dirigidas a evitar una cobertura informativa excesiva sobre los programas y actividades del partido político en el poder o del candidato oficialista a la Presidencia, y posteriormente sacar las conclusiones necesarias. Los siguientes puntos en particular merecen un análisis minucioso antes de decidir involucrarse:

- si el partido político oficialista ejerce un monopolio sobre los medios informativos electrónicos
- si a otros partidos políticos se les asignan también y en igual medida horas de máxima audiencia, a fin de permitirles dar a conocer sus programas entre la población
- si los medios de comunicación oficiales ofrecen una cobertura imparcial para todos los partidos políticos, sobre los eventos y otras noticias relacionadas con los comicios
- si quienes controlan los medios de comunicación oficiales son independientes, desde el punto de vista profesional, del control del gobierno

31. En este contexto, es importante tener en mente que las distintas autoridades del país anfitrión pueden tener a su vez motivaciones diferentes. Por ejemplo, es posible que las autoridades electorales estén comprometidas plenamente con la conducción de elecciones libres y limpias, pero que hallen sus esfuerzos frustrados por otras autoridades. En una situación así, podría considerarse como el elemento más significativo la necesidad de brindar apoyo moral a aquellos elementos en el país anfitrión que trabajen a favor de la celebración de elecciones libres y justas.

Respeto a los derechos y libertades básicas

32. La observancia de ciertos derechos y libertades básicas en un país determinado constituye una precondición necesaria para la celebración de elecciones libres y limpias.¹² En términos generales, entre los puntos que requieren atención se encuentran los siguientes:

- La libertad de movimiento, de reunión, de expresión y de organización política tanto de individuos como de grupos

- la libertad frente a amenazas e intimidaciones, incluyendo el acceso a

políticos de oposición hayan sido revocadas, pero esto tendrá poca importancia en términos reales si se convoca a elecciones antes de que las fuerzas políticas opositoras tengan oportunidad de organizarse.

35. El respeto a la libertad de movimiento, de reunión, de expresión y de organización política, así como de vivir libre de amenazas e intimidaciones, no sólo apoyan la normalidad de la actividad política, sino que también deben ser un prerrequisito necesario para el ejercicio de cualquier control interno serio con respecto a la validez del proceso electoral. Adicionalmente, la ausencia de tales libertades puede coaccionar de manera imponente a los observadores internacionales, hasta el punto de impedirles una actuación efectiva. En un clima de intimidación, los habitantes pueden verse disuadidos de comunicarse con los observadores y transmitirles información de interés. A su vez, los encargados de la fiscalización en el ámbito interno, quienes a menudo constituyen una valiosa fuente de información, rara vez existirán.

36. El acceso equitativo a los medios de comunicación por parte de todos los partidos políticos, ya sea la prensa gráfica o los medios electrónicos, es por lo común un factor determinante en las campañas electorales de hoy en

que estas buscaran la presencia internacional para lograr un respeto injustificado frente a una situación de violaciones graves de los derechos humanos?

• ¿Es la situación en el país pacífica en términos generales, o hay violencia política? En este último caso, ¿quién es responsable de tal violencia? ¿Se trata de grupos pequeños sin ninguna perspectiva realista en el contexto de unos comicios democráticos, o involucra el proceso a sectores importantes del espectro político?

• ¿Se limita la violencia a ciertas regiones del país, o se trata de un fenómeno extendido?

• ¿Darán espacio las medidas de seguridad impuestas por el gobierno a una campaña electoral libre, o existen restricciones sustanciales a la libertad de opinión y la libertad de reunión?

• ¿Puede la población permitirse participar en actividades políticas sin temor a ser intimidada o a ser víctima de represalias?

41. Es necesario evaluar si la Constitución vigente en el país anfitrión y su legislación electoral están expresadas con suficiente claridad como para ser viables y permitir la celebración de comicios que cumplan con las normas internacionalmente aceptadas de libertad y justicia. Un examen detallado de estas normas y la forma de evaluar su cumplimiento en términos prácticos, están más allá del ámbito de estas Directrices.¹⁴ Al momento de proceder con la evaluación, es aconsejable contemplar factores prelectorales tales como la delimitación de las circunscripciones y el proceso de registro de los partidos políticos y de empadronamiento de los votantes.

42. Las invitaciones a participar en actividades de observación electoral podrían emitirse antes de que se finalice una ley electoral. En este caso, la incertidumbre en términos de la ley que en última instancia se adopte, debe tomarse en cuenta no sólo al momento de decidir si se participa en tales actividades, sino también—en el caso de que se decidiera tomar parte en el proceso—al considerar la posibilidad de imponer condiciones para que la misión continúe con sus funciones diarias.

• si existen disposiciones para efectos de reparaciones, en el caso de que se planteen quejas relativas a la cobertura que ofrecen los medios de comunicación durante las elecciones, y cuán efectivas son estas disposiciones.

37. También cabe la posibilidad de que la presencia de observadores en un país tenga un efecto disuasivo o pacificador; y de este modo sirva para mermar las violaciones de los derechos humanos y ayudar a establecer un ambiente viable durante las elecciones.

38. Hay una serie de aspectos específicos que es aconsejable abordar al momento de evaluar una situación marcada por problemas de derechos humanos, entre los cuales cabe mencionar los siguientes:

• ¿Existen perspectivas razonables de que la voluntad del pueblo se exprese libremente en las elecciones?

• ¿Existe algún vínculo entre la “libertad de expresión” y una convicción bien fundamentada entre el pueblo de que se respetará el carácter secreto de su voto?

• ¿Existen dudas acerca de la buena fe de las autoridades, en el sentido de

39. Al evaluar la situación de los derechos humanos en un país, es importante distinguir entre las violaciones motivadas o toleradas por las autoridades y aquellas perpetradas por grupos que se oponen al proceso democrático. Las que se encuentran dentro de la primera categoría en una medida considerable, podrían conducir a una reticencia a efectuar una misión de observación; en el segundo caso, la existencia de violaciones bien podría subrayar la importancia de respaldar el proceso democrático mediante una misión observadora.

40. Las violaciones perpetradas por grupos opositores muchas veces se limitarán a una zona específica del territorio nacional. En el peor de los casos, los problemas de derechos humanos pueden tener su arraigo en un conflicto civil que se esté desarrollando en un nivel exiguo o medio. En tal caso, la viabilidad de las elecciones y la seguridad de los observadores se verán seriamente comprometidas.

Existencia de una Constitución y legislación electoral en el país anfitrión

para determinar el carácter probable de los comicios. Si dichas autoridades no son imparciales o no están comprometidas con la realización de elecciones libres y justas, estarán en una posición única para ejercer una influencia indebida sobre el resultado.

46. Las percepciones resultan también de gran importancia. Incluso si las autoridades electorales están comprometidas con la celebración de elecciones libres y justas, la percepción extendida entre la opinión pública de que estas no son libres ni justas o que están asociadas a un determinado partido político, puede llevar al electorado a desconfiar de todo el proceso electoral.

47. Al valorar el carácter de las autoridades electorales, un punto de referencia oportuno podría ser *el Código de conducta para la administración ética y profesional de elecciones* de International IDEA. Resulta importante dirigir la atención a todos los niveles de organización y no sólo a las estructuras centrales. La realización de un proceso electoral propiamente es siempre descentralizada y el carácter de las entidades administrativas locales —directamente responsables de organizar la mayoría de las actividades— es al menos tan importante como la naturaleza de las estructuras centrales. Este

y documenten las deficiencias y violaciones en el proceso.

50. Si la calidad de las personas asignadas como observadores se encuentra fuera del control del órgano en cuestión, resulta aconsejable evaluar detenidamente las probabilidades de que el esfuerzo de observación proceda de forma adecuada. Incluso en los casos en que sea posible enviar un equipo de calidad, las circunstancias del país podrían impedir a los observadores una labor efectiva. Este podría ser el caso, por ejemplo, si es poco probable que los observadores estén familiarizados con el idioma y escritura del país, en cuyo caso dependerán de traductores e intérpretes. El envío de una misión en estas circunstancias podría redundar en un riesgo inaceptablemente elevado de legitimar un proceso viciado.

51. Asimismo, es necesario analizar la magnitud global de las elecciones y la capacidad de la posible misión de cumplir con su obligación ética de realizar una evaluación exhaustiva, que tenga en cuenta todas las circunstancias relevantes.¹⁵ Si existen probabilidades de que la conducción adecuada de las elecciones resulte problemática y la posible misión observadora no esté en capacidad de abarcar el proceso en su totalidad, sería más adecuado que esta no procediese.

43. Surgirán casos en que la legislación electoral contenga prescripciones detalladas para el funcionamiento de mecanismos de resolución de conflictos e identifique las medidas a tomar, por ejemplo el recuento de los votos, en caso de que salieran a la luz deficiencias serias en el proceso electoral. En otros casos, la ley electoral no se pronunciará a este respecto. Cuando los informes de los observadores indiquen la existencia de tales prácticas ilegales, es recomendable analizar seriamente si existe un compromiso real por parte de las autoridades del país anfitrión, de responder de forma positiva a los informes de los observadores.

44. En términos más generales, es necesario valorar hasta qué punto prevalece el imperio de la ley en el país anfitrión. Una legislación electoral y una Constitución que cumplan con las normas internacionalmente aceptadas serán de poco valor si su aplicación se acomoda a los deseos de las autoridades oficiales.

Credibilidad de las autoridades electorales del país anfitrión

45. En todo país las autoridades electorales desempeñan un papel decisivo

es el caso en particular cuando se ha designado una comisión electoral pero se prevé hacer uso de las estructuras administrativas existentes al nivel de las bases.

48. También es necesario determinar si el marco legal y operativo del proceso electoral confiere importancia a la autonomía de las autoridades. Si bien la existencia de una entidad administrativa independiente tiene a menudo gran relevancia, habrá ocasiones en que no resultará práctico nombrar una comisión electoral independiente. En tales circunstancias, sin embargo, con frecuencia se prevé la implementación de procedimientos transparentes, sujetos a fiscalización en todos los niveles.

Circunstancias que afectan la capacidad para determinar los factores relevantes para la credibilidad de las elecciones

49. En circunstancias en que la conducción adecuada de las elecciones resulta problemática, es importante que un organismo que contemple formar una misión de observación esté preparado para valorar de manera objetiva y realista las posibilidades de que sus propios observadores detecten

- el derecho a importar libremente el equipamiento y materiales necesarios
- el derecho a determinar la escala en la cual la misión realizará sus actividades de observación
- el derecho a viajar y trasladarse por el territorio del país anfitrión, sin previa notificación, sujeto únicamente a consideraciones válidas de seguridad
- el derecho a asistir a mítines y concentraciones políticas
- el derecho a visitar todos los centros electorales y oficinas de escrutinio, incluso los situados en prisiones, hospitales y cuarteles militares
- el derecho a establecer contacto con cualquier persona u organización interesada en la conducción de las elecciones y a comunicar y recibir información de tales personas u organizaciones, apoyado en la garantía de las autoridades relevantes de que dichas personas u organizaciones no serán objeto de represalias

parte de las autoridades del país anfitrión, sino también de la organización que ejercerá el control primordial de la misión.

C. Consideraciones prácticas sobre la realización de una misión

55. Una misión de observación electoral tiende a ser una empresa de peso, que requerirá de amplias medidas en el campo práctico. Si por alguna razón tales planes no pudiesen concretarse de manera efectiva, entonces la capacidad de la misión de realizar su trabajo de conformidad con el *Código de Conducta para la Observación Ética y Profesional de Elecciones* se verá comprometida. Resulta por lo tanto fundamental evaluar si es posible solucionar de manera adecuada los aspectos prácticos relacionados con el desarrollo de la misión.

Garantía de los derechos de los observadores

52. En palabras de un grupo de experimentados analistas:

“ Si se encuentra en juego la credibilidad internacional de un país, siempre cabe la posibilidad de que su gobierno procure incidir en las condiciones que operen los observadores electorales, [a fin de] facilitar la legitimación de su presencia, dificultando simultáneamente el registro de observaciones que resten legitimidad al proceso. Por lo tanto, en el interés de su propia credibilidad y del esfuerzo de observación electoral per se, la misión observadora debe insistir en la posibilidad de realizar su trabajo libre de obstáculos y con facilidades técnicas razonables.”¹⁶

53. Con el fin de garantizar una labor efectiva, resulta fundamental que los observadores reciban una garantía previa de que se respetarán ciertos derechos, entre ellos los siguientes:

- el derecho general de realizar sus actividades observación sin impedimentos
- en apoyo a lo anterior, el derecho a una acreditación formal

- el derecho a entablar debates y conversaciones con la entidad administrativa electoral, y a obtener información relativa al proceso electoral de los funcionarios en todos los niveles de dicha entidad, apoyado por la garantía de las autoridades pertinentes de que tales funcionarios no serán objeto de represalias
- el derecho a tener acceso, de conformidad con los procedimientos apropiados, a toda la documentación relativa al proceso electoral
- el derecho a revisar los materiales que se utilizarán como parte del proceso electoral
- el derecho a obtener información relativa a las quejas formuladas por los observadores y otros organismos o individuos interesados, y las medidas tomadas en respuesta a tales quejas; y
- el derecho a divulgar los resultados de la misión observadora.

54. En el caso de que una organización contemple la posibilidad de participar en una misión que se halle bajo el control principal de otra organización, puede ser necesario o aconsejable asegurar que se garanticen algunos o todos los derechos enumerados en el párrafo anterior, no solo por

anfitrión. La presencia de observadores en los centros de votación, por ejemplo, depende de que se conozcan los lugares previstos con ese fin. Lo ideal sería que dicha información sea facilitada antes que el equipo de observadores llegue al país. En los casos en que se espera que las votaciones enfrenten problemas logísticos o de seguridad, esta información podría no ser facilitada hasta después. Sin embargo, es aconsejable que las autoridades electorales en el menor de los casos cuenten con un itinerario donde se especifique cuándo se determinará finalmente el lugar de los centros de votación.

Disponibilidad de profesionales especializados

59. Un elemento crucial al planificar cualquier misión es identificar el conjunto de cualidades que se requerirá de los observadores, así como evaluar la viabilidad de que las personas con tales cualidades puedan seleccionarse e integrar el equipo. Entre las cualidades que se ha comprobado en ocasiones anteriores son importantes cabe mencionar las siguientes:

sujeta también la necesidad de contar con un equipo de apoyo con expertos en campos como gestión de proyectos, logística, capacitación, transporte y alojamiento, comunicaciones, seguridad y planes de emergencia, así como procesamiento de datos.

61. Es necesario aplicar un enfoque de flexibilidad ante la posibilidad de que un gobierno patrocine o participe en el reclutamiento de sus ciudadanos en calidad de observadores electorales en otro país. En algunos casos habrá mayor legitimidad si los observadores son completamente independientes del gobierno de sus países de origen; en otros, se logrará una mayor legitimidad si el gobierno del país de origen participa en la selección o patrocina la presencia de observadores electorales.

62. Debido a la necesidad de que una misión observadora opere de manera independiente y neutral y que esto sea percibido así, impone claramente la necesidad de que a las autoridades del país anfitrión no se les permita insistir en que se excluya del equipo a determinadas categorías de personas (por ejemplo, activistas de los derechos humanos), ni que vete la participación de ninguna persona en particular.

Tiempo suficiente para planificar los preparativos

56. La falta de tiempo suficiente para planificar la misión puede dificultar extremadamente el que se cubran todas las fases del proceso electoral o se hagan los arreglos necesarios para asegurar la presencia de los observadores por todo el territorio del país anfitrión. En el peor de los casos, puede redundar en la mala organización de la misión que respalde un proceso ilegítimo.

57. El tiempo real requerido para planificar la misión, variará en cada caso y dependerá también de las actividades de observación que se realicen. Por supuesto, el envío de un número significativo de observadores a un país lejano donde se anticipa un proceso electoral difícil requerirá probablemente de más tiempo de preparación que el envío de un equipo reducido a unos comicios que no plantean complicaciones y que se realizarán en un país vecino.

Disponibilidad de la información básica para la planificación

58. En algunos aspectos, la planificación eficaz de una misión observadora dependerá de la información que proporcionen las autoridades del país

- Contar con conocimientos demostrados sobre los sistemas y procedimientos electorales
- Contar con una habilidad demostrada para expresar opiniones bien fundadas y mostrar el más alto nivel de discreción personal en entornos políticamente sensibles
- Ser una persona de renombre en áreas del Derecho, gobierno o en aspectos especializados del proceso electoral, tales como la educación pública
- Tener conocimiento del idioma del país anfitrión
- Tener conocimiento del país anfitrión y/o de la región donde se sitúa
- Encontrarse en un estado óptimo de salud, capacidad física y resistencia y
- Cumplir con parámetros adecuados de salud, capacidad y resistencia físicas.

60. Por lo general se considera conveniente presentar un equipo de observadores con un balance étnico o de sexos adecuado. Lo común es que

observación anterior, únicamente si su participación favoreciera, en el largo plazo, el desarrollo democrático del país.

Recursos económicos y otros

65. Es evidente que una misión estará en posibilidad de proceder con su trabajo sólo si dispone de la financiación adecuada. Si bien deben hacerse todos los intentos necesarios para que dicha misión se lleve a cabo al menor costo posible, será mejor no enviarla que hacerlo con tan pocos recursos que no estuviera en capacidad de cumplir con sus obligaciones éticas.

66. Además, es importante garantizar que la misión reciba apoyo en la forma de recursos de importancia crítica como alojamiento, transporte y equipo de comunicaciones. Con mucha frecuencia los observadores competirán por estos recursos con otros observadores, periodistas y otras autoridades del país anfitrión. Experiencias anteriores parecen indicar que, durante este tiempo de pugna por los recursos, y tomando en cuenta la limitada capacidad para atender la demanda en estos casos, la imposición de tarifas más elevadas resulta ser la solución.

como un asunto de máxima prioridad. Las elecciones en las que se invita a observadores muchas veces dan lugar a preocupaciones inusuales con respecto a la seguridad, y aunque la mayoría de los observadores están dispuestos a aceptar que no se les pueda garantizar su seguridad en el mismo grado que en comicios “normales”, tienen derecho a esperar que se garanticen ciertos aspectos, a saber:

- que se tomarán todas las medidas posibles para proteger su seguridad
- que recibirán información detallada sobre los riesgos que enfrentarán
- que se tomarán las medidas de emergencia adecuadas para cubrir cualquier falla de seguridad; y
- los organismos que consideren la posibilidad de enviar observadores, tienen por su parte que evaluar si estarán en capacidad de cumplir adecuadamente con estas expectativas.

63. Podría plantearse el caso de que el país anfitrión llame la atención del organismo que envía la misión observadora con respecto a un posible integrante de la misma de quien anteriormente no tenía conocimiento y que ello llevase al organismo —si hubiese contado con la información antes— a concluir que dicha persona no resulta idónea para fungir como observadora. Este tipo de información requeriría la debida atención y, de ser confirmada, podría requerir que se excluyera a la persona del equipo.

64. Aparte de los miembros de la misión de observadores externos al país anfitrión, muy a menudo será también necesario contratar personal nacional de apoyo en dicho país, por ejemplo intérpretes y conductores.

Una posible consecuencia de esto —en especial si el país anfitrión tiene una base limitada de personal técnico— sería que las personas competentes fueran desviadas de trabajar en los centros electorales o como supervisores electorales internos, ante la oportunidad de ganar salarios más altos como es normalmente el caso en las misiones internacionales de observadores. Esto podría tener repercusiones verdaderamente negativas en misiones en gran escala, por lo que en estos casos es conveniente que las organizaciones que contemplan la posibilidad de emprender una misión internacional de

Cooperación con otras misiones de observadores, incluyendo observadores nacionales

67. Los beneficios de un esfuerzo de cooperación entre los observadores internacionales y sus homólogos nacionales se reconocen cada vez más. Tal cooperación plantea el potencial de mejorar de manera muy significativa el volumen de información al que los observadores internacionales tienen acceso. De igual forma, la colaboración entre los diferentes grupos de observadores internacionales puede contribuir a garantizar un uso óptimo de los recursos y lograr una cobertura total del proceso electoral y una mayor coherencia en las evaluaciones posteriores a los comicios.

68. En ciertos casos, la viabilidad de una misión particular de observadores estará determinada por la posibilidad de establecer mecanismos de cooperación. En estas circunstancias, será necesario discutir el establecimiento de estos mecanismos antes de decidir si se envía la misión.

Seguridad de los observadores

69. La seguridad y protección de los observadores debe considerarse siempre

72. El potencial de que la participación de observadores internacionales incida de manera positiva en el carácter del proceso electoral se verá maximizado en el momento en que tal participación haya sido solicitada, pero no se haya confirmado. Una misión preliminar de evaluación bien puede constituir una forma eficaz de iniciar un diálogo en el que aspectos relativos a la credibilidad del proceso electoral puedan plantearse y a la vez remediar las posibles dificultades.

acertar los factores relevantes para la credibilidad de las elecciones

- Garantía de los derechos de los observadores

Consideraciones prácticas al organizar una Misión de Observación

- Tiempo suficiente para los preparativos
- Disponibilidad de la información básica para la planificación
- Disponibilidad de profesionales especializados
- Recursos económicos y otros
- Colaboración con otras misiones de observadores, incluyendo los observadores nacionales
- Seguridad de los observadores

Misiones preliminares de evaluación

70. Para efectos de la aplicación práctica de estas directrices, es mucho lo que hay que decir sobre la realización de una evaluación preliminar en el país anfitrión. El propósito de dicha misión sería obtener información que contribuya al análisis de los temas elaborados en estas directrices y, en casos donde la situación lo favorezca, hacer los arreglos prácticos iniciales para el envío final de los observadores. La decisión de enviar una misión con fines evaluativos por lo general no tendrá las mismas implicaciones políticas que podrían ser inherentes al desarrollo de una misión completa.

71. El envío de una misión preliminar será de especial importancia cuando existan grandes probabilidades de que la seguridad será un factor significativo, ya que desde el exterior del país valorar la situación del país en este sentido será difícil sino imposible. Además, elaborar sobre la naturaleza de una posible colaboración con observadores nacionales requerirá casi sin lugar a dudas del envío de una misión preliminar de evaluación. A su vez, una misión de este tipo puede también ayudar a afinar aspectos sobre las posibles modalidades de cooperación con otros observadores internacionales.

Lista de verificación de aspectos importantes

Acuerdo básico con el país anfitrión

- Entrega de una invitación oficial
- Apoyo general a las actividades a la observación por parte de los principales partidos y grupos políticos
- Precondición de que los observadores puedan retirarse en determinadas circunstancias

Evaluación inicial sobre el carácter probable de las elecciones

- Respeto a los derechos y libertades básicas
- Existencia de una Constitución y legislación electoral en el país anfitrión
- Credibilidad de las autoridades electorales del país anfitrión
- Circunstancias que afectan la capacidad de los observadores de

ser ejercida por autoridades sustinidas a las naciones. Por ejemplo, en 1999 la autoridad de transición de las Naciones Unidas en Camboya (UNTAC), al acreditar a los observadores, ejerció una autoridad que en última instancia provenía del Acuerdo de 1991 para una Solución Política Integral al Conflicto de Camboya..

¹⁰ Ídem, paras 20-21, pp 17-18.

¹¹ Mair, Stephan. *International election observation: One form of democratization assistance (Observation International de Elecciones: una forma de asistencia a la democratización)*. Ebenhausen/Isartal, Stiftung, Wissenschaft und Politik (Instituto de Investigaciones sobre Política y Seguridad Internacional, SWP), 1994, pág. 13.

¹² Véase Goodwin-Gill, Guy S. *Free and Fair Elections: International Law and Practice* (Elecciones Libres y Justas: el Derecho Internacional y la práctica. Ginebra, 1994, Unión Interparlamentaria.

¹³ Este aspecto es de importancia crítica en las elecciones contemporáneas. En la actualidad, International IDEA analiza la sugerencia de un proyecto independiente para abordar en detalle unas “directrices para los medios de comunicación durante las elecciones”.

¹⁴ Para un análisis más detallado, véase la referencia en la Nota ¹¹ anterior.

¹⁵ *Código de conducta para la observación ética y profesional de elecciones* de International IDEA, Código de Conducta Serie 1 de International IDEA, Estocolmo, 1997, International IDEA, paras 22-24, pp 19-22.

¹⁶ Hanf, Theodor, Maria R. Macchiaverna, Bernard Owen y Julián Santamaría, *Observing Democratic Elections: A European Approach (Observando elecciones democráticas: un enfoque europeo)*, Freiburg i. Br., Arnold-Bergstrasser-Institut, 1995, pág. 9.

Notas

- ¹ International IDEA y Naciones Unidas. *Lessons learned: International Election Observation - Seventeen organizations share experiences on electoral observation*. (Lecciones aprendidas: Observación Internacional de Elecciones. Diecisiete organizaciones comparten experiencias sobre las actividades de observación electoral). Mesa redonda organizada conjuntamente por la Unidad de Asistencia Electoral de las Naciones Unidas e International IDEA, del 10 al 12 de octubre de 1995 en Estocolmo). Estocolmo, 1995, International IDEA, pág. 5.
 - ² Ídem, pp.20-21
 - ³ *Código de Conducta para la Observación ética y profesional de elecciones* de International IDEA, Código de Conducta Serie 1 de International IDEA. Estocolmo, 1997, International IDEA.
 - ⁴ *Código de conducta para la administración ética y profesional de elecciones* de International IDEA, Código de Conducta, Serie 2 de International IDEA. Estocolmo, 1997, International IDEA.
 - ⁵ *Código de conducta para Partidos Políticos en Campaña durante las Elecciones* de International IDEA, Código de Conducta Serie 3 de International IDEA, Estocolmo, 1999, International IDEA.
 - ⁶ *Código de conducta para la observación ética y profesional de elecciones* de International IDEA, Código de Conducta Serie 1 de International IDEA (Estocolmo, International IDEA, 1997), pág. 10.
 - ⁷ Ídem, paras 6-9, pp 8-10.
 - ⁸ *International Observation of the 1996 Russian Presidential Election: Lessons Learned to Facilitate Field Co-operation (Observación Internacional de las Elecciones para la Presidencia en Rusia, 1996: Aprendizajes para facilitar la cooperación en el campo)*. Estocolmo, 1997, International IDEA, pág. 2.
 - ⁹ *Código de conducta para la observación ética y profesional de elecciones* de International IDEA, Código de Conducta Serie 1 de International IDEA. Estocolmo, 1997, International IDEA, paras 16 y 18, pp 13-14.
- En ocasiones excepcionales, la facultad de invitar un grupo de observadores electorales autorizados puede ser ejercida por autoridades distintas a las nacionales. Por ejemplo, en 1992 la Autoridad de Transición de

Invocando La Responsabilidad del Estado en el Siglo Veintiuno *

Edith Brown Weiss **

Al inicio del siglo veintiuno, la comunidad internacional se está globalizando, integrando y fragmentando, todo al mismo tiempo. Los Estados continúan siendo centrales, pero muchos otros actores han llegado también a ser importantes: organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, empresas, grupos transnacionales *ad hoc*, tanto legítimos como ilegales, e individuos. Para el año 2000, el *Yearbook of International Organizations* informa que había 922 organizaciones inter-gubernamentales internacionales y 9.988 organizaciones no gubernamentales internacionales¹. Si se incluyen las organizaciones asociadas con los acuerdos de tratados multilaterales, organizaciones gubernamentales bilaterales y otros entes internacionales (incluyendo institutos religiosos y seculares), y organizaciones nacionales orientadas internacionalmente, el número de organizaciones internacionales alcanza cerca de treinta mil². Otras veinticuatro mil aparecen como inactivas o no confirmadas³. Las empresas que producen globalmente son similarmente numerosas. Al 27 de septiembre de 2002, una estimación de 6.252.829.827 individuos vivían en nuestro planeta⁴. Algunos de esos individuos y grupos han presentado reclamos en contra de Estados por la infracción de sus obligaciones, especialmente por violaciones a los derechos humanos. En resumen, el Derecho Internacional habita en un mundo mucho más complicado que aquel que existía cincuenta o aún treinta años atrás.

Hace más de 350 años atrás, la Paz de Westfalia condujo al establecimiento del sistema clásico del Derecho Internacional, el cual se centraba exclusivamente en Estados soberanos que tenían territorios definidos y que en teoría eran iguales. Los Estados crearon el Derecho Internacional y eran responsables entre ellos en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Los artículos con respecto a la responsabilidad del Estado de la Comisión de

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de 96 *AJIL* 798 (2002), © *The American Society of International Law*.

** Del Consejo de Editores. El autor agradece a James E. Donnelly del *Georgetown University Law Center* por su asistencia en investigación y a Jane Stromseth por sus comentarios.

¹ 2001/2002 *Y.B. Int'l Orgs.* 15.

² *Id.* La base de datos del *Yearbook* codifica los entes internacionales en conformidad con quince tipos de organizaciones y luego los agrupa en cinco categorías: organizaciones internacionales; entes dependientes; organizaciones sustitutas; entes nacionales; y entes fallecidos, inactivos y no confirmados.

³ *Id.*

⁴ US Bureau of the Census, *Projections of the International Programs Center* (May 10, 2000), en <http://www.census.gov/cgi-bin/ipc/popclockw>.

Derecho Internacional (CDI)⁵ reflejan en gran medida esta visión tradicional del sistema del Derecho Internacional. Se enfocan en los Estados y las normas que ellos emplean para exigir las responsabilidades recíprocas por las obligaciones sustantivas a las cuales se han comprometido ellos mismos.

Pero el informe inicial de la CDI de enero de 1956 observó que era importante hacer más que codificar el derecho; era “necesario cambiar y adaptar el derecho tradicional de modo que refleje la profunda transformación que ha ocurrido en el derecho internacional... [y] poner los ‘principios que gobiernan la responsabilidad del Estado’ en línea con el derecho internacional en su estado actual de desarrollo”⁶. Durante los casi cincuenta años desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución que autorizó el trabajo de la Comisión con respecto a la responsabilidad del Estado⁷, el sistema legal internacional ha evolucionado en forma significativa para reflejar la naturaleza cambiante de la sociedad internacional y el creciente papel de los actores no estatales. En tanto que la preocupación casi exclusiva de la Comisión con los Estados puede haber sido apropiada al comienzo de su trabajo, ella no refleja el sistema internacional del siglo veintiuno.

Este ensayo examina los artículos relativos a la invocación de la responsabilidad del Estado, los analiza en su contexto histórico y hace presente cuando ellos representan un desarrollo progresivo del derecho internacional. Luego pasa revista a una amplia gama de situaciones contemporáneas en las cuales los individuos, otras entidades no estatales y las organizaciones internacionales invocan la responsabilidad del Estado iniciando procedimientos judiciales u otros de reclamo formal. El ensayo concluye que, a la luz de esta práctica contemporánea, los artículos son útiles en cuanto al progreso de la codificación y el desarrollo del derecho internacional pero no tratan en forma suficiente el derecho de los individuos y las entidades no estatales para invocar la responsabilidad de los Estados.

I. LOS ARTÍCULOS DE LA CDI RELATIVOS A LA INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Los artículos que se refieren a la responsabilidad del Estado se encuentran organizados en cuatro partes, dos de las cuales inciden directamente en el tema de “quién puede demandar” que se analiza en este ensayo. Las disposiciones claves se encuentran en la tercera parte (modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional) y, en una menor medida, en la segunda parte (contenido de la responsabilidad internacional). La primera parte y la cuarta

⁵ Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, en Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, ONU GAOR, 56 Sesión, Sup. N° 10, en 43, Doc. ONU A/56/10 (2001), disponible en <http://www.un.org/law/ilc>, reimpresso en James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (2002). Referencias a, y citas de, los artículos, así como los comentarios, que aparecen en el Quincuagésimo tercer Informe de la Comisión y el volumen de Crawford, *supra*, se identificarán en adelante por número de artículo y párrafo.

⁶ F.V. García-Amador, “State Responsibility”, [1956] 2 *Y.B. International Law Commission* 173, 176, párrafo 10, Doc. ONU A/CN.4/SER.A/1956/Add.1. [Traducción libre]

⁷ Res. AG 799, ONU GAOR, 8va. Sesión, Sup. N° 17, en 52, Doc. ONU A/2630 (1953).

parte (los elementos del hecho internacionalmente ilícito y ciertas disposiciones generales) son menos importantes.

La tercera parte, “Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional de un Estado,” ilustra el enfoque central de los artículos en los Estados como titulares de derechos que potencialmente implican responsabilidad estatal. El capítulo I de la tercera parte, el cual trata de quién puede reclamar de una infracción de responsabilidad estatal, limita el texto a la invocación por parte de los Estados. El primer artículo (art. 42) es característico: “Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado...”⁸. El comentario introductorio al capítulo observa que “los derechos dimanantes de la violación de una obligación internacional que otras personas o entidades puedan tener son objeto del párrafo 2 del artículo 33”⁹, el cual se ubica en la segunda parte (articulando las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito). Esta cláusula establece únicamente que la segunda parte no afecta ningún derecho derivado de la responsabilidad internacional de un Estado que se devengue directamente para una persona o entidad distinta de un Estado¹⁰. Si bien esta cláusula a lo menos reconoce el mundo más complicado de hoy día, resulta insuficiente. El capítulo sobre invocación debería también haber tratado, aunque fuera brevemente, la capacidad/facultades de las personas, entidades no estatales y organizaciones internacionales para invocar la responsabilidad internacional de los Estados¹¹. Este punto será tratado más detalladamente después de analizar los artículos sobre invocación que la CDI ha propuesto.

Una Visión General de los Artículos

El capítulo I (de la tercera parte) sobre invocación contiene siete artículos, del 42 al 48. El artículo 42 se refiere a la invocación de la responsabilidad por un Estado lesionado, en tanto que el artículo 48 se vuelca a la invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado. Esto es una distinción importante y potencialmente susceptible de controversia, la cual es analizada más adelante. Los artículos en el medio (43 a 47) se refieren a aspectos procesales de la invocación de la responsabilidad del Estado: la obligación de efectuar una notificación de la reclamación, la admisibilidad de la reclamación (requisitos relativos a la nacionalidad de la reclamación y el agotamiento de los recursos internos), la renuncia al derecho a invocar la responsabilidad, la capacidad de una pluralidad de Estados lesionados por el mismo “hecho internacionalmente ilícito” para presentar reclamos y los derechos de invocación cuando existe una pluralidad de Estados responsables¹². Los tres primeros de estos artículos se aplican igualmente a Estados que invocan la responsabilidad como un Estado agraviado o como un Estado no agraviado.

⁸ Art. 42.

⁹ Comentario a tercera parte, capítulo I, párrafo 1.

¹⁰ Art. 33(2).

¹¹ James Crawford, el último relator, está ciertamente consciente que la comunidad internacional incluye importantes actores que no son los Estados. En su excelente introducción a los artículos y comentario, él hace notar que “la comunidad internacional incluye entidades además de los Estados, por ejemplo, las Naciones Unidas, las Comunidades Europeas, el Comité Internacional de la Cruz Roja. Claramente hay otras personas o entidades además de los Estados hacia las cuales pueden existir obligaciones y las cuales pueden invocar responsabilidades por infracciones a esas obligaciones”. Crawford, *supra* nota 5, en 41. [Traducción libre]

¹² Arts. 43-47, respectivamente.

Los artículos 43 a 47 en general codifican el Derecho Internacional y son relativamente claros. Sin embargo, los artículos 45, 46 y 47 merecen una nota especial. El artículo 46 (pluralidad de Estados lesionados) y el artículo 47 (pluralidad de Estados responsables) fueron agregados en el año 2000 luego que el borrador de los artículos fuera adoptado en una primera lectura. Ellos dejan en claro que si hay una pluralidad de Estados lesionados o una pluralidad de Estados responsables, cada uno tiene derecho a presentar una reclamación contra cualquier Estado responsable sujeto a la limitación de que ningún Estado lesionado puede obtener una indemnización que exceda sus daños. Dado que problemas tales como la protección del medio ambiente normalmente involucran a más de un Estado lesionado y más de un Estado responsable, los artículos 46 y 47 pueden ser especialmente útiles. El artículo 45 analiza el caso que se produce cuando un Estado puede perder el derecho a invocar la responsabilidad del Estado, a saber, mediante la renuncia a su reclamo o por conducta que indica que ha dado “válidamente aquiescencia a la extinción de la reclamación”¹³. La última condición otorga considerable flexibilidad a un tribunal en la determinación de si el derecho ha sido perdido y, como el comentario indica¹⁴, refleja las relativamente diversas decisiones judiciales que sobre este punto ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en los casos *Certain Phosphate Lands in Nauru*¹⁵ y *LaGrand*¹⁶.

Definición de Invocación

Los artículos definen “invocación” en forma estrecha. El comentario al artículo 42 indica que el término “debe entenderse que la invocación significa adoptar medidas de carácter relativamente oficial como, por ejemplo, la presentación de una reclamación contra otro Estado o la iniciación de procedimientos ante una corte o tribunal internacional”¹⁷. Protestas, críticas o llamados para que otros Estados den cumplimiento a una obligación, no califican por sí mismos como invocar la responsabilidad de un Estado en conformidad con lo señalado en el artículo 42. Sin embargo, los reclamos ante comisiones de derechos humanos intergubernamentales, por ejemplo, o ante otros entes intergubernamentales deberían ser suficientes. Si bien la CDI puede haber definido la invocación en una forma estrecha, es probable que los artículos se apliquen cuando los Estados presentan reclamos menos formales de violaciones al Derecho Internacional. Por otra parte, conservando la definición estrecha, la Comisión puede haber dejado intencionalmente inalterado el derecho de Estados “no lesionados” para presentar reclamos menos formales que un Estado que ha infringido sus obligaciones internacionales, así como también cualesquiera derechos de individuos y entidades no estatales para presentar reclamos menos formales.

¹³ Art. 45 (b).

¹⁴ Comentarios, Art. 45, párrafo 7.

¹⁵ *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v Australia)*, Preliminary Objections, 1992 ICJ. 240 CIJ (June 26), [en adelante *Nauru*].

¹⁶ *LaGrand Case (Germany v. US.)*, Merits (ICJ June 27, 2001), 40 *ILM* 1069 (2001), disponible en <http://www.icj-cij.org>

¹⁷ Comentarios, Art. 42, párrafo 2.

II. ¿QUIÉN PUEDE INVOCAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS?

Históricamente ha habido considerable desacuerdo jurisprudencial acerca de si los acuerdos internacionales crean únicamente obligaciones bilaterales entre parejas de Estados individuales, si ellos también pueden crear un todo indivisible de modo que las obligaciones del tratado deben ser cumplidas en relación con cualquier otro Estado parte en el acuerdo, o si ellas pueden en algunos casos reflejar obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo¹⁸. Si el primer enfoque es aceptado, entonces derechos y obligaciones correlativos existen entre Estados individuales, y el Estado que detenta el derecho puede invocar la responsabilidad del Estado en contra del Estado que detenta la obligación. Esta teoría provee una orientación ordenada al Derecho Internacional, ya que ella hace que sea relativamente fácil identificar quién tiene la obligación y quién el derecho de invocación. Esta posición bilateralista fue la base del derecho tradicional de los tratados y subyace en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹⁹.

La segunda posición es más complicada, debido a que ella propone que algunos acuerdos crean derechos y obligaciones que son indivisibles para la totalidad de los Estados que son parte en un tratado y que cada Estado debe una obligación a cada uno de los otros Estados que son parte de dar cumplimiento a esas obligaciones del tratado. El Tratado (Limitado) para la Prohibición de Pruebas-Nucleares de 1963²⁰ y el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente de 1991²¹ constituyen un ejemplo de este enfoque. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados considera este problema en el artículo 60 al definir cuándo un Estado que es parte de un acuerdo multilateral puede poner término o suspender su cumplimiento en respuesta a una infracción importante por parte de otra parte contratante. El artículo 60 establece que cualquier Estado parte puede invocar una infracción importante para suspender el tratado en todo o en parte si “el tratado es de tal índole” que una violación grave “modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado”²².

El tercer enfoque postula que los acuerdos multilaterales o el Derecho Internacional consuetudinario pueden crear obligaciones que se deben a la comunidad internacional como un todo, como la CIJ sugirió en el caso *Barcelona Traction* (refiriéndose a ellas como obligaciones *erga omnes*)²³. Determinar cuáles Estados tienen el derecho a invocar una

¹⁸ Para un excelente análisis de esta materia, ver, por ejemplo, Bruno Simma, “Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility”, en *International Law at a Time of Perplexity* 821 (Yoram Dinstein ed., 1989); Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?” 77 *AJIL* 413 (1983) (alegando contra apartarse del bilateralismo tradicional).

¹⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, abierto para firma el 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS 331 (entró en vigor el 27 de enero de 1980).

²⁰ Tratado de Prohibición de Pruebas Nucleares en la Atmósfera, Espacio Exterior y Debajo del Mar, 5 de agosto de 1963, TIAS N° 5433, 480 UNTS 43 (entró en vigor el 10 de octubre de 1963) [en adelante LTBT (Limited Test Ban Treaty)].

²¹ Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, 4 de octubre de 1991, 30 *ILM* 1455 (1991).

²² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota 19, Art. 60.

²³ *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd.* (Belgium v. Spain), Second Phase, 1970 ICJ Rep. 3, 32 párrafo 33 (5 de febrero) [en adelante *Barcelona Traction*].

infracción de estas obligaciones como fundamento para adoptar remedios o contramedidas ha resultado ser controvertido. En teoría, los Estados deberían ser capaces de reclamar una infracción de estas obligaciones aún si ellos no han experimentado un agravio directo, pero la Corte no fue tan lejos en *Barcelona Traction* y, en efecto, en los anteriores casos *South West Africa* finalmente declinó concluir que los Estados solicitantes tenían derechos o intereses legales suficientes para establecer jurisdicción²⁴.

Es meritorio que la CDI considera las tres categorías de obligaciones y lo hace en una forma innovadora, aunque tal vez susceptible de controversia. Las primeras dos categorías son analizadas en el artículo 42 (a) y (b), respectivamente. La última es tratada a través del mecanismo del artículo 48(1) (b), el cual establece que un Estado puede invocar la responsabilidad del Estado si la obligación violada “existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto”²⁵. El artículo 48(1) (a) se refiere a la infracción de aquellas obligaciones debidas a un grupo de Estados y establecidas para la protección de los intereses colectivos del grupo. Estas obligaciones son distintas de aquellas cubiertas por el artículo 42(b) (en el cual la infracción debe afectar específicamente a un Estado y cambiar radicalmente la posición de los otros Estados a los cuales la obligación es debida). Discutiblemente, el artículo 48(1) (a) desarrolla una clase diferente de obligación, la cual deriva de la segunda categoría tradicional pero contiene elementos de la tercera. Ella está ligada a la importante distinción que la CDI hace entre los Estados agraviados y no agraviados, la cual es analizada más adelante. Notablemente, en este capítulo la CDI no se refiere o aún reconoce el importante papel de las entidades no estatales y los individuos en la invocación de la responsabilidad del Estado.

El Artículo 42 y el Estado Agraviado

Los artículos distinguen entre los Estados agraviados (artículo 42) y los Estados que no han sido agraviados (artículo 48). La distinción reemplaza las distinciones planteadas en deliberaciones previas de la Comisión, tales como entre Estados con agravios directos e indirectos. El artículo 42 faculta a un Estado

“como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe:

- (a) Con relación a ese Estado individualmente; o
- (b) Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación:

²⁴ *South West Africa cases (Eth. v. S. Afr.; Liber v. S. Afr.)*, Second Phase, 1966 ICJ Rep. 6 (18 de julio) [en adelante *South West Africa*]. En el anterior Pronunciamiento en las Objeciones Preliminares, la Corte resolvió que ella tenía jurisdicción debido a que tanto Etiopía como Liberia eran ex miembros de la Liga de las Naciones y por lo tanto podían presentar un reclamo contra Sudáfrica para hacer cumplir las obligaciones del mandato. *South West Africa cases (Eth v. S. Afr.; Liber. v S. Afr.)*, Preliminary Objections, 1962 ICJ Rep. 319 (Dec. 21). Pero en la fase de méritos, la Corte concluyó que había un interés legal insuficiente.

²⁵ Art. 48(1) (b).

- (i) afecta especialmente a ese Estado; o
- (ii) es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta²⁶.

El comentario deja en claro que la definición de agravio en el artículo 42 “sigue de cerca el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”²⁷, el cual trata de las infracciones importantes a los tratados. En conformidad con el párrafo (a), un Estado es agraviado si la obligación infringida era debida a él en forma individual. Esto podría ocurrir en conformidad con un acuerdo bilateral; un compromiso unilateral (tal como sería no utilizar un arma determinada o no pescar en una zona específica); una norma general de derecho internacional que da origen a obligaciones entre dos Estados, tales como aquellas que regulan las relaciones entre Estados ribereños en un curso de agua internacional; o un acuerdo multilateral en el cual los Estados tienen obligaciones específicas hacia los demás, como ocurre en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas²⁸. En conformidad con el párrafo (b), un Estado califica como un Estado agraviado, de acuerdo con el comentario, si es “afectado por la violación de manera que lo distinga de los demás Estados con relación a los cuales existe la obligación”²⁹ o la infracción afecta “*per se* a todos los demás Estados a los cuales existe la obligación”³⁰. Una infracción al Tratado (Limitado) para la Prohibición de Pruebas-Nucleares o la prohibición con respecto a reclamos territoriales soberanos en el Tratado Antártico ejemplifica esto último³¹. La Comisión escogió en el artículo 42 definir al Estado lesionado en una forma estrecha, y ha dejado para el artículo 48 las materias planteadas por el caso *Barcelona Traction* y los casos *South West Africa*.

La distinción de la Comisión en los artículos 42 y 48 entre un Estado lesionado y no lesionado asume que cuando un Estado infringe obligaciones tales como la prohibición respecto de genocidio o esclavitud y el derecho de auto-determinación, otros Estados no son lesionados. Pero esta presunción es cuestionable. En tanto que ellos pueden no ser lesionados en el sentido del artículo 42 sufren, no obstante, un agravio por el hecho que una obligación a la cual ellos suscriben ha sido infringida y por tanto el status de esta obligación podría verse amenazado a menos que una medida sea adoptada para hacer exigible dicha obligación³². A menudo los Estados ponen “marcadores” en la forma de declaraciones cuando ellos observan que otros Estados infringen obligaciones internacionales, tales como mediante el uso de agentes químicos o biológicos, aún cuando ellos no se encuentran agraviados en forma directa por ese uso. Ellos hacen eso para garantizar la integridad de la norma y prevenir su disolución

²⁶ Art. 42.

²⁷ Comentarios, Art. 42, párrafo 4.

²⁸ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, abierta para firma 18 de abril de 1961, TIAS N° 7502, 500 UNTS 95 (entró en vigor el 24 de abril de 1964).

²⁹ Comentarios, Art. 42, párrafo 12.

³⁰ Id., párrafo 13.

³¹ LTBT, *supra* nota 20; Tratado Antártico, 1 de diciembre de 1959, TIAS N° 4780, 402 UNTS 71 (entro en vigor el 23 de junio de 1961).

³² Ver Brigitte Stern, “Et si l’on utilisait le concept de préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée à l’occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats”, *2001 Annuaire Français de Droit International* 3 (argumentando contra una distinción entre Estados lesionados y no lesionados sobre la base que todos los Estados son en alguna medida lesionados).

a través de una práctica no controvertida. En este sentido, se puede argumentar que un artículo separado para tratar el caso de un Estado no lesionado induce a error.

El antiguo artículo 40, el predecesor de los artículos 42 y 48, no distinguía entre Estados con respecto a este punto y trataba a todos los Estados como igualmente agraviados. Este enfoque también presentaba problemas porque no todos los Estados eran igualmente agraviados. James Crawford, notando que este tratamiento no era conducente al desarrollo del derecho internacional público (en lugar del derecho internacional privado), argumentó que era importante distinguir entre los beneficiarios primarios (los titulares del derecho) y aquellos Estados con un interés jurídico en el cumplimiento, “sin consideración a cómo o si la infracción los ha afectado [a ellos]”³³.

El Artículo 48 y el Estado No Agraviado

Entonces, cuando la Comisión decidió crear un nuevo artículo (el artículo 48) en el cual los Estados podrían invocar la responsabilidad por una infracción de una obligación debida a la comunidad internacional como un todo, aún cuando los Estados no hubieran sufrido una “lesión” según el uso tradicional de ese término, ella hizo una importante innovación. La distinción podría proveer una base razonable para un posterior reconocimiento de los derechos de actores que no fueran los Estados para invocar la responsabilidad de los Estados en esas circunstancias. Si no se requiere agravio, entonces a los actores no estatales (quienes igualmente pueden encontrar difícil demostrar un agravio directo) les sería más fácil para alegar competencia para reclamar por infracciones de obligaciones debidas a la comunidad internacional como un todo. Como se analizará más adelante en el presente artículo, existe un precedente a nivel nacional para el derecho de grupos e individuos para presentar reclamos por infracciones de obligaciones medio ambientales aún cuando el grupo o los individuos no hayan sido agraviados en forma directa. El artículo 48 refleja desarrollos más recientes en el derecho internacional y representa su avance progresivo.

En conformidad con el artículo 48(1), los Estados que no son Estados lesionados pueden invocar la responsabilidad de otro Estado en dos contextos: si “(a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo”; o “(b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto”³⁴. El comentario indica que la primera categoría, artículo 48(1) (a), comprende aquellos acuerdos como convenios de seguridad regional, sistemas regionales para la protección de los derechos humanos, un convenio regional para la protección del medio ambiente³⁵. Dicha categoría refleja el caso *S.S. Wimbledon*³⁶, en el cual la Corte Permanente de Justicia Internacional

³³ James R. Crawford, “Responsibility to the International Community as a Whole”, 8 *Ind. J. Global Legal Stud.* 303, 320 (2001) [Traducción libre]

³⁴ Art. 48 (1).

³⁵ Comentarios, Art. 48, párrafo 7.

³⁶ *S.S. Wimbledon* (Ale. contra Reino Unido, Francia, Italia, Japón), 1923 PCIJ (ser. A) N° 1, en 15 (17 de agosto).

(CPJI) otorgó legitimación activa a Estados parte de un tratado multilateral aún cuando algunos de ellos no habían sufrido un agravio directo³⁷.

La parte más interesante y presumiblemente todavía sujeta a controversia del artículo 48 es el subpárrafo (1) (b), el cual cubre infracciones de obligaciones “en relación a la comunidad internacional en su conjunto.” Aquí la Comisión se hace eco del famoso *dictum* de la CIJ en *Barcelona Traction* en el sentido que existe una distinción entre obligaciones debidas a Estados en particular y aquellas debidas a la comunidad internacional en su conjunto y que en relación con la última, “se puede sostener que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección³⁸. A pesar que la Corte se refirió a éstas como obligaciones *erga omnes*, la Comisión evita este término sobre la base de que él ha sido algunas veces confundido con obligaciones debidas a todas las partes de un tratado. El artículo 48 esencialmente reversa la posición de la Corte en los casos *South West Africa*, donde la CIJ declinó reconocer el derecho de Etiopía y Liberia para obtener una declaración sobre la ilegitimidad de las acciones de Sudáfrica en *South West Africa* (hoy Namibia)³⁹. Este artículo permite a los Estados presentar reclamos con relación a obligaciones debidas a la comunidad como un todo⁴⁰. Esta categoría de obligaciones es probable que crezca, especialmente en materias relativas a la protección de los derechos humanos y el medio ambiente. En el caso *Barcelona Traction*, la Corte enunció un puñado de esas obligaciones: actos de agresión, genocidio, esclavitud, y discriminación racial⁴¹. Como se indica en el comentario⁴², la Corte en el caso *East Timor* agregó el principio de la “auto-determinación” como una obligación *erga omnes*⁴³. Se puede argumentar que también han emergido otras obligaciones, tales como una obligación de no disponer de desechos nucleares de niveles altos o medios en los océanos⁴⁴. Así, la CIJ no sólo refleja la

³⁷ Cuando Alemania rehusó permitir una nave británica bajo arrendamiento a una sociedad francesa navegar en el Canal Kiel, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón presentaron un reclamo contra Alemania por una infracción al Tratado de Versalles. La CPIJ reconoció el derecho a comparecer para los cuatro Estados sobre la base que los Estados tenían un interés legal, dado que ellos eran todos Estados parte del tratado multilateral y tenían naves que usaban el Canal Kiel, aún cuando Italia y Japón no tenían un interés pecuniario en el resultado de este conflicto en particular. El comentario al artículo 48, en el párrafo 7, nota 765, se refiere a este caso en apoyo del texto en el artículo 48.

³⁸ *Barcelona Traction*, *supra* nota 23, 1970 ICJ Rep. en 32, párrafo 33. [Traducción libre]

³⁹ *South West Africa*, *supra* nota 24.

⁴⁰ Para un análisis del cumplimiento con, y ejecución de, estas obligaciones, ver Karl Zemanek, *New Trends in the Enforcement of Erga Omnes Obligations*, en 2000 Max Planck Y.B. UN L. 1.

⁴¹ *Barcelona Traction*, *supra* nota 23, 1970 ICJ Rep. en 32, párrafo 34.

⁴² Comentarios, Art. 48, párrafo 9.

⁴³ *Timor Oriental (Portugal contra Australia)*, 1995 ICJ Rep. 90, 102, párrafo 29 (30 de junio).

⁴⁴ En conformidad con la Convención de Londres de 1972, el disponer de desechos radioactivos de alto grado en los océanos es prohibido y disponer de cualesquiera otros desechos radioactivos requiere un permiso especial. El Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimientos de desechos y otras materias, abierto para firma el 29 de diciembre de 1972, Art. IV & Anexos I, II, TIAS N° 8165, 1046 UNTS 120 [en adelante el Convenio de Londres de 1972]. Adicionalmente, el Artículo XII establece que las partes deben luchar para proteger los océanos de contaminación de, *inter alia*, desechos radioactivos. Id., Art. XII(d). En conformidad con la Organización Marítima Internacional (OMI), las partes en el Convenio de Londres de 1972 impusieron una moratoria en 1983 sobre la disposición de desechos radioactivos de bajo nivel y decidieron en 1993 modificar los Anexos I y II para prohibir la disposición de todos los desechos radioactivos. OMI, A brief description of the London Convention 1972 and the 1996 Protocol, en http://www.londonconvention.org/London_Convention.htm (modificado por última vez el 25 de marzo de 2001). Esta prohibición está incorporada en el Protocolo de 1996 al Convenio de Londres de 1972, la cual prohíbe la disposición de cualquier materia que tiene un nivel de radioactividad por encima de concentración *de minimis*. London Protocol to the International Maritime

aseveración de la Corte en el caso *Barcelona Traction*, sino que abre la posibilidad de que los Estados invoquen la responsabilidad de los Estados por la infracción de cualquiera obligación debida a la comunidad internacional.

El texto es significativo por aquello que no dice. El artículo 48 se refiere a la “comunidad internacional en su conjunto” y no a la comunidad internacional de Estados en su conjunto, que es la frase usada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁵. El comentario al artículo 25, donde la frase es introducida por primera vez, indica que la Comisión adoptó en forma intencional la frase más amplia usada en el caso *Barcelona Traction* y acuerdos internacionales posteriores, y rechazó incluir la frase “de Estados”⁴⁶. Esta formulación se ajusta a la posición de que la comunidad internacional ahora está compuesta por importantes actores que no son los Estados.

El artículo 48(2) establece que cualquier Estado que tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado puede solicitar no sólo la cesación del acto y garantías de que no volverá a ocurrir, sino también la reparación del interés del Estado agraviado o el de los beneficiarios de la obligación que ha sido infringida. No deja en claro a quiénes incluye esto último y el comentario no se explaya acerca de este punto. Los beneficiarios podrían extenderse, por ejemplo, a los individuos que se benefician de los tratados de derechos humanos. La disposición extiende el dominio dentro del cual opera la responsabilidad del Estado y, en este sentido, representa un desarrollo jurídico internacional progresivo.

La inclusión del nuevo artículo 48(1) (b) no fue aceptada sin controversia en la Comisión. Un miembro quiso eliminar el artículo en su integridad debido a que no era una materia central de responsabilidad del Estado. Al completar los artículos, la Comisión acordó eliminar cualquier disposición que articulaba la noción de crímenes internacionales, un concepto controvertido que había sido incluido en versiones anteriores⁴⁷.

La extensión del artículo 48 a cualquier Estado del derecho de invocar la responsabilidad del Estado por infracciones de obligaciones debidas a la comunidad internacional como un todo, es un desarrollo bienvenido. Si a los Estados no se les permitiera hacerlo, entonces muchas infracciones podrían ocurrir sin la amenaza de un reclamo por parte de algún Estado en contra de un acto ilegítimo. Este enfoque, sin embargo, entraña posibles peligros. Debido a que no se necesita ninguna decisión colectiva o decisión de terceros acerca de una infracción, la disposición deja a cada Estado la función de determinar si ha ocurrido una infracción a una obligación debida a la comunidad internacional como un todo y se presentará o no un reclamo. Al escribir acerca de la posible inclusión de los crímenes internacionales en los artículos de la CDI, D. N. Hutchinson se refirió a esta latitud como

Organization Convention on the Prevention of Marine Pollution by the Dumping of Wastes and other Matter, 7 de noviembre de 1996, Anexo I, 36 ILM 1, 21 (1997). Respaldo adicional para esta obligación se encuentra en la disposición del Tratado Antártico que prohíbe la disposición de todos los desechos radioactivos en la Antártica, lo cual comprende partes de tres océanos en la forma que se definen en el Tratado. Tratado Antártico, *supra* nota 31, Art. 5.

⁴⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota 22, Art. 53.

⁴⁶ Comentarios, Art. 25, párrafo 18.

⁴⁷ Para un análisis del comentario y el proceso de modificación, ver James Crawford, “Fourth Report on State Responsibility”, UN Doc. A/CN.4/517 & Add. 1 (2001) disponible en <http://www.un.org/law/ilc>.

abriendo el camino a “una especie de vigilantismo internacional”, con Estados siendo injustamente acusados de crímenes y sujetos a medidas perjudiciales sin una justa causa”⁴⁸. El temor es que los derechos conferidos por el artículo 48(1) pudieran ser usados para justificar actos motivados políticamente o intervenciones unilaterales por parte de un Estado para hacer exigible el derecho internacional. Para resguardarse contra la posibilidad de que un Estado pueda estar afecto a contramedidas basadas en un reclamo legal espurio en el sentido que ha infringido una obligación debida a la comunidad internacional como un todo⁴⁹, el capítulo sobre contramedidas, en el artículo 54, limita el derecho de un Estado que estaría facultado para invocar la responsabilidad de otro Estado en conformidad con lo dispuesto en el artículo 48(1), a “medidas lícitas”⁵⁰. El comentario indica que el uso de “medidas lícitas” en lugar de “contramedidas” en referencia al artículo 48(1) es deliberado; permite que la práctica evolucione en esta área⁵¹.

Si bien el argumento que el artículo 48 podría ser usado para fines espurios para justificar intervenciones unilaterales es serio, no debiera dársele mucho peso hoy en día. El lenguaje de la Comisión anticipa que las obligaciones tratadas en el artículo 48 serán, a lo menos por ahora, relativamente pocas y de un status comparable con aquellas reseñadas por la Corte en *Barcelona Traction* como obligaciones *erga omnes*. Más aún, los costos de un reclamo potencialmente frívolo o motivado políticamente, el cual pueda ser calificado judicialmente como tal, puede ser el precio a pagar por un sistema en el cual los Estados tendrán ahora el derecho a hacer a otros Estados responsables por la infracción de obligaciones debidas a la comunidad internacional como un todo.

Legitimación Activa Ante Tribunales Internacionales

Los principios subyacentes en los artículos 42 y 48 están en armonía con las tendencias en los cuerpos judiciales internacionales. La experiencia ante la Corte Europea de Derechos Humanos sugiere que los Estados no necesariamente requieren ser directamente agraviados para tener legitimación activa para presentar reclamos. En conformidad con la Convención Europea de Derechos Humanos, los Estados tienen derecho a presentar reclamos contra otros Estados por infracciones a la Convención, aún cuando el Estado que invoca ese derecho, una parte en la Convención, no sea directamente agraviado⁵². La Corte ha emitido

⁴⁸ D.N. Hutchinson, “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties”, 1988 *Brit. Y. B. Int’l L.* 152, 202 (citando a Bruno Simma por el término “una especie de vigilantismo internacional”, Bruno Simma, “International Crimes: Inquiry and Counter-measures”, en *International Crimes of State: A critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, 283, 299 (Joseph H. Wieler, Antonio Cassese, & Marina Spinedi eds., 1989)). [Traducción libre].

⁴⁹ Id., ver también Jonathan I. Charney, “Third State Remedies in International Law”, 10 *Mich. J. Int’l L.* 57, 101 (1989) (haciendo presente que “una expansión sustancial de los remedios del derecho internacional para dar a terceros Estados un papel importante... puede minar, en lugar de resaltar, la obediencia a la norma del derecho”, y sugiriendo que los remedios de terceros Estados en conformidad con el derecho internacional consuetudinario “pueden ser apropiados en el caso de unos pocos sujetos del derecho internacional bajo circunstancias limitadas”). [Traducción libre]

⁵⁰ Art. 54.

⁵¹ Comentarios, Art. 54 párrafo 7. Ver la contribución de David J. Bederman a este simposio, “Counterintuiting Countermeasures”, 98 *AJIL* 817, 827–28 (2002).

⁵² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, Art. 33, 213 UNTS 221, en la forma modificada por el Protocolo N° 11 de 11 de mayo de 1994, 33 *ILM* 960 (1994) (entró en vigor el 1 de noviembre de 1998); ver también Jochen A. Frowein, “The Contribution of the

pronunciamientos en a lo menos tres casos en los cuales un Estado ha reclamado de infracciones a la Convención por parte de otro Estado, y en otras instancias ha declarado solicitudes presentadas por Estados en contra de otros Estados admisibles ante la Comisión Europea de Derechos Humanos⁵³.

Otras convenciones internacionales de derechos humanos que del mismo modo permiten que los Estados reclamen acerca de la infracción de la convención por parte de otro Estado incluyen la Convención Americana sobre Derechos Humanos (para Estados que declaran a la Comisión competente para conocer reclamos Estado a Estado)⁵⁴, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos⁵⁵, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁵⁶, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (una disposición opcional para los Estados)⁵⁷, y la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (también una disposición opcional)⁵⁸. En todos estos ejemplos, los Estados pueden ejercitar sus intereses legales para garantizar el cumplimiento con el convenio internacional, a pesar que rara vez lo han hecho⁵⁹.

Dos áreas de la jurisprudencia de la CIJ son especialmente importantes para el tema de la invocación: en primer lugar, las solicitudes de terceros para intervenir en una disputa ante la Corte y, segundo, las disputas presentadas ante la Corte en las cuales una parte involucrada no fue incluida como parte en el procedimiento. En ambos casos, si bien la Corte ha celosamente asegurado su jurisdicción, se ha acercado recientemente hacia una posición más acogedora, lo cual es consistente con la posición adoptada por la CDI.

La CIJ ha sido muy cautelosa para definir el interés jurídico requerido para intervenciones por terceros en disputas ante ella⁶⁰. En tanto que su estatuto permite a terceros

European Union to Public International Law” en *The European Integration and International Co-ordination, Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann* 171, 175–77 (Armin von Bogdandy, Petros C. Mavroidis, & Yves Meny eds., 2002) (analizando medidas adoptadas por la Comunidad Europea en respuesta a la crisis de rehenes en Irán y a las violaciones de los derechos humanos en Kosovo y haciendo notar en 176 que el derecho internacional público permite acciones por “Estados no directamente afectados a graves infracciones al derecho internacional público”). [Traducción libre].

⁵³ La Corte ha emitido decisiones definitivas en los casos de *Chipre contra Turquía*, App. N° 25781 /94 (10 de mayo de 2001); *Dinamarca contra Turquía*, App. N° 34382/97 (5 de abril de 2000); e *Irlanda contra Reino Unido*, 25 Eur. Ct. H.R. (Ser. A.) (1978). La Corte también declaró admisible cuatro solicitudes contra Grecia en 1968; sin embargo, ninguna nueva acción fue adoptada con respecto a estas solicitudes. *Dinamarca contra Grecia*; *Noruega contra Grecia*; *Suecia contra Grecia*; *Holanda contra Grecia*, Referencia Hudoc N° REF00002880 (1968).

⁵⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, Art. 45, 1144 UNTS 123 (entró en vigor el 18 de julio de 1978).

⁵⁵ Carta Africana Sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, 27 de junio de 1981, Art. 47, 21 ILM 58 (1982) (entró en vigor el 21 de octubre de 1986).

⁵⁶ Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial, abierta para firma el 21 de diciembre de 1965, Art. 11, 660 UNTS 195 (entró en vigor el 4 de enero de 1969).

⁵⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, Art. 41, 999 UNTS 171 (entró en vigor el 23 de marzo de 1976).

⁵⁸ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, abierto para firma el 10 de diciembre de 1984, Art. 21, 1465 UNTS 85 (entró en vigor el 26 de junio de 1987).

⁵⁹ La mayoría de los reclamos ha sido presentada por individuos, ver *infra* notas 79–90 y texto correspondiente.

⁶⁰ Para un excelente análisis de remedios de terceros Estados, ver Charney, *supra* nota 49.

Estados intervenir, la Corte ha aceptado la intervención de terceros sólo en dos ocasiones. En el primer caso, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, en 1990⁶¹, la Corte confirió a Nicaragua el derecho a intervenir en una decisión relativa al régimen legal para las aguas en el Golfo de Fonseca. En el segundo caso, en 1999, la Corte permitió a Guinea Ecuatorial intervenir en la disputa fronteriza entre Camerún y Nigeria para proteger sus intereses jurídicos en la frontera marítima entre los dos⁶². En el caso más reciente, sin embargo, que involucró una disputa entre Indonesia y Malasia sobre *Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, la Corte declinó aceptar la solicitud de Filipinas para intervenir. Filipinas argumentó que una decisión de la CIJ podría afectar la condición e interpretación de varios convenios relativos a sus derechos soberanos en Borneo del Norte, pero no persuadió a la Corte⁶³, la cual resolvió que su pronunciamiento no influiría en realidad en el reclamo de Filipinas a Borneo del Norte⁶⁴. En un voto de disenso, el Juez Oda cuestionó cómo la Corte podía saber si su decisión en el caso afectaría los derechos de Filipinas a menos que al Estado se le permitiera intervenir y presentar sus argumentos.

La CIJ se ha pronunciado sobre su jurisdicción en a lo menos tres disputas que involucraban terceros países que no eran parte ante ella; la CPJI se pronunció una vez, cuando la Liga de las Naciones solicitó una opinión consultiva. Se reconoció jurisdicción en sólo uno de los casos.

En el caso *Carelia Oriental*, la CPJI declinó emitir una opinión consultiva en la interpretación de un tratado bilateral en una disputa entre Finlandia y Rusia sobre la situación de Karelia Oriental, debido a que Rusia había rechazado participar en el procedimiento y no

⁶¹ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Sal./Hond.), Application to Intervene, 1990 ICJ Rep. 92 (13 de septiembre) [en adelante la Intervención de Nicaragua].

⁶² *Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria (Camerún v. Nigeria)*, Application to Intervene, 1999 ICJ Rep. 1029 (Oct. 21). Al hacer eso, la Corte se refirió a su opinión en la *Intervención de Nicaragua*: “En la medida que el objeto de la intervención de un Estado es ‘informar a la Corte de la naturaleza de los derechos jurídicos de ese Estado los cuales se encuentran en discusión en la disputa’, no puede decirse que este objeto no es adecuado: parece en efecto estar de acuerdo con la función de la intervención”. *Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria*, *supra*, párrafo 14 (refiriéndose a la Intervención de Nicaragua, *supra* nota 61, en 130, párrafo 90). [Traducción libre]

⁶³ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indon. v. Malay)*, Application to Intervene (ICJ, Oct. 23, 2001). Borneo del Norte es el área anteriormente conocida como la British North Borneo Co. y es en la actualidad generalmente reconocido como Sabah, un Estado independiente de Malasia. Filipinas usa el término Borneo del Norte (en lugar de Sabah) debido a su reclamo de soberanía se encuentra en conflicto con aquel de Malasia.

⁶⁴ *Id.*, párrafo 82. Antes de hacer este pronunciamiento, la Corte articuló varios principios relativos a la intervención en conformidad con el artículo 62 del Estatuto de la Corte de Justicia Internacional. Específicamente, la Corte reiteró que los reclamos para intervención no requieren un vínculo jurisdiccional con las partes, *id.*, párrafo 35, y a mayor abundamiento que el reclamo aún no requiere referirse a la misma materia que el caso principal ante la Corte, *id.*, párrafos 48–55. Todo lo que se requiere para la intervención es que un interés jurídico pudiera estar afectado por la decisión en el caso, *id.*, párrafo 56, y la Corte amplió esta categoría al permitir que los intereses se relacionen no únicamente con lo dispositivo del caso, sino también a las razones necesarias para constituir lo dispositivo, *id.*, párrafo 47. El Juez Franck escribió separadamente para enfatizar que si Filipinas hubiera dado cumplimiento a su carga al alegar el efecto sobre su interés, el aún así habría denegado la intervención, resolviendo que su interés en soberanía sobre Borneo del Norte es contrario el derecho de auto-determinación sostenido y ejercitado por el pueblo de ese territorio y es por lo tanto excluido por el derecho internacional. *Id.*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Franck, párrafo 15.

reconoció la jurisdicción de la Liga o la Corte⁶⁵. Más tarde, en el clásico caso de Monetary Gold⁶⁶, la CIJ declinó aceptar jurisdicción en un reclamo presentado por Italia debido a que, si ella hubiera aceptado el caso, la Corte habría estado obligada a decidir si Albania había actuado ilegítimamente contra Italia, y Albania no era parte de los procedimientos ante la Corte. En el caso *Nauru* casi cuarenta años más tarde⁶⁷, la Corte aceptó jurisdicción aún cuando Australia argumentó que cualquier decisión involucraría los derechos y obligaciones de los otros dos Estados que habían sido designados conjuntamente por las Naciones Unidas en 1947 como la autoridad administrativa sobre el territorio de Nauru. El artículo 47 de la CDI refleja esta posición al establecer que si “varios Estados son responsables por el mismo acto ilegítimo internacionalmente, se puede invocar la responsabilidad de cada Estado”⁶⁸. En el caso más reciente, *Timor Oriental*⁶⁹, la Corte nuevamente declinó jurisdicción sobre la base de que habría tenido que resolver sobre la legitimidad de la conducta de Indonesia, la cual no era parte en el procedimiento. Ella alcanzó esta decisión aún cuando Portugal mantuvo que el derecho que Australia había infringido (el derecho de auto-determinación) era un derecho *erga omnes*. Así, la Corte ha sido bastante escrupulosa al insistir que no acepta jurisdicción sobre disputas en las cuales los intereses jurídicos de un Estado que no es parte en el procedimiento podrían ser objeto de un pronunciamiento, pero también ha sido sensitiva a la necesidad que los Estados no escapen a su responsabilidad porque varios Estados sean responsables, como en el caso *Nauru*.

A la luz de la cautelosa jurisprudencia de la CIJ en el delineamiento del “interés jurídico” requerido para que terceros intervengan y en la determinación acerca de si el “interés jurídico” de un Estado que no es parte en el procedimiento podría ser objeto de un pronunciamiento, la CDI merece una felicitación por ampliar el derecho de un Estado a invocar la responsabilidad de otros Estados por infracciones de obligaciones a la comunidad internacional como un todo, aún cuando el Estado que efectúa la invocación no fue “agraviado” (según se define por la Comisión).

Comparecencia ante Tribunales Nacionales

El enfoque de la CDI respecto a la naturaleza del derecho requerido para invocar la responsabilidad se encuentra también en consonancia con la práctica en algunos sistemas nacionales. Los requisitos de comparecencia en los tribunales nacionales para personas y grupos que desean hacer exigible la legislación nacional varían ampliamente entre los países. En los Estados Unidos, por ejemplo, la Constitución permite el ejercicio de acciones en representación de un grupo de individuos en la medida en que los individuos en el grupo o el grupo mismo sufren un agravio que es atribuible a un acto específico y puede ser remediado mediante una acción judicial⁷⁰. A pesar que no sea constitucionalmente requerido, el interés agraviado debe también caer dentro de la zona de intereses protegido por la ley. En la

⁶⁵ Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 1923 PCIJ (ser. B) N° 5, en 6 (23 de julio). El nombre actual del nombre del territorio es *Karelia*.

⁶⁶ Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (*Italy v. Fr., UK, US*), 1954 ICJ Re. 19 (June 15).

⁶⁷ *Nauru*, *supra* nota 15.

⁶⁸ Art. 47 (1).

⁶⁹ *Timor Oriental*, *supra* nota 43.

⁷⁰ Ver, por ejemplo, *Sierra Club contra Morton*, 405 U.S. 727 (1972) (desechando una acción debido a la falta de un interés reconocido).

práctica, la definición de agravio al grupo ha variado a lo largo de los años y con diferentes jurisdicciones; tal definición, sin embargo, se ha ampliado para permitir acciones por parte de grupos que comparten un espacio medio-ambiental⁷¹. Esta interpretación es análoga tal vez al artículo 48(1) (a), con relación al incumplimiento de una obligación debida a un grupo de Estados que ha sido establecida por el interés colectivo de esos Estados, a pesar que el requerimiento de un agravio, aunque sólo para permitir el uso de quienes comparten con otros un mismo espacio, probablemente la hace más cercana al artículo 42 sobre el Estado agraviado.

Entre los precedentes más pertinentes que respaldan el texto del artículo 48(1) de la CDI están aquellos del Tribunal Ambiental en Nueva Zelanda y el Tribunal de la Tierra y del Ambiente en New South Wales, Australia. En Nueva Zelanda, la legislación autoriza a los individuos a presentar reclamos ante el Tribunal Ambiental sin un requerimiento de agravio personal⁷². En lugar de ello, los individuos representan el interés público en la observancia de la ley⁷³. Los individuos pueden solicitar declaraciones para la interpretación de derechos y obligaciones en conformidad con la Ley de Administración de Recursos, solicitar órdenes de ejecución civil, o incluso, bajo ciertas circunstancias, solicitar la aplicación de sanciones criminales. Las autoridades locales y estatales, además de solicitar cualesquiera de los remedios judiciales indicados anteriormente, pueden emitir órdenes para hacer cesar las acciones ofensivas⁷⁴. El tribunal ha llegado a ser cada vez más activo. En tanto que se presentaron 1.224 reclamos y se emitieron 349 decisiones formales en el año finalizado en junio de 1997, para el año que terminó en junio de 2001 se presentaron 1.395 reclamos y se pronunciaron 833 decisiones⁷⁵. Así, las decisiones emitidas en un período de cuatro años se han más que doblado.

En forma similar, en conformidad con la Ley de Planificación y Evaluación Ambiental y la Ley de Patrimonio Hereditario de New South Wales, Australia, cualquier persona puede iniciar un procedimiento ante el Tribunal de la Tierra y el Ambiente solicitando “una orden para remediar o impedir una infracción de la presente Ley, sea o no que algún derecho de esa persona ha sido o pueda ser infringido por o a consecuencia de dicha infracción”⁷⁶. En la categoría de casos que involucran planificación y protección ambiental, el tribunal informó un incremento del 15 por ciento en el número de casos presentados en 2001 por sobre el año 2000, lo cual significa se recibieron cerca de 230 presentaciones⁷⁷. Nuevamente, esta

⁷¹ Comparar *Lujan contra Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992) (resolviendo que planes indefinidos para visitar otros países no pueden constituir la base para un agravio), con *Friends of the Earth contra Laidlaw Entvl. Servs.*, 528 U.S. 167 (2000) (resolviendo que el hecho que los residentes locales eviten de utilizar un río que ellos habrían usado si no fuera por el temor de contaminación, es suficiente para establecer un agravio).

⁷² Resource Management Act, 1991 §§ 31 (1), 316 (1), 338 (4) NZ). Cada sección contiene disposiciones para diferentes formas de cumplimiento por parte de los ciudadanos, y todas las secciones establecen que cualquier persona en cualquier tiempo puede iniciar estos procedimientos.

⁷³ Id. § 274 (1) (en la forma modificada en 1996, permitiendo a “cualquier persona que represente algún aspecto importante del interés público” comparecer y presentar evidencia ante el tribunal). [Traducción libre]

⁷⁴ Id. § 322.

⁷⁵ Report of the Registrar of the Environmental Court for the 12 Months Ended 30 June 2001, sec.2.1 (22 de junio de 2002).

⁷⁶ Este lenguaje aparece tanto en la Environmental Planning and Assessment Act, 1979 § 123 (NSW), como (en una forma ligeramente abreviada) la Heritage Act, 1977, § 153 (NSW). (énfasis añadido)

⁷⁷ *Land and Environment Court of NSW*, Annual Review 2001, en 17.

experiencia provincial proporciona un precedente para permitir a actores presentar reclamos formales en la ausencia de un agravio, con el objeto de proteger los intereses de la comunidad en el medio ambiente⁷⁸.

III. ACTORES NO ESTATALES QUE INVOCAN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Como el análisis anterior del artículo 48 lo sugiere, los artículos contienen elementos progresistas útiles relativos a la naturaleza del interés requerido para invocar la responsabilidad del Estado. Sin embargo, ellos deberían haber ido más lejos en reconocer un universo más expandido de participantes en el sistema internacional que tiene derecho a invocar la responsabilidad del Estado.

Como se ha indicado al comienzo, los artículos de la CDI se centran en las normas por las cuales los Estados pueden invocar la responsabilidad de otro Estado por la infracción de sus obligaciones internacionales. Pero el mundo ha evolucionado considerablemente en las últimas cuatro décadas desde que la Comisión inició sus deliberaciones. Tres áreas ilustran el importante papel de los individuos y las entidades no estatales en la invocación de la responsabilidad del Estado ante las instituciones de resolución de conflictos internacionales: los derechos humanos, protección del medio ambiente y la protección de inversionistas extranjeros. En muchos casos, convenios internacionales establecen disposiciones sobre los procedimientos para reclamos individuales. La extendida existencia de *lex specialis* contribuye al desarrollo del derecho internacional con relación a la invocación de la responsabilidad del Estado.

Derechos Humanos

Varios foros internacionales y regionales reconocen que los individuos tienen legitimación activa para presentar reclamos contra los Estados por violaciones a los derechos humanos. Dentro del sistema de las Naciones Unidas, cuatro convenios internacionales confieren a los individuos o grupos de individuos el derecho a reclamar acerca de violaciones de los derechos protegidos: el Primer Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁹, el Protocolo Opcional a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer⁸⁰, la Convención Contra la Tortura y Otras Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes⁸¹ y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁸².

⁷⁸ Los juicios que los ciudadanos pueden iniciar por las infracciones a la ley conducen a resoluciones de los tribunales, las cuales son comparables a medidas precautorias y restitución.

⁷⁹ Compromiso Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, *supra* nota 57, Primer Protocolo opcional, Art. 1, 999 UNTS en 302.

⁸⁰ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, abierto para firma el 1 de marzo de 1980, 1249 UNTS 13, Protocolo opcional, GA Res. 54 /4, anexo (6 de octubre de 1999) (entró en vigor el 22 de diciembre de 2000) [en adelante el Protocolo opcional a la Convención contra la Discriminación contra la Mujer]

⁸¹ Convención Contra la Tortura y Otras Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, *supra* nota 58, Art. 22.

⁸² Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, *supra* nota 56, Art. 14.

El Primer Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos otorga a los individuos el derecho a efectuar presentaciones escritas ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por infracciones al Pacto por aquellos Estados que han aceptado el Protocolo. Si el Comité resuelve que la petición es admisible, recibe presentaciones tanto de parte del individuo como del Estado contra el cual la petición se dirige y determina si ha ocurrido alguna violación. Desde su comienzo en 1977 y hasta el mes de agosto de 2002, el Comité registró 1.100 comunicaciones relativas a setenta Estados⁸³. Al 27 de agosto de 2002, el Comité ha expresado su opinión sobre los méritos en 403 casos, y 242 casos estaban “vivos” o pendientes⁸⁴. El número de presentaciones ha estado creciendo en forma anual y el Comité está funcionando cada vez más como un foro para la resolución de disputas relativas a los derechos humanos.

En 1999 Estados parte en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer adoptaron un Protocolo Opcional (basado en el modelo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) que da a los individuos o grupos de individuos el derecho a presentar comunicaciones escritas alegando ser víctimas de violaciones de alguno de los derechos establecidos en la Convención por los Estados que han aceptado el Protocolo⁸⁵. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha considerado desarrollar un protocolo opcional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual en forma similar conferiría a los individuos el derecho a reclamar de una falta de cumplimiento del Pacto por parte de un Estado que es parte de dicho protocolo.

Tanto la Convención Contra la Tortura como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial crearon un procedimiento de reclamo individual, del cual los Estados pueden hacerse parte. Al 30 de mayo de 2002, el Comité Contra la Tortura había registrado 200 comunicaciones contra 21 países, con 46 casos pendientes⁸⁶. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial considera reclamos presentados por individuos o grupos de personas que sostienen ser víctimas de discriminación racial por parte de un Estado que es parte en la Convención y que ha declarado que reconoce la competencia del Comité para recibir reclamos individuales. Entre 1982, cuando el procedimiento entró en vigencia, y hasta el 25 de junio de 2002, el Comité concluyó 21 casos contra siete países, con un caso pendiente⁸⁷. El Comité expresó sus puntos de vista basado en el mérito en 13 de los casos⁸⁸.

⁸³ Statistical Survey of Individual Complaints Dealt with by the Human Rights Committee Under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (Aug. 27 2002).

⁸⁴ Id.

⁸⁵ Protocolo opcional de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *supra* nota 80, Art. 2.

⁸⁶ Statistical Survey of Individual Complaints Dealt with by the Committee Against Torture Under the Procedure Governed by Article 22 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (May 30, 2002)

⁸⁷ Statistical Survey of Individual Complaints Considered Under the Procedure Governed by Article 13 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (June 25, 2002)

⁸⁸ Id.

A nivel regional, la evidencia es aún más persuasiva en el sentido que los individuos han pasado a ser actores importantes en la invocación de la responsabilidad del Estado. En el año 2001, la Corte Europea de Derechos Humanos recibió 31.393 comunicaciones individuales reclamando de violaciones de la Convención Europea sobre Derechos Humanos. De estos, la Corte registró 13.858 solicitudes, tomó decisiones en 9.728, y emitió pronunciamientos en 888 casos. Las cifras han ido creciendo cada año. En el año 1999, la Corte registró 8.400 solicitudes y en el año 2000, 10.482, y emitió 177 y 695 pronunciamientos en esos años, respectivamente⁸⁹. Estas cifras exceden con mucho aquellas de los reclamos de Estado a Estado.

En el sistema interamericano, los individuos también pueden presentar reclamos por violaciones a los derechos humanos, a pesar que no en forma directa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los individuos deben inicialmente presentar un reclamo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual puede dirigirla a la Corte⁹⁰. Este procedimiento de peticiones individuales se ha utilizado con frecuencia. Uno podría también buscar una analogía al sistema interamericano y argumentar que los fiscales en las Cortes para la ex Yugoslavia y para Ruanda están similarmente presentando reclamos en representación de individuos en contra de Estados, aunque contra individuos actuando por el Estado o bajo el color de autoridad estatal⁹¹.

Al nivel nacional, los tribunales de los Estados Unidos han reconocido el derecho de los individuos a presentar reclamos por actos que se alega que otros individuos realizaron como funcionarios en infracción a la “ley de las naciones”. En *Kadic v. Karadzic*, uno de los casos más publicitados, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito reconoció el derecho de víctimas de ciertas atrocidades pretendidamente cometidas por Radovan Karadzic para presentar reclamos legales internacionales ante los tribunales de los Estados Unidos⁹². En el año 2002, un tribunal de distrito federal declinó reconocer

⁸⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Aperçu* 2001, en 29.

⁹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra* nota 54, Art. 44.

⁹¹ Ambos tribunales fueron establecidos por el Consejo de Seguridad en conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. SC Res. 827, UN SCOR, 48ava. Ses., Res. & Dec., en 29 UN Doc. S/INF 49 (1993) (estableciendo el Tribunal para la ex Yugoslavia); SC Res. 955, UN SCOR, 49ava. Ses., Res. & Dec., en 15, UN Doc. S/INF/50 (1994) (estableciendo el Tribunal para Ruanda). Los estatutos de los dos tribunales permiten al fiscal iniciar una acusación por su propia cuenta, o sobre la base de información recibida de cualquier fuente (a pesar que los Estatutos establecen una preferencia por la información proveniente de Estados u organizaciones formales, los individuos no se encuentran impedidos de proporcionar información con el objeto de iniciar un procedimiento). El estatuto del tribunal internacional para el procesamiento de personas responsables por graves violaciones al Derecho Humanitario Internacional cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia desde 1991, Art. 18, 32 ILM 1192 (1993); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Procesamiento de Personas responsables por Genocidio y otras graves violaciones al Derecho Humanitario Internacional cometidos en el Territorio de Ruanda y Ciudadanos de Ruanda responsables por Genocidio y otras de dichas violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos, entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, Art. 17 anexo a SC Res. 955, *supra*, reimpresso en 33 ILM 1602 (1994). Para una visión general del tribunal para la ex Yugoslavia, véase Michael P. Scharf “A Critique of the Yugoslavia War Crimes Tribunal”, 25 Denv. J. Int’l L. & Pol’y 305 (1997) (indicando que el Tribunal es una mejora con respecto al Tribunal de Nuremberg, pero que está lejos de ser un sistema perfecto).

⁹² *Kadic contra Karadzic*, 70 F. 3ro. 232 (2do Cir. 1995) (el tribunal encontró jurisdicción sobre la materia bajo la Alien Tort Act, 28 USC § 1350 (1988). La Alien Tort Act otorga a los tribunales federales de los Estados Unidos

jurisdicción sobre Robert Mugabe, el presidente de Zimbabwe, y varios altos funcionarios de gobierno, por pretendidos actos de tortura y terrorismo, pero sí determinó que ellos podrían ser notificados en sus calidades de líderes de su partido político, el *African National Union – Patriotic Front*⁹³. Al hacer esto, el tribunal indicó que interpretaba la “inmunidad” en forma restringida, aún frente a interpretaciones en contrario de obligaciones de tratados por parte de la rama ejecutiva de los Estados Unidos⁹⁴. En tanto que por una parte, estos casos se relacionan con la extensión de la responsabilidad del Estado a individuos que actúan por el Estado o bajo el color de autoridad estatal, por otra parte, ellos revelan la tendencia creciente a abrir los tribunales a los individuos que reclaman infracciones a las obligaciones internacionales.

Protección del Medio Ambiente

Los desarrollos en el Derecho Internacional del medio ambiente han comenzado a reflejar aquellos ocurridos en el campo de los derechos humanos, a pesar que todavía en una forma modesta. El Convenio Norteamericano de Cooperación Ambiental, negociado como un acuerdo paralelo al Convenio Norteamericano de Libre Comercio, confiere a las organizaciones no gubernamentales y a los individuos el derecho a reclamar que uno de los tres Estados parte del convenio “está dejando de hacer cumplir efectivamente sus leyes relativas al medio ambiente”⁹⁵. Esta disposición ha sido también interpretada que confiere a

jurisdicción original sobre reclamos por actos extracontractuales cometidos por extranjeros en infracción del derecho de las naciones (o un tratado de los Estados Unidos). El tribunal de primera instancia había desestimado la jurisdicción *ratione materiae* debido a que sostuvo que únicamente las acciones de los Estados, y no las acciones por los individuos, podían violar el derecho de las naciones. La corte de apelación revocó el fallo, resolviendo en lugar de ello que ciertas acciones individuales (genocidio, crímenes de guerra, y algunos crímenes contra la humanidad) son violaciones al derecho de las naciones. La corte también sugirió que Karadzic podría ser responsable por otros crímenes como presidente de la República Srpska debido a que, aún cuando Srpska no fue nunca reconocida como un Estado, parecía satisfacer el criterio para ser un Estado, incluyendo tener soberanía sobre tierra y pueblo. *Karadzic*, 70 F. 3ro. En 245; ver también *Forti contra Suarez-Mason*, 672 F. Spp. 1531 (N.D. Cal. 1987) (concluyendo en un juicio presentado por ciudadanos argentinos en los Estados Unidos contra un ex general argentino que sostenía que la tortura oficial, la prolongada detención arbitraria y la ejecución sumaria todos dan pie a reclamos de responsabilidad extracontractual por delitos internacionales que podían ser conocidos en conformidad con la Alien Tort Law):

⁹³ *Tachiona v. Mugabe*, 169 F. Supp. 2da. 259 (SDNY 2001). La Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York denegó la solicitud del gobierno de los Estados Unidos para reconsiderar la decisión, 186 F. Supp. 2da. 383 (SDNY 2002)

⁹⁴ El caso analiza la materia de quién puede ser demandado, pero también demuestra la receptividad del tribunal a dejar que los individuos traten de hacer responsables a los funcionarios por las violaciones al derecho internacional, aún cuando solamente en su papel simultáneo como líderes de una organización no gubernamental.

⁹⁵ Convenio Norteamericano de Cooperación Ambiental, 8–14 de septiembre, 1993, U.S. – Can – Mex., Art. 14, 31 ILM 1480 (1993) [en adelante NAAEC]. El artículo 14 establece, en su parte pertinente:

1. La Secretaría puede considerar una presentación por parte de una organización no gubernamental o persona que sostenga que una Parte se encuentra en falta de hacer cumplir en forma efectiva sus leyes ambientales, si la Secretaría encuentra que la presentación:
 - a) consta por escrito en un lenguaje designado por esa Parte en una notificación a la Secretaría;
 - b) identifica claramente a la persona u organización que efectúa la presentación;
 - c) proporciona suficiente información de modo de permitir que la Secretaría revise la presentación, incluyendo cualquier evidencia documental sobre la cual la presentación pueda ser fundada;
 - d) aparece dirigida a promover el cumplimiento más que acosar a la industria;

las empresas, individualmente, el derecho a presentar un reclamo⁹⁶. En respuesta a una petición admisible, la Secretaría de la Comisión establecida en el convenio solicita una respuesta al Estado, y después de considerar ambas, puede recomendar la preparación de antecedentes sobre los hechos para el Consejo. El Consejo, por una votación de dos tercios, puede entonces ordenar que se prepare los antecedentes de hecho y tiene la opción, nuevamente por una votación de dos tercios, de hacerlos públicos⁹⁷. Al 8 de octubre de 2002, la Comisión de Cooperación Ambiental había recibido treinta y cinco presentaciones referidas a materias de cumplimiento desde su establecimiento en 1995, con un fuerte aumento en su número en los últimos años⁹⁸. A esa fecha, la Comisión había preparado y publicado antecedentes sobre los hechos en tres casos y estaba en el proceso de preparar siete otros⁹⁹. La mayoría de las presentaciones fueron hechas por varias organizaciones y a menudo por individuos.

Los individuos o entidades no gubernamentales preocupadas acerca de infracciones a las leyes ambientales o de recursos naturales pueden ahora presentar reclamos contra un Estado y solicitar un arbitraje a la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). Las nuevas Normas Opcionales de Arbitraje para la resolución de conflictos relativos a los recursos naturales y/o el Medio Ambiente de la CPA fueron adoptadas en forma unánime el 19 de junio de 2001¹⁰⁰. Ellas fueron modeladas conforme a las Reglas de Arbitraje *UNCITRAL*.

Reclamos de Inversionistas

Cuando la Comisión de Derecho Internacional comenzó su trabajo, la responsabilidad del Estado en general significaba las normas sustantivas para la protección de extranjeros, especialmente en el área de inversión extranjera¹⁰¹. En ese tiempo, los reclamos de inversionistas extranjeros eran vistos en gran medida en términos de protección diplomática, como reclamos presentados por un Estado por agravios a sus nacionales. Dentro de la última

-
- e) indica que la materia ha sido comunicada por escrito a las autoridades correspondientes de la Parte e indica la respuesta de la Parte, si la hubiere; y
 - f) es presentada por una persona u organización que reside o se encuentra establecida en el territorio de una Parte

Nótese que en ninguna parte de este artículo 14 se exige que la persona u organización que haga la presentación demuestre un agravio. [Traducción libre].

⁹⁶ Methanex Submission, SEM – 99 – 001 (Oct. 18, 1999), en la cual *Methanex Corp.* constituida en conformidad con las leyes de Alberta, Canadá, alegó que California y/o los Estados Unidos habían dejado de cumplir reglamentaciones ambientales. Al 30 de junio de 2000, la Secretaría resolvió que no procedería con esta presentación debido a que la disputa también era objeto de un reclamo presentado en conformidad con el Capítulo 11 de Nafta. En conformidad con el Art. 14.3 (a) de la NAAEC, la secretaria no está autorizada para proceder con una presentación si la respuesta de la Parte indica que la materia es objeto de un procedimiento judicial o administrativo que se encuentra pendiente.

⁹⁷ NAAEC, *supra* nota 95, Art. 15.

⁹⁸ Citizen Submissions on Enforcement Matters, en <http://www.cec.org/citizen/index.cfm?varlan=english> (visitada el 8 de octubre de 2002). Para un análisis informativo del trabajo de la comisión con respecto a estas presentaciones, ver David L. Markell, “The Commission for Environmental Cooperation’s Citizen Submission Process”, 12 *GEO. Int’l L. Rev.* 545 (2000).

⁹⁹ Citizen Submissions on Enforcement Matters, *supra* nota 98.

¹⁰⁰ Corte Permanente de Arbitraje, Normas Opcionales de Arbitraje para la resolución de conflictos relativos a los recursos naturales y/o el medio ambiente (29 de junio de 2001).

¹⁰¹ Daniel Bodansky & John R. Crook, “Introduction and Overview”, 96 *AJIL* 773 (2002) (presentando este simposio y proporcionando detalles de desarrollo histórico del trabajo de la CDI).

década o dos, sin embargo, los inversionistas han cada vez más recurrido directamente a los procedimientos de solución de controversias por infracciones. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) establece un mecanismo para que los Estados y los inversionistas extranjeros solucionen sus disputas en forma voluntaria. Más de cincuenta partes contratantes de la Convención del CIADI han dictado legislación que permite el arbitraje o la conciliación del CIADI¹⁰². Más de mil quinientos tratados bilaterales de inversión y cuatro tratados multilaterales, incluyendo el Convenio Norteamericano de Libre Comercio, designan al CIADI como un foro para la solución de controversias¹⁰³. Desde su establecimiento, el CIADI ha recibido noventa y tres solicitudes de arbitraje y tres solicitudes de conciliación¹⁰⁴. Ocho casos han sido presentados en conformidad con las disposiciones del Convenio Norteamericano de Libre Comercio relativas a la solución de controversias.

Los inversionistas también han podido presentar reclamos ante tribunales nacionales o tribunales administrativos en conformidad con convenios de inversión bilaterales. Al mes de diciembre de 2000, los Estados Unidos habían firmado cuarenta y cinco tratados bilaterales de inversión¹⁰⁵, treinta y siete de los cuales estaban en vigencia¹⁰⁶. La disposición estándar en esos tratados permite a un inversionista individual usar los tribunales de justicia o los tribunales administrativos de la parte involucrada en la disputa, recurrir al CIADI u otros procedimientos de arbitraje internacional acordados, y obtener un remedio preventivo provisorio nacional durante el proceso de arbitraje.

Los Tribunales de la Comunidad Europea

Por más de una década, la Corte de Justicia Europea ha reconocido el derecho de los individuos para solicitar reparaciones por parte de los Estados por infracciones al Tratado que Establece la Comunidad Económica Europea. En el pronunciamiento hito *Francovich*, dictado en 1990, la Corte permitió a ciudadanos italianos solicitar reparaciones por salarios perdidos causados por la pretendida infracción de la obligación de Italia en conformidad con el tratado para implementar una directiva de la Comunidad Europea estableciendo una protección mínima para los trabajadores en el caso de insolvencia del empleador¹⁰⁷. La Corte estableció tres condiciones que permitían para que prosperaran los reclamos individuales: que el propósito de la directiva fuera establecer derechos individuales; que el contenido de los derechos sólo podía ser determinado por las disposiciones de la directiva; y que existiera un vínculo de causalidad entre el incumplimiento del Estado de implementar la directiva y el

¹⁰² Andrés Rigo, IGSID: An Overview, en Int'l Arb. Rep., Invierno 2002 (Fulbright & Jaworski) (también disponible en mimeo del autor). Para la Convención IGSID, ver Convention for the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States, 18 de marzo de 1965, TIAS N° 6090, 575 UNTS 159.

¹⁰³ Rigo, *supra* nota 102. Los cuatro son el North American Free Trade Agreement (NAFTA), 8 – 17 de diciembre de 1992, Art. 1120, 32 ILM 286 (1993); Energy Charter Treaty, abierto para firma 17 de diciembre de 1994, Art. 26 (4), 34 ILM 381 (1995); Protocolo de colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur CMC/Dic. N°11/93); Treaty on Free Trade, 13 de junio de 1994, Colom. – Venez. – Mex., Arts. 17 – 18.

¹⁰⁴ Rigo, *supra* nota 102. La tasa de presentaciones para arbitraje ha aumentado de un promedio de una por año a una por mes.

¹⁰⁵ US Dept. of State, List of US Bilateral Investment Treaties Through December 2000 (Jan. 22, 2001)

¹⁰⁶ US Dept. of Commerce, Trade Compliance Center.

¹⁰⁷ Casos Unidos C-6/90 & C-9/90, *Francovich contra Italia*, 1991 ECR I – 5357.

daño sufrido¹⁰⁸. Casos posteriores han extendido el alcance de esta decisión. En 1996, en *Brasserie du Pêcheur*, la Corte anunció que los individuos podían solicitar reparaciones por una infracción grave al derecho internacional que violara sus derechos¹⁰⁹. En *Dillenkofer*, la Corte dictaminó que el incumplimiento por parte de un país de la obligación de implementar una directiva del Consejo de una manera oportuna constituía *per se* una infracción grave al derecho internacional, dictamen que de este modo extendió el ámbito de los actos por los cuales los individuos podían solicitar reparaciones en conformidad con *Brasserie du Pêcheur*¹¹⁰.

Más recientemente, en el mes de mayo de 2002, una decisión del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas extendió en forma importante las posibilidades para que los individuos cuestionaran las medidas de aplicación general de la Comunidad¹¹¹. Hasta ahora, los tribunales de la Comunidad Europea han exigido que los individuos demuestren agravios especiales, que los afectan específicamente, para cuestionar medidas de aplicación general. La decisión *Jégo-Quéré* otorga legitimación activa a cualquier individuo que es afectado en forma inmediata y directa, sea o no que otras personas hayan sido asimismo afectadas. La decisión, si ella es sostenida, podría abrir los tribunales de la Comunidad Europea a muchos más reclamos individuales, y refleja la tendencia internacional más amplia de expandir la definición de aquellos que tienen un interés legal en el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ)

Únicamente los Estados pueden presentar reclamos contra otros Estados ante la CIJ por la falta de cumplimiento de obligaciones internacionales. No obstante ello, la Corte estuvo cerca de dar efecto a derechos de los individuos en el caso *LaGrand* y en opiniones consultivas anteriores sobre materias relativas a los miembros del personal de las Naciones Unidas.

En *LaGrand*, la CIJ sostuvo que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹¹², en el artículo 36, creaba derechos individuales, los cuales Alemania como el Estado nacional de la persona detenida podría presentar como un reclamo de protección diplomática ante la Corte¹¹³. Alemania además reclamaba que el derecho de los individuos a ser informados de sus derechos sin demora era un derecho humano individual, pero la Corte hizo ver que dado que había encontrado que los Estados Unidos había infringido los derechos

¹⁰⁸ Id. párrafo 40.

¹⁰⁹ Casos Unidos C-46 /93 & C-48/93. *Brasserie du Pêcheur SA contra Alemania y La Reina contra Secretario de Transporte, ex parte Factortame Ltd.*, 1996 ECR I-1029, [1996] 1 CMLR 889 (1996) (tanto Alemania como Gran Bretaña no han cumplido con la obligación de derogar reglamentaciones económicas que se encuentran en conflicto con ciertos aspectos del derecho de la Comunidad).

¹¹⁰ Casos Unidos C-178 /94, C-179 /94, C-188 /94, C-189 /94, & C-190 /94, *Dillenkofer contra Alemania*, 1996 ECR I – 4845, [1996] 3 CMLR 469 (1996).

¹¹¹ Caso T – 177 /01, *Jégo-Quere & Cie. SA. contra Comisión* (3 de mayo de 2002) (Cuestionamiento de una compañía pesquera francesa a la reglamentación de la Comunidad Europea que prohíbe el uso de cierto tipo de red de pesca, cuando dicha reglamentación no se aplicaba únicamente a dicha compañía y no causaba un daño único).

¹¹² Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963, TIAS N° 6820, 596 UNTS 261 (entró en vigor el 19 de marzo de 1967).

¹¹³ *LaGrand*, *supra* nota 16, párrafo 77.

de los hermanos LaGrand establecidos en conformidad con el artículo 36, párrafo 1 de la Convención, no necesitaba considerar ese argumento adicional¹¹⁴. El reconocimiento de la Corte de que la Convención de Viena creaba derechos individuales podría, sin embargo, afectar la práctica judicial doméstica en los Estados Unidos¹¹⁵. En respuesta al caso LaGrand, la Corte de Apelaciones en lo Criminal de Oklahoma suspendió la ejecución de un nacional mejicano en el mes de septiembre de 2001. Sin embargo, la decisión de la corte el 1 de mayo de 2002, indicó que sea o no que la Convención de Viena cree derechos individuales, ella no podía proporcionar un remedio judicial cuando el solicitante no había planteado inicialmente ese punto¹¹⁶.

En las opiniones consultivas relativas a los miembros del personal de las Naciones Unidas, la Corte de hecho conoció los reclamos de individuos, aunque no como un asunto de ley formal. En 1955 la Asamblea General de las Naciones Unidas, siguiendo el consejo de la Corte Internacional de Justicia, creó un Comité sobre Solicitudes para la Revisión de Pronunciamientos de Tribunales Administrativos para recibir peticiones de miembros del personal (o el Secretario General de las Naciones Unidas o un Estado miembro) para que la Corte Internacional de Justicia revise un pronunciamiento del Tribunal Administrativo y emitiera una opinión consultiva respecto del mismo¹¹⁷. En las décadas de los años '70 y '80, la CIJ revisó tres de esos casos. Si bien las solicitudes formalmente emanaron del comité de la Asamblea General, el procedimiento que se siguió fue que el solicitante los dirigiera al Secretario General de las Naciones Unidas, quien entonces los remitió sin modificación a la Corte. Aun cuando individuos, por supuesto, no tienen un derecho a comparecer ante la CIJ, este procedimiento, a través de un sutil resquicio, efectivamente les confirió derecho a que la Corte revisara su caso. El comité y el procedimiento de revisión fueron abolidos en 1995¹¹⁸.

Estos datos relativos a los campos de los derechos humanos, protección del medio ambiente y protección de los inversionistas extranjeros, todos ellos bastante diferentes entre sí, y la experiencia en la Comunidad Europea, apuntan en la misma dirección. Los individuos, las organizaciones no gubernamentales y las corporaciones pueden dirigirse a un cada vez creciente número de foros ante los cuales presentar reclamos formales invocando la responsabilidad del Estado por la falta de cumplimiento de obligaciones internacionales. El uso por su parte de estos foros es cada vez mayor, aumentando en algunos casos rápidamente. Uno puede anticipar que los procedimientos que confieren a los actores no Estados derechos a presentar reclamos contra los Estados pueden expandirse a otras áreas del derecho internacional y a otros foros¹¹⁹.

¹¹⁴ Id. Párrafo 78.

¹¹⁵ Ver William J. Aceves, Case Report: LaGrand (*Alemania contra Estados Unidos*), 96 AJIL 210 (2002).

¹¹⁶ *Valdez contra Oklahoma*, 46 P. 3ro 703 (Okla. Crim. Appe. 2002). La corte se basó en *Beard contra Greene*, 523 U.S. 371 (1998), para concluir que los requisitos de procedimiento de la ley estatal impedían el reclamo del peticionario, y rechazó el argumento del peticionario en el sentido de que no había un remedio legal disponible en la primera solicitud, debido a que el caso *LaGrand* no había sido aún decidido.

¹¹⁷ GA Res. 97, UN GAOR, 10ª. Ses., Supp. N° 19, en 30 UN Doc. A/3116 (1995).

¹¹⁸ Ver Edith Brown Weiss, Introduction to Part III, en Paul C. Szasz, Selected Essays on Understanding International Institutions and the Legislative Process 239 (Edith Brown Weiss ed., 2001). Debido a que el procedimiento fue abolido, los miembros del personal de las Naciones Unidas individuales ya no tenían este acceso "indirecto" a la Corte.

¹¹⁹ En un acontecimiento relacionado, las organizaciones no gubernamentales y los individuos tienen el derecho a reclamar ante el Panel de Inspección del Banco Mundial, que el Banco Mundial, una organización

IV. LA CDI Y LOS ACTORES NO ESTATALES

Las deliberaciones de la CDI revelan que sus miembros estaban muy conscientes de la posibilidad que entidades que no fueran los Estados pudieran invocar la responsabilidad del Estado. Algunos desearon tratar esta materia, en tanto que otros no lo quisieron. Al fin de cuentas, la CDI se refirió a la materia en la segunda parte (la cual trata en contenido de la responsabilidad internacional de los Estados), pero no en los artículos de la tercera parte sobre la invocación de la responsabilidad del Estado. El enfoque general de la Comisión con respecto a los individuos y las entidades no estatales fue dejar esta materia a *lex specialis* más que enunciar una norma general. Como consecuencia de ello, si (y en qué medida) las entidades que no sean los Estados pueden invocar la responsabilidad, varía dependiendo de la norma primaria involucrada.

En consonancia con este enfoque, pocas partes textuales de los artículos se refieren directamente al tema. La única referencia explícita a los individuos y a las entidades no estatales aparece en el artículo 33(2), el cual establece que la segunda parte “sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional de un Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”¹²⁰. Así, el artículo reconoce que la norma primaria puede proporcionar derechos para entidades no estatales. Además, los artículos en la segunda parte no se refieren al actor al cual la obligación es debida, y en este sentido son redactados en forma consistente con las obligaciones que se establecen para los actores no estatales. El comentario al artículo 33(2) agrega que en dichos casos, “es posible que se disponga de un procedimiento mediante el cual dicha entidad pueda invocar la responsabilidad por cuenta propia y sin mediación de ningún Estado”¹²¹, y se refiere a tratados sobre derechos humanos y convenios de protección de inversión bilaterales o regionales. Para que no haya ninguna duda, el comentario también hace presente que “los artículos no tratan la posibilidad de la invocación de la responsabilidad por personas o entidades que no sean Estados y esto queda en claro en el párrafo 2”¹²².

El artículo 55, “*Lex specialis*”, en la cuarta parte (disposiciones generales), agrega en forma más general que los artículos no se aplican “en el caso y en la medida en que...el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se

intergubernamental, ha dejado de seguir sus procedimientos en su financiamiento de proyecto y que esta falta ha perjudicado en forma directa a ellos y sus intereses. Ver 2 Banco Mundial, Manual de Operaciones, Op. 17.55, Anexos A,B,C. Al mes de junio de 2002, el panel había recibido 26 solicitudes, 12 de las cuales condujeron a investigaciones pro parte del panel. Ver Banco Mundial, Síntesis de Solicitudes para Inspección. La oficina del Asesor de Cumplimiento / Ombudsman (CAO) para la Corporación Financiera Internacional (IFC) y la Agencia de Garantía para Inversión Mutua (MIGA), creadas en 1998, reciben reclamos de individuos y comunidades afectadas en forma adversa por los proyectos respaldados por la IFC y la MIGA. Ver Ombudsman Asesor de Cumplimiento, Introducción; Centro para el Derecho Ambiental Internacional, El Asesor de Cumplimiento / Ombudsman (CAO). Otros bancos de desarrollo multilaterales también tienen mecanismos de revisión, a pesar que ninguna tan formal e independiente como el Panel de Inspección del Banco. El Banco Asiático de Desarrollo, Oficina del auditor General; el Banco Asiático de Desarrollo, Oficina de Evaluación y Supervisión. El panel de Inspección del Banco Mundial y similares oficinas muestran crecientes esfuerzos para proporcionar a la sociedad civil medios para mantener a las organizaciones intergubernamentales internacionales responsables por sus acciones.

¹²⁰ Art. 33 (2) (énfasis añadido).

¹²¹ Comentarios, Art. 33, párrafo 4.

¹²² Id.

rijan por normas especiales de derecho internacional”¹²³. Este principio se aplica si existe una inconsistencia entre dos disposiciones o la intención que una excluya a la otra. Así, los artículos con respecto a invocación “se aplican de manera supletoria”¹²⁴, y no afectan los derechos legales internacionales de los individuos o las entidades no Estados en conformidad con regímenes de tratados particulares.

Ciertamente, estos artículos son consistentes con el cuerpo de práctica internacional en expansión que se detalla más arriba, en el cual los individuos y las entidades no Estados invocan la responsabilidad del Estado bajo convenios internacionales específicos o aún bajo el derecho internacional consuetudinario. Ellos representan, en un sentido, un pequeño triunfo para aquellos miembros que desean tomar en cuenta el papel de los individuos y las entidades no Estados en el sistema internacional.

Pero se podría haber hecho más, tanto para reflejar el derecho internacional existente como para proyectar su desarrollo progresivo. En especial, la tercera parte con respecto a la invocación de la responsabilidad del Estado podría haber incluido disposiciones adicionales que reconocieran las extendidas prácticas actuales descritas aquí. Un artículo podría haber confirmado que los individuos y las entidades no Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad de un Estado si la obligación infringida es debida a ellos o un convenio internacional u otra norma primaria de derecho internacional así lo establece. También habría sido más consistente con las tendencias emergentes en el derecho internacional moderno incluir un artículo que reconociera que los individuos y las entidades no estatales de un Estado *pueden* tener derecho en ciertas instancias a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación infringida es debida a la comunidad internacional como un todo.

No sorprende que la Comisión, con la admirable objetivo de concluir el proyecto en forma expedita, no se haya referido directamente al tema de quién, aparte de los Estados, podía invocar la responsabilidad de un Estado. Pero por ignorar en gran medida la creciente e importante práctica internacional en la cual los individuos y las entidades no estatales están invocando la responsabilidad de un Estado, la Comisión produjo artículos que, a pesar de ser dignos de encomio, están en alguna medida obsoletos desde su nacimiento.

En 1988 Philip Allott escribió, “Existe razón para creer que el largo y laborioso trabajo de la Comisión con respecto a la responsabilidad de los Estados está causando un perjuicio de largo plazo al derecho internacional y a la sociedad internacional”¹²⁵. Allott cuestionó, entre muchas cosas, si la Comisión estaba muy influenciada por los gobiernos para redactar un borrador de disposiciones apropiadas y efectivas sobre la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, los artículos sobre responsabilidad de los Estados desmienten esta afirmación, porque ellos dejan en claro por la primera vez que los Estados tienen un derecho a invocar la responsabilidad de otros Estados por la falta de cumplimiento de obligaciones debidas a la comunidad internacional como un todo. Para el siglo veinte, ellos representan un importante avance. Para el siglo veintiuno, ellos todavía son insuficientes.

¹²³ Art. 55.

¹²⁴ Comentarios, Art. 55, párrafo 2.

¹²⁵ Philip Allott “State Responsibility and the Unmaking of International Law”, 29 *Harv. Int’l L.J.*, 1 (1988). [Traducción libre]

Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea**

M. Cherif Bassiouni***

SÍNTESIS

... La **jurisdicción universal** ha llegado a ser la técnica preferida por aquellos que buscan prevenir la impunidad para los crímenes internacionales ... La **jurisdicción universal** no se encuentra tan bien establecida en el derecho internacional convencional y consuetudinario como sus más entusiastas defensores, incluyendo importantes organizaciones de derechos humanos, pretenden que está ... Lo que sigue es una evaluación de la evolución de la **jurisdicción universal** con respecto a los crímenes internacionales contrarios al *jus cogens* basada en fuentes del derecho internacional convencional y consuetudinario ... Sin embargo, la **jurisdicción universal** para prevenir y eliminar la piratería ha sido ampliamente reconocida en el derecho internacional consuetudinario como el crimen internacional por excelencia al cual se aplica la universalidad ... Si bien el derecho internacional consuetudinario y los trabajos de los tratadistas reconocen a la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud como crímenes internacionales contrarios al *jus cogens*, la práctica de los Estados no ha evidenciado el hecho que la jurisdicción criminal universal haya sido aplicada a todas las formas y manifestaciones de esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud ... En

* Una versión diferente del presente artículo está programado para ser publicado en *Princeton Project on Universal Jurisdiction* (Universidad de Princeton, a publicarse en 2001). Con respecto a ambas versiones, el autor agradece sinceramente el apoyo de investigación de Steven Becker.

Reimpreso con la autorización del Proyecto Princeton sobre **Jurisdicción Universal**. Los Principios Princeton fueron parte de un proyecto desarrollado por el Programa de Derecho y Asuntos Públicos de la Universidad de Princeton y la Escuela Woodrow Wilson de Asuntos Públicos e Internacionales, la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Americana para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Holandés de Derechos Humanos y el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos; Presidente y Editor del Proyecto, Profesor Stephen Macedo; Presidente del Comité de Redacción, Profesor M. Cherif Bassiouni; Miembros del Comité Directivo, Profesor Gary J. Bass, Sr. William J. Butler, Profesor Richard A. Falk, Profesor Cees Flinterman, Profesor Bert B. Lockwood, y Sr. Stephen A. Oxman. Para mayores detalles acerca del proyecto, incluyendo comentarios explicativos y material de conferencia, ver *Princeton Project on Universal Jurisdiction* (Princeton University Program in Law and Public Affairs, 2001) y *Universal Jurisdiction* (Princeton University Press, en prensa 2001).

** Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y reproducido con la autorización expresa del *Virginia Journal of International Law*. (N. del T.: Se ha seguido estrictamente la enumeración de las notas de pie de página del texto original).

*** Profesor, Escuela de Derecho, Universidad DePaul; Presidente del International Human Rights Law Institute, Universidad DePaul.

aquellos casos en que dos Estados acuerdan incorporar una norma en particular en un tratado, su acuerdo es suficiente para hacer que esa norma tenga un carácter legal, obligatoria para ellos; pero en el terreno del derecho internacional consuetudinario, la visión compartida de las Partes acerca del contenido de qué es lo que ellos consideran como la norma no es suficiente ... No obstante, es el efecto acumulativo de los mismos lo que confiere peso a la proposición de que la **jurisdicción universal** es parte del derecho internacional consuetudinario ...

I. Introducción

La **jurisdicción universal** ha llegado a ser la técnica preferida por aquellos que buscan prevenir la impunidad para los crímenes internacionales¹. Si bien no cabe duda de que es una técnica útil y, a veces, necesaria, también tiene aspectos negativos. El ejercicio de la **jurisdicción universal** se encuentra generalmente reservado para los crímenes internacionales más graves, tales como crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, y el genocidio. Sin embargo, puede haber otros crímenes internacionales respecto de los cuales un tratado aplicable establece dicha base jurisdiccional, como es el caso del terrorismo².

La **jurisdicción universal** sin limitaciones puede causar fracturas en el orden global y la privación de los derechos humanos individuales cuando es usada de una manera motivada políticamente o para fines vejatorios³. Aun con la mejor de las intenciones, la **jurisdicción universal** puede ser utilizada en forma imprudente, creando fricciones innecesarias entre Estados, potenciales abusos de acciones legales, y un apremio indebido de individuos procesados o perseguidos por procesamiento en conformidad con esta teoría.

La **jurisdicción universal** debe en consecuencia ser utilizada en una forma cautelosa que minimice las posibles consecuencias negativas, permitiéndole, al mismo tiempo, alcanzar sus objetivos útiles. También debe ser armonizada con otras teorías jurisdiccionales⁴. Más aún, debería tenerse en cuenta que el derecho internacional privado no ha desarrollado todavía normas o criterios de suficiente claridad para considerar prioridades en el ejercicio de la jurisdicción penal en aquellos casos en que más de un Estado reclama jurisdicción.

Las teorías de jurisdicción evidenciadas en los tratados y en la práctica consuetudinaria de los Estados son esencialmente territoriales y están fundadas en la nacionalidad, ya sea del perpetrador o de la víctima. En consecuencia, los conflictos jurisdiccionales entre los Estados han sido pocos. No obstante ello, según aparece del caso Lockerbie⁵, la falta de claridad en las

¹ Ver, en general, *The Pinochet Precedent: How Victims Can Pursue Human Rights Criminals Abroad*, Human Rights Watch Update (Human Rights Watch), septiembre de 2000 [referido en adelante en este trabajo como Human Rights Watch]; **Jurisdicción Universal: 14 Principios sobre el Ejercicio Efectivo de la Jurisdicción Universal** (Amnistía Internacional) [referidos en adelante en este trabajo como **Jurisdicción Universal: 14 Principios**]; *Universal Jurisdiction in Europe: Criminal Prosecutions in Europe Since 1990 for War Crimes, Crimes Against Humanity, Torture and Genocide (Redress)*, junio de 1999 [referido en adelante en el presente trabajo como **Jurisdicción Universal en Europa**].

² Ver *infra* notas 166-187 y texto acompañado.

³ Ver *infra* notas 237-239 y texto acompañado.

⁴ Ver *infra* notas 238 y texto acompañado.

⁵ Ver “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libya v. U.K.*)” (27 de febrero de 1998), en

obligaciones derivadas de los tratados relativas a la precedencia de la obligación de someter a proceso por sobre la obligación de extraditar, conduce a tensiones entre los Estados interesados y a un punto muerto jurisdiccional. En Lockerbie, estos problemas se mantuvieron por casi diez años, hasta que se obtuvo una solución negociada que involucraba un cambio de competencia relativa⁶.

La **jurisdicción universal** no se encuentra tan bien establecida en el derecho internacional convencional y consuetudinario como sus más entusiastas defensores, incluyendo importantes organizaciones de derechos humanos⁷, pretenden que está. Dichas organizaciones han confeccionado listas de países que ellos alegan se basan en la **jurisdicción universal**. En el hecho, las disposiciones legales que ellas citan no apoyan esa proposición, o a lo menos no en la forma inequívoca que ellas indican⁸.

Debido a que la **jurisdicción universal** ha sido pocas veces utilizada como fundamento en decisiones judiciales nacionales, todavía debe clarificarse su relación con otras materias legales internacionales. Entre ellas, por ejemplo, está la interrogante de si los jefes de Estado y los diplomáticos pueden invocar inmunidad como una prohibición para el ejercicio de la **jurisdicción universal**⁹. Con respecto a ciertos crímenes internacionales, la defensa sustantiva de la inmunidad ha sido eliminada desde la Carta de Nuremberg y las sentencias del Tribunal Militar Internacional en Nuremberg (TMI)¹⁰. Dicha eliminación de inmunidad

<http://www.icj.org/icjwww/idocket/iluk/ilukjudgment/iluk<uscore>judgment&uscore:980227.htm>; “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libya v. U.S.*)” (27 de febrero de 1998), 37 *I.L.M.* 587; “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libya v. U.K.*)”, 1992 *I.C.J.* 3 (14 de abril); “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libya v. U.S.*)”, 1992 *I.C.J.* 114 (14 de abril).

⁶ Ver Omer Y. Elagab, “The Hague as the Seat of the Lockerbie Trial: Some Constraints”, 34 *Int’l Law* 289 (2000); Michael P. Scharf, “Terrorism on Trial: The Lockerbie Criminal Proceedings”, 6 *ILSA J. Int’l & Comp. L.* 355, 356-57 (2000).

⁷ Ver *supra* nota 1 e *infra* nota 54.

⁸ Ver investigaciones contenidas en publicaciones mencionadas *supra* en nota 1. El ejemplo más reciente de este desafortunado fenómeno es la extendida **Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Implement Legislation**, septiembre de 2001. Dichos esfuerzos, sin embargo, sólo conducen a falsas expectativas y desilusión.

⁹ Por ejemplo, existe una errónea idea que el caso Pinochet fue fundado en la **jurisdicción universal**, cuando, en realidad, la decisión adoptada por la Cámara de los Lores se basó en la interpretación de la legislación inglesa y la Convención contra la Tortura, la cual había sido ratificada por el Reino Unido. Ver *infra* notas 21-25 y texto acompañado.

¹⁰ El Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente (TMIEO) suprimieron la inmunidad sustantiva para crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La Carta del Tribunal Militar Internacional, 8 de agosto de 1945, artículo 7, 59 Stat. 1544, 8 U.N.T.S. 279 [referida en adelante en este trabajo como la Carta TMI]; la Carta del Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente (TMIEO), 19 de enero de 1946, T.I.A.S. N° 1589 en 3, modificada el 26 de abril de 1946, artículo 6., T.I.A.S. N° 1589 en 11 [referida en adelante en el presente trabajo como la Carta Modificada TMIEO].

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) suprimieron la inmunidad sustantiva para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. El Estatuto del TPIY, artículo 7(2), S.C. Res. 808, UN SCOR, 48ª Sesión, 3217ª reunión, UN Doc. S/RES/808 (1993), anexo al Informe del Secretario General en Conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1993), UN Doc. S/2-5704 & Add. 1 (1993) [referido en adelante en el presente trabajo como el Estatuto TPIY]; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda,

sustantiva significa que un acusado no puede fundarse en su condición de jefe de Estado o diplomático para presentarla como una defensa sustantiva que resulte en la exoneración de la responsabilidad penal por esos crímenes. Sin embargo, hasta ahora, no existe un tratado o una práctica legal consuetudinaria que remueva la inmunidad temporal de los jefes de Estado o diplomáticos en tanto que ellos se encuentren ocupando sus cargos, con la excepción del procesamiento de Slobodan Milosevic por el TPIY en tanto que él era jefe de Estado¹¹.

Por ejemplo, el Artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)¹² establece:

1. “El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.
2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”¹³.

El Artículo 7(2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) señala: “La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario de gobierno, no le exonerará de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena”¹⁴. Fue en conformidad con la presente disposición que Slobodan Milosevic fue sometido a proceso por el TPIY mientras él era jefe de Estado de la República Federal de Yugoslavia. El Artículo 6(2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)¹⁵ emplea el mismo lenguaje que aquel que se contiene en el Artículo 7(2) del Estatuto del TPIY.

artículo 6(2), S.C. Res. 955 UN SCOR, 49ª Sesión, 3453ª reunión, Anexo, UN Doc. S/RES/955 (1994) [referido en adelante en el presente trabajo como el Estatuto TPIR].

¹¹ Ver *infra* notas 19-20 y texto acompañado.

¹² El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suprimió la inmunidad sustantiva para el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y, eventualmente, la agresión, cuando se encuentren definidos y adoptados por la asamblea de los Estados parte. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, artículo 27, UN Doc. A/CONF.183/9 [referido en adelante en el presente trabajo como el Estatuto CPI], reimpreso en 37 *I.L.M.* 999 (1998). Debería tenerse en consideración que el Artículo 27 se encuentra en la Parte III, la cual tiene como título “Principios Generales de Derecho Penal”. Sin embargo, a pesar que la Parte IX no contiene ninguna referencia a la inmunidad, el Artículo 98 pareciera permitir las inmunidades. Ver id. Artículo 98, reimpreso en 37 *I.L.M.* 999 (1998). Para un análisis de esta materia, ver *infra* notas 13-20 y texto acompañado.

Así, se puede concluir que la inmunidad sustantiva ha sido suprimida para algunos crímenes y por ciertos instrumentos legales. Una posición de desarrollo progresivo puede con justificación ser que la supresión de dicha inmunidad para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra constituyen una parte del derecho internacional consuetudinario. Los opositores de la visión progresiva argumentarán que su supresión se encuentra vinculada a ciertos instrumentos legales y a procesos judiciales que no reflejan la práctica consuetudinaria de los Estados.

¹³ *Id.* art. 27.

¹⁴ Estatuto TPIY, *supra* nota 10, art. 7(2).

¹⁵ Estatuto TPIR, *supra* nota 10, art. 6(2).

Los estatutos del TPIY y del TPIR, sin embargo, no se refieren al tema de la inmunidad procesal, esto es, si los jefes de Estado o diplomáticos pueden todavía beneficiarse de la inmunidad de procedimiento en tanto que se mantienen en el cargo y, para los últimos, mientras se encuentren acreditados ante un país en el cual prestan servicios. En conformidad con el derecho internacional consuetudinario existente, los jefes de Estado y los diplomáticos pueden todavía alegar inmunidad de procedimiento en oposición al ejercicio de jurisdicción penal nacional. Sin embargo, si son llevados a juicio, ellos no pueden oponer la inmunidad como una defensa sustantiva al crimen imputado si éste es uno de los crímenes mencionados más arriba o si es un crimen respecto del cual un tratado en forma específica no permite dicha defensa, como es el caso con respecto al Artículo 27 de la CPI. Con respecto a los diplomáticos acreditados en un país en el cual prestan servicios, ellos tienen el beneficio de la Convención de Viena en relación con el Derecho de Inmunidad Diplomática, la cual establece a favor de ellos inmunidad de procedimiento pero no sustantiva¹⁶. Es probablemente por estas razones que los estatutos del TPIY y del TPIR no se refieren a estas materias.

No obstante lo dispuesto por el Artículo 27 del Estatuto de la CPI, el Artículo 98 del Estatuto establece la primacía de otros tratados multilaterales al referirse a la inmunidad:

1. “La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.
2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”¹⁷.

Presumiblemente, este lenguaje se aplica a los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas (CEF) y a los diplomáticos cubiertos por las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Relaciones Consulares¹⁸. Entonces, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 98, un jefe de Estado, diplomático u otro funcionario cubierto por inmunidad en conformidad con un tratado o en conformidad con el derecho internacional consuetudinario podría todavía invocar inmunidad de procedimiento, si fuere aplicable.

¹⁶ 18 de abril de 1961, 23 U.S.T. 3227, 500 U.N.T.S. 95. Ver también la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963, 21 U.S.T. 77, 596 U.N.T.S. 261; ver en general Eileen Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* (2ª ed. 1998); Linda S. Frey & Marsha L. Frey, *The History of Diplomatic Immunity* (1999).

¹⁷ Estatuto CPI, *supra* nota 12, art. 98.

¹⁸ Para una visión general de la naturaleza de los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas, ver M. Cherif Bassiouni, “Law and Practice of the United States”, en 2 *International Criminal Law* 191, 216-18 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999).

Vale la pena mencionar que el TPIY sometió a proceso a Slobodan Milosevic mientras era jefe de Estado en funciones y solicitó su extradición, la cual la República de Serbia concedió el 28 de junio de 2001¹⁹. Bélgica, fundándose en la **jurisdicción universal**, recientemente sometió a proceso al Ministro de Relaciones Exteriores subrogante de la República Democrática del Congo, señor Abdoulaye Yerodia Ndombasi por incitación al genocidio en el Congo²⁰. Con posterioridad, el acusado pasó a desempeñarse como Ministro de Educación, pero dicho cambio de cargo no incidió en el problema, por lo cual la CIJ se encuentra todavía considerando el caso. El acusado no es un ciudadano de Bélgica, y fue sometido a proceso mientras él se encontraba en el Congo. Dado que no había una relación con Bélgica, este caso debe ser distinguido de aquel de cuatro acusados rwandeses sometidos a proceso en conformidad con la misma ley belga y sentenciados por crímenes cometidos en Ruanda: todos ellos estaban domiciliados en Bélgica y se encontraban físicamente presentes en el territorio belga al tiempo en que fueron arrestados.

En Pinochet I²¹ un Comité de Apelación de la Cámara de los Lores mantuvo por un margen de tres a dos que el ex Presidente chileno Augusto Pinochet no gozaba de inmunidad con respecto a crímenes bajo el derecho internacional²². En Pinochet III²³, un cuerpo ampliado de la Cámara de los Lores, al interpretar el alcance de la Sección 134 de la Ley de Justicia penal de 1988, dictaminó que un jefe de Estado no puede alegar inmunidad por tortura, en la medida que ella no puede constituir un acto oficial²⁴. Los Lores de la Ley (*Law Lords*) sin embargo, sostuvieron que el Senador Pinochet se encontraba protegido por inmunidad por los cargos de homicidio y conspiración para asesinar²⁵.

Un Estado puede fundarse en la **jurisdicción universal** en el uso de facultad para legislar. Pero cuando un Estado se funda en la **jurisdicción universal** para ejercer su facultad para hacer cumplir la ley, necesariamente tiene que estar sujeto a ciertas obligaciones legales internacionales, tales como inmunidad de procedimiento para jefes de Estado y diplomáticos, y también tiene que estar subordinado a los reclamos jurisdiccionales de otros Estados que buscan ejercitar su jurisdicción penal cuando dichos reclamos se encuentran fundados en intereses de mayor peso y se busca ejercerlos en forma efectiva y de buena fe.

¹⁹ Ver *Prosecutor v. Milosevic (Indictment)* (24 de mayo de 1999), en <http://www.un.org/icty/indictment/english/mil-ii990524e.htm>. El primer juicio de un jefe de Estado por genocidio y crímenes contra la humanidad fue *Prosecutor v. Kambanda*, caso N° ICTR-97-23-S, 4 de septiembre de 1998; *Prosecutor v. Kambanda*, caso N° ICTR-97-23-I, 19 de octubre de 2000. Jean Kambanda fue Primer Ministro de Ruanda, y Presidente subrogante al tiempo de la matanza Hutu de los Tutsis.

²⁰ Ver Orden de Arresto de 11 de abril de 2000 (*Congo v. Belg.*) (Orden) (8 de diciembre de 2000), en <http://www.icj-cij.org/www/idocket/icobe<uscore>iorder<uscore>provisional&uscore:measure<uscore>20001208.htm>. Para un análisis de este caso, ver *infra* notas 223-227 y texto acompañado.

²¹ *R. v. Bow St. Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (N° 1), 3 *WLR* 1456 (H.L.(E.) 1998).

²² Christine M. Chinkin, United House of Lords: *Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (N° 3), 93 *Am. J. Int'l L.* 703, 704 (1999).

²³ *R. v. Bow St. Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (N° 3), 2 *WLR* 827 (H.L.(E.) 1999).

²⁴ Chinkin, *supra* nota 22, en 708.

²⁵ *Id.*

Otro impedimento para el ejercicio de la **jurisdicción universal** es la aplicación de las leyes nacionales de prescripción, aun cuando dichas prescripciones hayan sido removidas con respecto a crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad²⁶. Desafortunadamente, la Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad²⁷ ha sido ratificada por sólo 43 Estados. La más reciente Convención Europea Relativa a la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad²⁸ sólo tiene dos ratificaciones. Bajo tales circunstancias, es válido preguntar si la existencia de esas dos convenciones (y otras manifestaciones de *opinio juris* internacional) constituye una expresión de derecho internacional consuetudinario, o si el limitado número de ratificaciones revela la insuficiencia de apoyo internacional.

Como último punto de la presente introducción, pero en el primer lugar cuando se trata del análisis legal de la **jurisdicción universal**, se encuentra el problema de cómo justificar este tipo de jurisdicción. En el ejercicio de la **jurisdicción universal**, un Estado actúa en representación de la comunidad internacional en una forma equivalente al concepto romano de *actio popularis*²⁹. El Estado que ejerce jurisdicción actúa en representación de la comunidad internacional porque tiene un interés en la preservación del orden global como un miembro de dicha comunidad. Ese Estado también puede tener su propio interés en el ejercicio de la **jurisdicción universal**. Pero si esos intereses fueran fundados jurisdiccionalmente, ese Estado estaría ejerciendo su propia jurisdicción penal sobre la base de una teoría de jurisdicción diferente a la universalidad, esto es, la territorialidad extendida, la personalidad activa, la personalidad pasiva, o el interés económico protegido.

Como un *actio popularis*, la **jurisdicción universal** puede ser ejercida por un Estado sin ninguna conexión o vínculo jurisdiccional entre el lugar de la comisión, la nacionalidad del perpetrador, la nacionalidad de la víctima y el Estado que la ejercita. La base es, en consecuencia, exclusivamente la naturaleza del crimen³⁰ y el propósito es exclusivamente la reforzar el orden global, garantizando que se responda por la perpetración de ciertos crímenes. Precisamente debido a que un Estado que ejerce la **jurisdicción universal** lo hace en representación de la comunidad internacional, éste debe colocar los intereses generales de la comunidad internacional por encima de los suyos propios. El presente artículo explora la evolución histórica de la **jurisdicción universal**, así como también su existencia y apreciación en las leyes internacionales y nacionales. Evalúa el status de la **jurisdicción universal** como

²⁶ M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* 224-27 (2ª ed. 1999) [referido en adelante en este trabajo como Bassiouni, Crímenes Contra la Humanidad].

²⁷ 26 de noviembre de 1968, 754 U.N.T.S. 73 [referido en adelante en el presente trabajo como Convención de las N.U. sobre la Imprescriptibilidad].

²⁸ Europ. T.S. N° 82 [referido en adelante en el presente trabajo como Convención Europea sobre la Imprescriptibilidad].

²⁹ Ver Marc Henzlin, *Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International* (2000); ver también *infra* nota 56 y texto acompañado.

³⁰ Esta es una de las materias que se encuentran en la actualidad pendientes ante la Corte Internacional de Justicia en la disputa entre la República Democrática del Congo y Bélgica. Ver Orden de Arresto del 11 de abril de 2000 (*Congo v. Belg.*), en 19 (Orden) (8 de diciembre de 2000, en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idoc.../icobe<uscore>iorder<uscore>provisional<uscore>measure<ucore>20001208.htm>). Ver también *supra* nota 20, e *infra* notas 223-227 y texto acompañado.

una teoría internacional reconocida y la medida en la cual ella se encuentra incorporada en las leyes nacionales y es aplicada en las decisiones judiciales nacionales.

II. Jurisdicción Penal Extraterritorial y Consideraciones de Orden Global

El término jurisdicción, ya sea que se aplique a materias civiles o penales, incluye las facultades de prescribir, sentenciar y hacer cumplir. También incluye los medios por los cuales el ejercicio de la jurisdicción es obtenido sobre una persona. En el sistema post Westfaliano de derecho internacional centrado en los Estados y fundado en la soberanía, estas facultades han sido reservadas a los Estados³¹. Por implicación, estas facultades incluyen a una entidad que ejercita algunos de los atributos de la soberanía³². Un Estado soberano o un ente jurídico que posee algunos atributos soberanos puede hacer cumplir la prescripción de otro Estado, o del derecho internacional, aun cuando el Estado que la hace cumplir pueda no haber prescrito aquello que él hace cumplir³³.

Las facultades de prescribir, sentenciar y hacer cumplir se derivan de la soberanía. Entonces, el ejercicio de la jurisdicción penal nacional ha estado históricamente ligado, si no limitado, al territorio de un Estado y, por extensión, al territorio bajo el dominio y control de una autoridad legal dada que ejerce prerrogativas soberanas de hecho o de derecho³⁴.

La soberanía y la jurisdicción prescriptiva se encuentran ligadas en forma inseparable, pero la jurisdicción para sentenciar y hacer cumplir no se encuentran necesariamente ligadas a

³¹ La facultad de hacer cumplir es un corolario de la facultad de prescribir, pero el ejercicio de estas dos facultades no son necesariamente co-existentes. Cada una de estas facultades puede ser ejercitada sin la otra. Adicionalmente, sólo porque un Estado puede prescribir por la posibilidad de su ejercicio de **jurisdicción universal** no significa que él puede ejercitar su prerrogativa en todas las circunstancias. Ver Kenneth C. Randall, “**Universal Jurisdiction Under International Law**”, 66 *Tex. L. Rev.* 785, 786 (1988).

³² Ver *International Law* de Oppenheim 462-88 (Robert Jennings & Arthur Watts eds., 9ª ed. 1992). Las entidades que ejercitan algunas de las facultades de soberanía estatal incluyen: fuerzas militares que legítimamente ocupan territorios extranjeros en conformidad con la legislación humanitaria internacional en su ejercicio legítimo de facultad jurisdiccional sobre dichos territorios y personas en esos territorios; entidades similares a los Estados que ejercen atributos legítimos sobre ciertos territorios y sus habitantes los cuales se encuentran bajo su dominio y control; y las Naciones Unidas en el ejercicio de su facultad jurisdiccional sobre ciertos territorios y sus habitantes en conformidad con un mandato del Consejo de Seguridad. Ver Clive Parry, “The Trusteeship Council”, en *The United Nations: The First Ten Years*, 47 - 58 (1957).

³³ El derecho penal internacional prescribe ciertas conductas que los Estados están obligados a hacer cumplir, especialmente aquellas prescripciones que tienen su origen en el derecho internacional consuetudinario de *jus cogens*. Ver M. Cherif Bassiouni, “The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework”, en 1 *International Criminal Law* 3-126 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999) [referido en adelante en el presente trabajo como Bassiouni, Fuentes y Contenido]; M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Ergo Omnes*”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 4, 63 (1996) [referido en adelante en el presente trabajo como Bassiouni, Crímenes *Jus Cogens*].

³⁴ Se refiere a la jurisdicción territorial como un principio debido a su reconocimiento universal. Ver S.S. Lotus (*Fr. v. Turk.*), 1927 *P.C.I.J.* (ser. A) N° 10, en 25 (7 de septiembre), reimpresso en 2 Manley O. Hudson, *World Court Reports* 20 (1935). A otras bases jurisdiccionales se refiere como teorías debido a que ellas no se encuentran reconocidas universalmente, pero su reconocimiento se encuentra suficientemente bien establecido como para garantizar su reconocimiento como que constituyen parte del derecho internacional consuetudinario. Para un análisis de teorías de jurisdicción, ver Christopher Blakesley, “Extraterritorial Jurisdiction”, en 2 *International Criminal Law* 33-105 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999); M. Cherif Bassiouni, *International Extradition in United States Law and Practice* 295-382 (3ª ed. 1996) [referido en adelante en el presente trabajo como Bassiouni, Extradición].

la soberanía³⁵. La razón para dicha limitación contextual es evitar conflictos jurisdiccionales entre Estados, lo cual puede amenazar la estabilidad del orden jurídico internacional. Ello también provee consistencia y pronosticabilidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los Estados de modo de evitar una potencial denegación de derechos y el abuso de procesos judiciales mediante la sujeción de las personas a múltiples procesamientos por la misma conducta. Ligar la jurisdicción a la territorialidad, aunque permitiendo que la jurisdicción se extienda extraterritorialmente en casos de un nexo jurídico válido al Estado que hace cumplir, es la forma más efectiva de alcanzar esos resultados. Por ello es que el derecho internacional privado provee algunas normas para la resolución de conflictos jurisdiccionales entre Estados³⁶. Es por ello también que las excepciones a la territorialidad están afectas a ciertas limitaciones. Esto es particularmente cierto respecto a la **jurisdicción universal** cuando es ejercida sin vínculos territoriales³⁷.

La soberanía no limita el ejercicio de la jurisdicción penal a Estados individuales; por el contrario, éste puede ser extendido a una acción estatal colectiva. Este concepto fue aplicado en conexión con el establecimiento por los Aliados de la Segunda Guerra Mundial³⁸ del TMI en 1945 y el TMIEO con sede en Tokio³⁹ en 1946. La facultad que los Aliados ejercieron en forma colectiva estaba fundada en la facultad que ellos podrán haber ejercido en forma singular.

La sentencia del TMI señala expresamente esta idea:

“Las Potencias Firmantes crearon este Tribunal, definieron el derecho que debía administrar y dictaron los reglamentos para la debida conducción del Proceso. Al hacer

³⁵ Los Estados pueden estar obligados a juzgar o hacer cumplir resoluciones por obligaciones contenidas en tratados, o pueden delegar sus facultades para juzgar o hacer cumplir resoluciones en otro Estado o en un ente internacional. Ver *European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*, 15 de mayo de 1972, Europ. T.S. N° 73; Julian Schutte, “The European System”, en 2 *International Criminal Law* 643-59 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999); Ekkehart Müller-Rappard & M. Cherif Bassiouni, *European Inter-State Cooperation in Criminal Matters* (2ª ed. 1991); ver también Estatuto de la CPI, *supra* nota 12, art. 14; M. Cherif Bassiouni, “Observations on the Structure of the (Zutphen) Consolidated Text”, 13bis *Nouvelles Etudes Pénales* 5, 15 (1998) (analizando la materia de la complementaridad bajo el Estatuto CPI).

³⁶ La mayoría de los autores sobre derecho internacional privado apenas tratan el tema del conflicto de leyes penales. Lo mismo ocurre con respecto a los autores estadounidenses que tratan del conflicto de leyes. Ver, por ejemplo, Alberto A. Ehrenzweig, *A Treatise on the Conflict of Laws* (1962); Arthur Taylor von Mehren & Donald Theodore Trautman, *The Law of Multistate Problems: Cases and Materials on Conflict of Laws* (1965). Para conflicto de leyes penales, ver la temprana obra seminal de Henri Donnedieu de Vabres, *Les Principes Modernes du Droit Pénal International* (1928). Ver también Maurice Travers, *Le Droit Pénal International* (5 vols. 1920-1922).

³⁷ Por ejemplo, a los Estados con una conexión territorial debería concedérseles prioridad siempre que ellos busquen, de buena fe, procesar a una persona acusada del mismo delito por el cual otro Estado, basándose en la universalidad, también pretenda procesarla. Sin embargo, en aquellos casos en que se descubra que el Estado que busque ejercer jurisdicción universal pueda ser el foro más efectivo, la materia debería ser tratada como una de conflicto de jurisdicción en el cual el peso agregado de los factores será él que determine el foro más apropiado. Ver *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* 403 (1987) [referida en adelante en el presente trabajo como Recopilación (Tercera) de Relaciones Exteriores]. Cf. H.D. Wolswijk, “*Locus Delicti* and Criminal Jurisdiction”, 46 *Neth. Int’l L. Rev.* 361 (1999) (comentando con respecto a la interacción entre *locus delicti* y jurisdicción extraterritorial).

³⁸ Carta TMI, *supra* nota 10.

³⁹ Carta Modificada TMIEO, *supra* nota 10.

esto, ellas han hecho en forma conjunta aquello que cualesquiera de ellas podría haber hecho en forma singular, porque no existe duda alguna que cualquier nación tiene el derecho para establecer de este modo tribunales especiales para aplicar la ley”⁴⁰.

Tanto en el TMI como en el TMIEO, los Estados involucrados ejercieron sus facultades para hacer cumplir el derecho penal internacional sobre una base jurisdiccional territorial debido a que ellas ejercían prerrogativas soberanas de hecho sobre los territorios ocupados en aquellos lugares en los que esos tribunales fueron establecidos. Con posterioridad, en 1993 y 1994, el Consejo de Seguridad estableció, en conformidad con sus facultades bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁴¹, el TPIY⁴² y el TPIR⁴³, respectivamente. En estas dos instancias, el Consejo de Seguridad asumió una prerrogativa cuasi soberana aplicable a un contexto territorial⁴⁴. El Consejo enunció normas legales sustantivas las cuales sobreviven en el derecho penal internacional, y estableció provisiones para su cumplimiento territorial a través de esos dos tribunales ad hoc⁴⁵. La CPI, sin embargo, actúa en conformidad con una delegación de facultad jurisdiccional otorgada por los Estados que son parte en el tratado de su establecimiento, y es en consecuencia aplicable únicamente a los Estados parte. No obstante, esto no significa que los nacionales de Estados que no son parte no puedan estar sujetos a la jurisdicción de la CPI si ellos han cometido un crimen dentro de la jurisdicción de la CPI: en el territorio de un Estado parte o contra ciudadanos de un Estado parte, y se encuentran en el territorio de un Estado parte o en el territorio de un Estado no parte dispuesto a ceder jurisdicción a la CPI.

Hasta la década de los años '20 la práctica de los Estados, tanto con respecto a la facultad para prescribir y la facultad para hacer cumplir, conservó la conexión entre soberanía estatal en su contexto territorial y el ejercicio judicial de la jurisdicción penal nacional. El juez Altamira, en su opinión de minoría en el caso *Lotus*, señaló:

“Es cierto que entre los principios más ampliamente reconocidos del derecho internacional se encuentran los principios de que la jurisdicción de un Estado es de

⁴⁰ Sentencia TMI, 30 de septiembre de 1946, reimpressa en *22 Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting in Nuremberg* 411, 444 (1950). [traducción libre]

⁴¹ Carta N.U., cap. 7.

⁴² Estatuto TPIY, *supra* nota 10. Ver M. Cherif Bassiouni & Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (1996); Virginia Morris & Michael P. Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal of the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis* (2 vols. 1995).

⁴³ Estatuto TPIR, *supra* nota 10. Ver Virginia Morris & Michael P. Scharf, *The International Criminal Tribunal for Rwanda* (2 vols. 1998) (destacando el significado del TPIR).

⁴⁴ Estas decisiones del Consejo de Seguridad son, sin embargo, descritas por las Naciones Unidas y asesores jurídicos gubernamentales, así como también por algunos autores, como diferentes del ejercicio de la soberanía. Dado que el resultado es el mismo con respecto a los aspectos legales de la jurisdicción, uno no puede evitar referirse a una autoridad de profesión no legal, William Shakespeare, quien expresó tan elegantemente una sabiduría popular universal: “¿Qué hay en un nombre? Esa a lo que llamamos rosa con cualquier otro nombre conservaría su dulce aroma”. William Shakespeare, *La Tragedia de Romeo y Julieta*, acto 2, escena 2, II. 43-44, en *The Riverside Shakespeare* 1058, 1068 (1974).

⁴⁵ El establecimiento de estos dos tribunales evidenció un nuevo concepto en el ejercicio de la jurisdicción judicial por un órgano de las Naciones Unidas. Ver Theodor Meron, “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, 88 *Am. J. Int'l L.* 78, 78 (1994).

naturaleza territorial y de que con respecto a sus nacionales un Estado tiene una jurisdicción preferente, si no exclusiva...”

“... Yo debería tener mucha dificultad en reconocer como bien fundado un intento, por ejemplo, por parte de un tribunal que actúa sobre la base de una ley nacional, de ejercer jurisdicción sobre un extranjero que residía a bordo de un barco navegando bajo la bandera de su propio país - y que no bajó a tierra con la intención de permanecer en ella - por una pretendida infracción cometida fuera del territorio del país que reclama ejercitar jurisdicción sobre él. Dicha extensión de las excepciones aceptadas hasta este momento con respecto al principio de jurisdicción territorial y nacional me parecen sin ninguna justificación”⁴⁶.

Durante este tiempo, ni la legislación como tampoco la práctica de los Estados, salvo por contadas excepciones, incluían la jurisdicción penal extraterritorial, excepto con respecto a la conducta de sus ciudadanos bajo la teoría de la “personalidad activa”⁴⁷. En conformidad con esta teoría, sin embargo, existe una conexión entre la facultad soberana de un Estado para prescribir una conducta y sus nacionales a los cuales les es aplicable en forma extraterritorial⁴⁸.

⁴⁶ S.S. *Lotus (Fr. v. Turk.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) N° 10, en 95-96 (7 de septiembre) (Altamira, J., disintiendo), reimpreso en 2 Manley O. Hudson, *World Court Reports* 20, 83-84 (1935). El Juez Altamira también señaló: “Con respecto al derecho penal en general, es fácil observar que en el derecho nacional, con la excepción de un número muy pequeño de Estados, la jurisdicción sobre los extranjeros por ofensas cometidas en el exterior ha sido siempre muy limitada: Ella ya sea ha (1) sido confinada a ciertas categorías de ofensas; o (2) sido limitada, cuando el alcance de la excepción ha sido mayor, por condiciones especiales bajo las cuales la jurisdicción debe ser ejercida y la cual limita en gran medida sus efectos”. [traducción libre]

Id. en 99, reimpreso en 2 Manley O. Hudson, *World Court Reports* 20, 86 (1935). Ver Wade Estey, Nota, “The Five Bases of Extraterritorial Jurisdiction and the Failure of the Presumption Against Extraterritoriality”, 21 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 177 (1997). Para aplicaciones judiciales de la doctrina de la “personalidad pasiva”, ver *United States v. Layton*, 509 F. Sup. 212, 215-16 (N.D. Cal.) apelación denegada, 645 F. 2ª 681 (9º Cir. 1981); *United States v. Benitez*, 741 F. 2ª 1312, 1313 (11º Cir. 1984); *United States v. Yunis*, 681 F. Sup. 896, 901-03 (D.D.C. 1988); ver también *Restatement (Third) of Foreign Relations*, *supra* nota 37, 402 cmt. g. Cf. *Act for the Prevention and Punishment of the Crime of Hostage-Taking*, 18 U.S.C. 1203 (1994 & Sup. IV 1998); *Act for the Prosecution of Terrorist Acts Abroad Against United States Nationals*, 18 U.S.C. 2331 (1994); 18 U.S.C. 7(1), 7(8) (1994); 18 U.S.C. 1653 (1994) (delineando limitaciones con respecto al ejercicio de jurisdicción penal por los Estados Unidos).

⁴⁷ Esto es evidenciado en “Harvard Research in International Law: Jurisdiction with Respect to Crime”, 29 *Am. J. Int’l L.* 443 (sup. 1935). Ver también *Restatement (Third) Foreign Relations*, *supra* nota 37, 402; Donnedieu de Vabres, *supra* nota 36. En conformidad con la teoría de la personalidad activa, un Estado puede procesar a una persona que ha cometido un crimen en otro Estado en el entendido que el crimen en cuestión también constituye un crimen en el Estado de la nacionalidad. Eso es referido como la “doble criminalidad”. Ver Bassiouni, Extradición, *supra* nota 34, en 346; Blakesley, *supra* nota 34, en 43. En tales casos, sin embargo, el Estado que hace efectivo el cumplimiento se basa en su propia legislación, pero eso es esencialmente debido a la facilidad y consistencia en la aplicación. Los Estados no se encuentran, sin embargo, obligados a exigir “doble criminalidad”. El cumplimiento nacional puede requerir que disposiciones legales internacionales sean incorporadas en la legislación nacional dependiendo de las exigencias constitucionales nacionales y otras leyes nacionales. Este es el caso con respecto a Estados que siguen la doctrina “dualista” con relación a la aplicación nacional de obligaciones legales internacionales, y también con respecto a Estados que siguen la doctrina “monística” en conexión con tratados que no se bastan por sí solos para su aplicación.

⁴⁸ Los Estados, sin embargo, se apoyan en la extradición como un medio de asegurar la jurisdicción *in personam* con el objeto de sujetar a un nacional a su jurisdicción de ejecución. Bassiouni, Extradición, *supra* nota 34.

Desde la década de los años 20, sin embargo, los Estados desarrollaron una legislación nacional aplicable en forma extraterritorial siempre que algún vínculo territorial existiera entre la conducta prescrita y su impacto dañino dentro del territorio del Estado que busca ejercer su jurisdicción de cumplimiento penal, o siempre que la conducta dañina ocurriera contra sus ciudadanos. Esto estaba basado en las teorías del “interés protegido”, también referidas como teorías de “territorialidad objetiva”⁴⁹ y “personalidad pasiva”⁵⁰. Luego del término de la Segunda Guerra Mundial, los Estados expandieron su facultad para prescribir, especialmente en áreas económicas, siempre que la conducta extraterritorial producía un impacto territorial y también como una forma de proteger a sus ciudadanos en el exterior. Estas teorías de jurisdicción extraterritorial reflejan una conexión territorial o una conexión entre las facultades de prescribir y de hacer cumplir la ley entre un Estado y sus nacionales.

El alcance de un Estado puede ser universal con respecto a las teorías jurisdiccionales extraterritoriales descritas más arriba, pero en todas ellas existe una conexión o nexo jurídico entre la soberanía y la territorialidad del Estado que hace cumplir, la nacionalidad del perpetrador o la víctima, o el impacto territorial de la conducta prescrita extraterritorialmente. Así, el alcance universal de la jurisdicción nacional extraterritorial no es igual a la **jurisdicción universal**. Tampoco el hecho de que la conducta que es condenada universalmente implica que la **jurisdicción universal** es aplicable a dicha conducta.

El uso indiscriminado del término “universal” como una caracterización espacial y temporal de conceptos jurídicos tales como jurisdicción, y también en conexión con conceptos morales y expresiones de condena, causó la confusión terminológica que se hace evidente en los escritos de algunos juristas y en algunas opiniones judiciales⁵¹. Partidarios de la responsabilidad penal internacional ven la **jurisdicción universal** como uno de los medios más efectivos para alcanzar su objetivo. Con frecuencia, sin embargo, ellos se basan en ciertas opiniones judiciales y literatura jurídica como respaldo para la proposición que la **jurisdicción universal** sin limitaciones no es un mero *desideratum*, sino que una ley establecida. La fundamentación en dichas fuentes, sin embargo, es a menudo injustificada o estirada en forma excesiva. Así, ellos cruzan la línea entre la *lex lata* y *de lege ferenda*. Por el contrario,

⁴⁹ *Id.* en 353; Blakesley, *supra* nota 34, en 50.

⁵⁰ Bassiouni, Extradición, *supra* nota 34, en 349; Blakesley, *supra*, nota 34, en 54-55. Esto se basa en la noción que los Estados tienen un derecho para proteger a sus ciudadanos cuando un acto criminal les causa daño sin consideración al *locus* de la ocurrencia de la conducta criminal. Pero eso presupone que el acto criminal se encuentra proscrito por el Estado que pretende hacer cumplir o el Estado territorial. Esa teoría se encuentra fundada en una conexión entre el Estado que pretende exigir el cumplimiento y la víctima de la conducta proscrita.

⁵¹ Ver, por ejemplo, *Attorney General of Israel v. Eichmann*, 36 *I.L.R.* 5, 34 (Jm. D.C., 1961), afirmado, 36 *I.L.J.* 277 (Isr. S. Ct. 1962) (confundiendo la condena universal con el derecho a ejercitar **jurisdicción universal**). Para un análisis de las opiniones Eichmann, ver *infra* notas 198-204 y texto acompañado.

Un reciente simposio sobre jurisdicción universal, realizado en la New England School of Law, cuyos resultados fueron publicados en 35 *New Eng. L. Rev.*, 227-470 (2001), evidencia este punto, excepto por las posiciones realistas de David Scheffer, *id.* en 233, y Alfred Rubin, *id.* en 265. Scheffer en especial dice, “Yo espero disipar la noción de que la mera existencia de un crimen de **jurisdicción universal** significa que en efecto éste puede ser procesado universalmente, en cualquier tribunal, y bajo cualesquiera circunstancias y en conformidad con principios aceptados universalmente de derecho penal internacional. La **Jurisdicción Universal** no es un estándar ampliamente aceptado. Todos hablan acerca de la **jurisdicción universal**, pero casi nadie la practica. Ella ha sido en gran medida un ejercicio retórico desde la Segunda Guerra Mundial”. [traducción libre]. *Id.* en 233.

importantes entidades académicas dedicadas al mismo objetivo han conservado esta importante distinción jurídica entre qué es y qué debería ser. Entre ellas se encuentran la *International Association of Penal Law* y la *International Law Association*, las cuales han por largo tiempo expresado el *desideratum* que los Estados ejerzan **jurisdicción universal** sobre ciertos crímenes internacionales, pero sin hacer reclamos infundados acerca de su existencia actual⁵². Sintetizando este *desideratum*, el fallecido profesor Donnedieu de Vabres (quien también fue juez en el TMI y uno de los fundadores de la *Association Internationale de Droit Pénal*) con justicia señaló:

*“Il est dès lors inutile de pénétrer le détail des spéculations philosophiques par lesquelles on a voulu l'étayer utile - internationalement, universellement utile - et juste, cette compétence répond aux desiderata don't s'inspire, pour organiser la répression, la doctrine neo-classique, fondement de prèsques toutes les législations positives”*⁵³.

III. El Fundamento Teórico de la **Jurisdicción Universal**

La teoría de la **jurisdicción universal**⁵⁴ es extraña al concepto de soberanía nacional, la cual constituye la base histórica para la jurisdicción penal nacional. La **jurisdicción universal** trasciende la soberanía nacional. Adicionalmente, el ejercicio de la **jurisdicción universal** desplaza el derecho del acusado a ser procesado por el “juez natural”, un sello distintivo del ejercicio tradicional de la jurisdicción territorial⁵⁵. La lógica detrás del ejercicio de dicha jurisdicción es: (1) ningún otro Estado puede ejercer jurisdicción sobre la base de las doctrinas tradicionales; (2) ningún otro Estado tiene un interés directo; y (3) existe un interés de la comunidad internacional de que las normas se hagan cumplir. Entonces, los Estados ejercitan la **jurisdicción universal** no únicamente como una jurisdicción nacional, sino también como representantes de la comunidad internacional. En otras palabras, el Estado que ejercita la

⁵² Ver “Resolution of the Third International Congress of Penal Law” (Palermo 1933), en 10 *Revue Internationale de Droit Pénal* 144, 157 (1933); *International Law Association, Report of the 34th Conference* 378, 383-384 (1926); *Resolution of the International Congress of Comparative Law* (La Haya, 1932); *International Conference for the Unification of Criminal Law*, Art. 7 (Varsovia, 1927). En 2000, la *International Law Association* emitió un informe sobre **jurisdicción universal**. La Universidad de Princeton también publicó un informe, *Los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal* (2001).

⁵³ Donnedieu de Vabres, *supra* nota 36, en 69. “*L’attribution d’une compétence très subsidiaire au juge du lieu d’arrestation donne satisfaction à un besoin de sécurité, à un sentiment élémentaire de justice.*” *Id.* en 445. Ver también Maurice Travers, 1 *Le Droit Pénal International* 73 (1920); Mercier, Rapport, *Annuaire de l’Institut de Droit International* 87, 136 (1933).

⁵⁴ Ver Hays Butler, *Universal Jurisdiction: A Compilation of Documents* (3 vols. 2000); ver también, e.g., Jordan J. Paust, M. Cherif Bassiouni & Michael Scharf *et al.*, *International Criminal Law: Cases and Materials* (2ª ed. 2000); Steven Ratner & Jason Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy* (2001); *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses* (Committee on International Human Rights Law and Practice, International Law Association), 2000, en 20-21 [referido en adelante en este trabajo como **Jurisdicción Universal** con Respecto a Graves Ofensas a los Derechos Humanos] (concluyendo que los Estados tienen derecho a ejercitar **jurisdicción universal** con respecto a genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y tortura, pero recomendando que “los grandes infractores de los derechos humanos deberían ser juzgados en el Estado en el cual ellos cometieron sus delitos”).

⁵⁵ Ver, e.g., Convención Europea de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950, art. 13, Europ. T.S. N° 5, 213 U.N.T.S. 221; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, art. 25, O.A.S.T.S. N° 36; 1144 U.N.T.S. 123.

jurisdicción universal lleva a cabo un *actio popularis* contra personas que son *hostis humani generis*⁵⁶.

Se pueden identificar dos posiciones como bases para trascender el concepto de soberanía. La primera es la posición universalista que se deriva de una cosmovisión idealista. Esta posición universalista idealista reconoce ciertos valores centrales y la existencia de intereses internacionales dominantes que son comúnmente compartidos y aceptados por la comunidad internacional y por lo tanto que trascienden la singularidad de los intereses nacionales. La segunda posición es una de naturaleza pragmática orientada hacia políticas que reconozcan que en ocasiones ciertos intereses comúnmente compartidos de la comunidad internacional requieren un mecanismo de coacción que trascienda los intereses de la soberanía singular.

Estas dos posiciones comparten elementos comunes, a saber: (a) la existencia de valores y/o intereses comúnmente compartidos por la comunidad internacional; (b) la necesidad de expandir los mecanismos de coacción para contrarrestar las transgresiones más graves de esos valores/intereses; y (c) la presunción de que un sistema de coacción jurisdiccional extendido producirá disuasión, prevención y retribución, y en definitiva promocionará resultados de orden universal, justicia y paz. En conformidad con ambas posiciones, el resultado es dar a cada una y la totalidad de las soberanías, así como también a órganos internacionales, la facultad de dar cumplimiento, ya sea individual o colectivamente, a ciertas proscripciones internacionales. Esta teoría se aplica cuando la proscripción se origina en la legislación penal internacional y no en la legislación nacional de un Estado determinado. En otras palabras, los crímenes contemplados en forma exclusiva bajo la legislación nacional no pueden dar origen a la **jurisdicción universal**.

La posición universalista y aquella políticamente orientada difieren en cuanto a: (a) la naturaleza de las fuentes de los valores/intereses que dan origen a una prescripción internacional o supranacional; (b) qué constituye la comunidad internacional y su membresía; y (c) la naturaleza y la extensión de los derechos legales y las obligaciones que atañen a los Estados⁵⁷.

La posición universalista puede ser derivada de concepciones metafísicas y filosóficas que han surgido en diferentes culturas y en diferentes tiempos, pero que convergen en ciertos

⁵⁶ Para un análisis de las circunstancias bajo las cuales un Estado puede proceder *actio popularis* como consecuencia de una infracción de *obligatio erga omnes*, ver Roman Boed, "The Effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations", 33 *Cornell Int'l L.J.* 297, 299-301 (2000). Ver también a Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (1997); Andre de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes* (1996); cf. Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (*Belg. v. Spain*), 1970 *I.C.J.* 3, 32 (5 de febrero) (definiendo obligaciones *erga omnes*).

⁵⁷ Esas materias son analizadas por M. Cherif Bassiouni & Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Prosecute or Extradite in International Law* 3-69 (1995). El caso para una *civitas* internacional máxima apoyando el deber de procesar o extraditar es válido; es dudoso, sin embargo, que ella incluya **jurisdicción universal** que no sea una base jurisdiccional subsidiaria para hacer cumplir la obtención de estas metas. En efecto, *aut dedere aut judicare* puede bien ser alegado como un sustituto para la teoría de jurisdicción universal. En opinión de este autor, la **jurisdicción universal** complementa *aut dedere aut judicare* en que siempre que un Estado no extradita y procede a someter a proceso éste puede no necesitar apoyarse en la universalidad.

aspectos. Por ejemplo, en las tres religiones monoteístas del Judaísmo, Cristianismo e Islamismo, la soberanía total descansa en el Creador, y las transgresiones de las normas del Creador confieren la facultad de coacción por parte de la comunidad religiosa, sin consideración a cualesquiera limitaciones referidas a espacio o tiempo⁵⁸.

Los juristas y filósofos occidentales, a contar del siglo XV, en parte fundados en los conceptos del derecho natural del Cristianismo, desarrollaron una posición universalista idealista. Pero, contrariamente a la visión de algunos autores contemporáneos que se refieren a ellos, estos juristas y filósofos tempranos no extendieron su visión universalista de ciertos crímenes universales a la jurisdicción penal universal a ser ejercida por cualesquiera y la totalidad de los Estados⁵⁹. Cesare Beccaria en su panfleto de 1764, *Del Delitti e Delle Pene*⁶⁰, expresó una visión universalista idealista en el sentido de que existe una comunidad de naciones que comparten valores comunes que la totalidad de los miembros de la comunidad internacional se encuentran obligados hacer cumplir, tanto en forma colectiva como singular. Pero él no la extendió a la **jurisdicción universal**. Beccaria expresó su punto de vista como sigue:

“Existen también aquellos que piensan que un acto de crueldad cometido, por ejemplo, en Constantinopla, podría ser castigado en París por esta razón: que aquel que ofende a la humanidad debería a toda la especie humana por enemiga, y debería ser el objeto de repudio universal, como si los jueces fueren los caballeros errantes de una naturaleza humana en general, en lugar de los guardianes de convenciones específicas entre los hombres”⁶¹.

Con posterioridad, Hugo deGroot (Grotius), en sus dos volúmenes *De Jure Belli Ac Pacis*, publicado por primera vez en 1625, argumentó a partir de la misma premisa filosófica pero se basó en un enfoque pragmático orientado políticamente a la persecución de *hostis humani generis* en alta mar. La premisa de Grotius fue la noción de *mare liberum*, lo cual no

⁵⁸ Esta es la razón por la cual el Ayatola Khomeini emitió en 1989 un edicto de muerte por blasfemia contra el escritor Salman Rushdie por su libro *The Satanic Verses* (1988). La mayoría de los Estados del mundo reaccionaron negativamente al alcance extraterritorial tal como lo hicieron muchos tratadistas. Ver M. Cherif Bassiouni, *Religious Discrimination, and Blasphemy, Address Before the 83rd Annual Meeting of the American Society of International Law in Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law* 432-35 (1989); Hurst Hannum, *Religious Discrimination, and Blasphemy, Address Before the 83rd Annual Meeting of the American Society of International Law in Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law* 427-28 (1989); Virginia Leary, *Religious Discrimination, and Blasphemy, Address Before the 83rd Annual Meeting of the American Society of International Law in Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law* 428-30 (1989); Ved Nanda, *Religious Discrimination, and Blasphemy, Address Before the 83rd Annual Meeting of the American Society of International Law in Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law* 430-31 (1989). Este es un ejemplo de por qué la **jurisdicción universal** debería ser cuidadosamente circunscrita. Sin embargo, han habido muchas posiciones en contrario expresadas por escritores musulmanes en Occidente, así como también en el mundo musulmán, las cuales han tomado una posición en apoyo del *fatwa* del Ayatola, abogando de hecho por la **jurisdicción universal**.

⁵⁹ Para una síntesis de estos puntos de vista con respecto a esta materia, incluyendo aquellos de Grotius, Heineccius Burlamaqui, Vattel, Rutherford, Kent y otros, ver Henry Wheaton, *Elements of International Law* 181 (R.H. Dana ed., 8ª ed. 1866).

⁶⁰ Cesare Beccaria-Bonesana, *An Essay on Crimes and Punishment* (Academia Reprints ed. 1953) (1819).

⁶¹ *Id.* en 135; Bassiouni & Wise, *supra* nota 57, en 27. [traducción libre]

constituyó necesariamente una nueva doctrina, pero en conformidad con la cual él postuló el derecho de libertad de navegación en alta mar. Debido a que el derecho de libertad de navegación en alta mar tenía una aplicación universal, concluyó que una infracción a ese derecho por piratas debería ser castigado universalmente. Es esa doctrina la que pasó a ser el fundamento de la teoría moderna de la **jurisdicción universal** para ciertos crímenes internacionales.

Para el naturalista, el concepto de delitos universales puede ser identificado con referencia al derecho natural⁶², en tanto que para un positivista legal, no puede serlo⁶³. Así, la evolución de conceptos legales, tales como *nullum crimen sine lege, nula poena sine lege*⁶⁴, la génesis de los cuales se encuentra en los escritos de Montesquieu⁶⁵, y que más tarde se reflejan en el positivismo del derecho penal de las codificaciones penales europeas del siglo XIX⁶⁶, se contradice con la noción abstracta de delitos universales identificados por referencia a la ley natural⁶⁷. Estas codificaciones incorporaron los principios de la legalidad en el derecho penal e hicieron difícil que se continuara aceptando la posición universalista expresada por algunos pocos juristas y filósofos anteriores.

Muchos tratadistas legales a contar del siglo XIX han abogado por la teoría de la **jurisdicción universal** sin necesariamente clarificar el fundamento filosófico de esa teoría o sus elementos legales. En lugar de ello, ellos argumentan en gran medida en la forma en que lo hicieron los universalistas tempranos en el sentido de que ciertos crímenes internacionales implican que todos los Estados, sin consideración a la existencia de alguna legislación nacional, y aun contra la legislación nacional, tienen la facultad de procesar, sin tomar en cuenta una conexión territorial con el crimen o alguna conexión con la nacionalidad del autor o la víctima. Tal vez la expresión más articulada del problema fue hecha en 1924 por Donnedieu de Vabres, quien señaló:”

“Dans sa notion élémentaire et son expression absolue, le système de la répression universelle, ou de l’universalité du droit de punir est celui qui attribue vocation aux tribunaux répressifs de tous les Etats pour connaître d’un crime commis par un individu quelconque, en quelque pays que ce soit.”

⁶² Para diferentes expresiones del derecho natural, ver *The Natural Law Reader* (Brendan F. Brown ed., 1960) (expresando el derecho natural en base del catolicismo); Lloyd L. Weinreb, *Natural Law and Justice* (1987). Ver también *Advisory Opinion, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226, 551 (8 de julio) (Weeramantry, J., disintiendo); Saul Mendlovitz & Merav Datan, “Judge Weeramantry’s Grotian Quest”, 7 *Transnat’l & Contemp. Probs.* 401 (1997).

⁶³ Para estas diferentes filosofías del derecho, ver Bassiouni, Crímenes Contra la Humanidad, *supra* nota 26, en 89-122.

⁶⁴ *Id.* en 123-67.

⁶⁵ 2 Charles de Secondat Montesquieu, *De L’Esprit des Lois, Oeuvres Complètes* (Roger Caillois ed., 1951). La máxima deriva del derecho romano.

⁶⁶ Bassiouni, Crímenes Contra la Humanidad, *supra* nota 26, en 123-67. El origen europeo moderno para los “principios de legalidad” es atribuido a Paul Anselm von Feuerbach, quien por primera vez los explicó en su *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts* (1801). Ver también Giuliano Vassalli, *Nullum Crimen Sine Lege*, en 5 *Novissimo Digesto Italiano: Apéndice* 292 (1987).

⁶⁷ Bassiouni, *supra* nota 26, en 123-67.

L'Etat qui, se prévalant de cette doctrine, exerce sa compétence universelle, ne revendique nullement un droit de souveraineté qui le serait propre, soit a l'égard de l'acte qu'il réprime, soit vis-à-vis de son auteur. Il n'agit pas pour la défense de ses intérêts. Il intervient, à défaut de tout autre Etat, pour éviter, dans un intérêt humain, une impunité scandaleuse. Il suit de la que son intervention a un caractère très subsidiaire. Elle ne se manifeste que si l'Etat qui juge a le délinquant en sa possession.

Tel qu'on vient de le définir, le système de l'universalité du droit de punir a sa modeste origine dans un texte du Code de Justinien, C. III, 15, Ubi de criminibus agi oportet, I, qui, déterminant le ressort, en matière pénale, des gouverneurs de l'Empire, donne à la fois compétence au tribunal du lieu de commission du délit, et à celui du lieu d'arrestation du coupable (judex deprehensionis). L'interprétation tendancieuse des glossateurs substitua au judex deprehensionis le judex domicilli.

Néanmoins, il fut admis pendant tout le moyen age, dans la doctrine italienne, et dans le droit qui gouvernait les rapport des villes lombardes, qu'à l'égard de certaines catégories de malfaiteurs dangereux - banniti, vagabundi, assassini, - la simple présence, sur le territoire, du criminel impuni, étant une cause de trouble, donnait vocation à la cite pour connaître de son crime. Au xvi siècle, Doneau rétablit la véritable signification du texte fondamental, C. III. 15. I, favorable au forum deprehensionis. Ayrault écrit, à la même époque: 'Il semble que, franchement et volontairement, nous nous rendions sujets aux lois de la patrie dont nous corrompons le repos.' Au xvii siècle, cette idée se fait jour dans les écrits du Hollandais Paul Voet, au xviii siècle, dans ceux de l'Allemand Henricus de Cocceji. Elle pénètre jusqu'à notre époque, ou elle est fréquemment reproduite. Il en résulte que la commission de certains crimes, d'une exceptionnelle gravité, est une source de compétence universelle.

Il appartient à Grotius qui fut, à l'aube du xvii siècle, le grand vulgarisateur, sinon le fondateur du droit international, d'attacher à la théorie de la compétence universelle toute sa valeur philosophique. A l'heure ou les grandes unités politiques, de constitution récente, se dressaient les unes contre les autres, il formula, comme un précurseur, la loi de la solidarité humaine. Il existe, dit-il, une société universelle des hommes, societas generis humani. Le crime, envisagé comme une violation du droit naturel qui la régit, droit non écrit, mais grave dans la conscience individuelle, est une offense à l'humanité tout entière. L'obligation de punir qu'il engendre est universelle. Elle se traduit, pour l'Etat dans le pouvoir duquel le criminel est tombé, par l'alternative fameuse d'extrader ou de punir: aut dedere, aut punire. L'influence de Grotius peut s'observer dans la doctrine de ses successeurs hollandais, scandinaves ou allemands. On la rencontre au xviii siècle, et dans la période révolutionnaire, où la pure tendance individualiste et humanitaire résiste au socialisme, à l'étatisme issus du Contrat social. On la retrouve, au cours du xix siècle, dans les écrits de nombreux théoriciens, et dans quelques législations positives⁶⁸.

Esta visión doctrinal, la cual es esencialmente una orientada políticamente a pesar de estar fundada en la filosofía del derecho natural, ha recibido un apoyo creciente entre los juristas en

⁶⁸ Donnedieu de Vabres, *supra* nota 36, en 135-36 (notas de pie de página omitidas).

el siglo XX⁶⁹, pero no ha sido respaldada por la práctica de los Estados. En efecto, sólo se ha informado de unos pocos casos conocidos por los tratadistas en los cuales se haya aplicado una doctrina de **jurisdicción universal** irrestrictamente sin que existiera un vínculo con la soberanía o territorialidad del Estado que la hace cumplir⁷⁰.

Un Informe de 1990 del Consejo de Europa sintetiza apropiadamente la situación contemporánea de la ley y la práctica de los Estados⁷¹:

“Existen considerables diferencias de opinión entre los Estados miembros en relación con el propósito del principio de la universalidad, en conformidad con el cual la jurisdicción penal es ejercida con respecto a delitos cometidos en el extranjero, sin que sea necesario que los requisitos subyacentes en los principios mencionados anteriormente se encuentren presentes.”

Algunos Estados sólo están dispuestos a aplicar el principio a ciertos delitos si ellos se encuentran autorizados u obligados a hacerlo así, de conformidad con el derecho internacional. Algunas convenciones autorizan que los Estados se atribuyan **jurisdicción universal**. Otras requieren dicha acción jurisdiccional de modo de no dejar ciertos delitos sin castigo. La mayoría de los Estados se ha sentido en libertad para incorporar el principio en sus legislaciones nacionales sin ninguna de dichas autorizaciones u obligaciones. No obstante, muchos de este último grupo han evidentemente tratado de mantenerse en línea con convenios internacionales existentes cuando establecen la **jurisdicción universal**. Sin embargo, también hay una cantidad de Estados que se han reservado un considerable grado de **jurisdicción universal** con respecto a delitos que no se encuentran cubiertos por ningún instrumento internacional. Ellos asumen que cualquier conflicto de competencia con otros Estados que pueda resultar de su jurisdicción así extendida, puede ser evitado en la práctica por una aplicación amplia del principio de la jurisdicción discrecional o bien mediante la imposición de condiciones para el procesamiento, tales como que se cuente con la autorización de un órgano central o que el imputado se encuentre presente. Este último requisito es, de hecho, impuesto por la totalidad de los Estados para el ejercicio de jurisdicción basada en este principio, a lo menos en la práctica.

Algunas convenciones parecieran permitir la aplicación de la **jurisdicción universal** en relación con delitos cubiertos en ellas. Los Convenios de la Cruz Roja de 1949 podrían ser un ejemplo, a pesar que no todos los Estados partes en estos convenios han establecido **jurisdicción universal** en conformidad con estos instrumentos. La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y el Protocolo de Modificación de 1972, y el Convenio de Sustancias

⁶⁹ Ver Butler, *supra* nota 54.

⁷⁰ La mayoría de ellos se relacionan con piratería. Ver Alfred Rubin, *The Law of Piracy* (2ª ed. 1998). Algunos casos informados por tratadistas se refieren a procesamientos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, pero no pudieron ser encontrados por este autor. Ver William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes* 360-68 (2000). Para un análisis de práctica estatal contemporánea, ver *infra* notas 188-227 y texto acompañado.

⁷¹ *Extraterritorial Criminal Jurisdiction: Report of the European Committee on Crime Problems*, Consejo de Europa (1990). El informe fue preparado por el *Select Committee of Experts on Extraterritorial Jurisdiction* (PC-R-EJ), establecido por el Comité Europeo para Problemas Penales (CDPC) en 1984. [traducción libre]

Psicotrópicas Viena de 1971 son también ejemplos. Algunos Estados han establecido jurisdicción basados en la universalidad con respecto a los delitos cubiertos por esos tratados.

Otras convenciones claramente contemplan o requieren la aplicación de la **jurisdicción universal**. Ejemplo de ello son algunos tratados sobre falsificación, piratería, secuestro y acciones que ponen en peligro la seguridad de la aviación civil. Virtualmente todos los Estados han establecido la **jurisdicción universal** con respecto a dichas ofensas. Convenciones comparables que contemplan la adopción de la jurisdicción universal son aquellas relacionadas con la lucha contra el terrorismo, la prevención de la tortura, la protección del personal diplomático, la protección física de material nuclear y la toma de rehenes.

La máxima *aut dedere aut judicare* se encuentra reflejada en un número cada vez mayor de convenciones, aun cuando el medio se traduce en una legislación nacional y sus efectos difieren de un Estado a otro y aun de categoría a categoría de delito dentro de un mismo país.

A veces no hay una distinción clara entre el principio de universalidad y otros principios en los cuales se basa la jurisdicción extraterritorial, tales como el principio de la “representación” o el principio de la protección. Existen a menudo diferencias de opinión acerca de cuál principio debería formar la base de un modo particular de jurisdicción extraterritorial. También se ha mostrado que, bajo circunstancias especiales, se han establecido formas de jurisdicción que no pueden ser clasificadas bajo ninguno de los principios tradicionales de jurisdicción que se describen más arriba. Estos se pueden hallar, por ejemplo, en el derecho militar, en ciertas leyes de emergencia y en la legislación relativa a impuestos y derechos de aduana.

La dificultad de la categorización de estas diferentes formas de jurisdicción penal legislativa extraterritorial puede tal vez ser explicada por el hecho de que ella no siempre tiene una base teórica sólida. El comité consideró que era su deber estudiar las bases teóricas para dicha jurisdicción y, siempre que fuera posible, describirlas o desarrollarlas⁷².

La **jurisdicción universal** ha sido en efecto a menudo confundida con otras teorías de jurisdicción penal extraterritorial. Pero, según se analiza más adelante, con pocas excepciones, la legislación y la práctica de los Estados demuestra sin contrapesos una conexión entre el crimen y el Estado que aplica la norma, basada en el impacto territorial del crimen o en la nacionalidad de quien lo perpetra o bien en la nacionalidad de la víctima. Según se analiza más adelante, el reconocimiento explícito o implícito de la teoría de la **jurisdicción universal** en el derecho internacional convencional ha sido limitado a ciertos crímenes internacionales. No obstante, la aplicación de la jurisdicción internacional sobre ciertos crímenes internacionales no necesariamente significa que tal jurisdicción puede carecer de toda conexión con el Estado que la aplica, o que ella tiene precedencia sobre otras teorías de jurisdicción. En lugar de ello, la **jurisdicción universal** para ciertos crímenes internacionales constituye una teoría de jurisdicción que se funda en la política de fortalecer la responsabilidad penal internacional, por medio de la cual el Estado que la aplica actúa en representación de la comunidad internacional en el cumplimiento de sus obligaciones

⁷² *Id.* en 14-16.

internacionales y también en la búsqueda de sus propios intereses nacionales. Pero ello no significa que este ejercicio de aplicación de la norma reemplaza los intereses que otros Estados tienen en hacerla cumplir ni tampoco los intereses de organismos internacionales como el TPIY, el TPIR y la CPI. Por ello se debe aplicar un criterio de equilibrio en el ejercicio de la **jurisdicción universal**.

Los tratadistas, incluyendo el autor de este artículo, respaldan la proposición de que existe una teoría independiente de la **jurisdicción universal** con respecto a crímenes internacionales *ius cogens*. Las premisas para dicha teoría son tanto la posición universalista idealista histórica y la posición política pragmática mencionadas anteriormente⁷³. Con el objeto de respaldar dicha teoría, sin embargo, es necesario comprender la evolución histórica de esa teoría y su contenido y aplicación contemporánea. Más aún, se hace indispensable contar con directrices para la aplicación de esta teoría con el objeto de evitar conflictos jurisdiccionales, interrupciones del orden global, abusos y denegación de justicia, y para mejorar la predecibilidad de las prioridades jurisdiccionales y la consistencia en las disputas jurisdiccionales y los resultados.

IV. La **Jurisdicción Universal** en el Derecho Penal Internacional

Las fuentes primarias del derecho penal internacional sustantivo son las convenciones y la práctica consuetudinaria que recurren a los principios generales del derecho, así como los escritos de los juristas esencialmente como un medio de interpretar las convenciones y las costumbres⁷⁴. El derecho internacional convencional es la mejor fuente del derecho penal internacional sustantivo en tanto que es más apto para satisfacer el principio de legalidad, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*⁷⁵. Pero ello no excluye el derecho internacional consuetudinario o los principios generales del derecho como fuentes del derecho penal internacional sustantivo, siempre que ellos cumplan con el estándar de especificación equivalente a aquel del derecho internacional convencional.

La reflexión teórica sobre jurisdicción penal universal y su aplicación⁷⁶ debe tener en cuenta: (1) la legislación nacional, con el objeto de determinar si ella existe en la mayoría de los sistemas legales nacionales que representan los principales sistemas de justicia penal del mundo⁷⁷, y (2) el derecho penal internacional convencional para determinar la existencia de normas legales internacionales que contengan provisiones para la aplicación de la **jurisdicción**

⁷³ Ver *supra* nota 68 y texto acompañado.

⁷⁴ Bassiouni, Fuentes y Contenido, *supra* nota 33, en 3-126.

⁷⁵ Ver *supra* notas 64-66 y texto acompañado. Para un análisis del proceso de establecimiento del derecho internacional consuetudinario, ver *infra* notas 188-194 y texto acompañado.

⁷⁶ “En su declaración clásica, sin embargo, la teoría de la universalidad comprende actos cometidos más allá de la jurisdicción territorial de algún país, siendo la piratería en alta mar el delito paradigma”. Rena Hozore Reiss, “The Extradition of John Demjanjuk: War Crimes, Universal Jurisdiction, and the Political Offense Doctrine”, 20 *Cornell Int’l L. J.* 281, 303 (1987) (citando 1 M. Cherif Bassiouni, *International Jurisdiction, United States Law and Practice*, ch. 6, 6 (1983)). Ver *id.* en 303 n. 161 (“La justificación para el principio de la universalidad descansa en el hecho de que sin dicha jurisdicción ningún país podría procesar al criminal”). [traducción libre]

⁷⁷ M. Cherif Bassiouni, “General Principles of International Law”, 11 *Mich. J. Int’l L.* 768-818 (1990); ver también Rene David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains* 22-32 (5ª ed. 1973). Para una revisión de legislación nacional que pretende autorizar la **jurisdicción universal**, ver el Apéndice del presente trabajo.

universal por parte de sistemas de justicia penal nacionales y por entes resolutivos establecidos en forma internacional⁷⁸.

La investigación académica con respecto a la legislación nacional pone en evidencia que muy pocos Estados tienen disposiciones que permitan a sus sistemas judiciales ejercitar la **jurisdicción universal** con respecto a alguien que ha cometido un crimen internacional *jus cogens*, sin consideración al tiempo y el lugar de la ocurrencia del crimen, su impacto sobre el territorio del Estado que la aplica, la participación en el mismo por parte de uno de sus nacionales o su ejecución contra de uno de sus nacionales⁷⁹. La práctica judicial de los Estados también es limitada. En el conocimiento de este autor, ninguna práctica estatal existe en la actualidad por la cual un Estado haya recurrido a la **jurisdicción universal** sin la existencia de una legislación nacional, aún cuando los tratados internacionales contienen disposiciones proveyendo dicha base jurisdiccional.

La práctica colectiva de los Estados en el establecimiento de órganos judiciales internacionales luego del término de la Segunda Guerra Mundial, incluyendo cinco comisiones investigadoras internacionales y cuatro tribunales penales internacionales *ad hoc*, muestra nada de ello ha sido basado en la teoría de la **jurisdicción universal**⁸⁰. El Estatuto de la CPI tampoco establece la **jurisdicción universal** para las “situaciones” que son referidas a ella por los Estados sino que únicamente un alcance universal acerca de los crímenes que caen dentro de la jurisdicción de la Corte⁸¹. Estos crímenes son: genocidio, crímenes contra la humanidad, y crímenes de guerra, los cuales son crímenes internacionales *jus cogens*⁸². Dado a que las “referencias”⁸³ a la CPI son hechas por un Estado parte⁸⁴, o por un Estado no parte⁸⁵, se hace difícil argumentar que la jurisdicción de la CPI fluye de la teoría de la **jurisdicción universal**. Sin embargo, las “referencias” por parte del Consejo de Seguridad por crímenes que caen bajo la jurisdicción de la Corte constituyen **jurisdicción universal** debido a que ellos pueden trascender la territorialidad de un Estado parte⁸⁶. Dicha disposición podría ser interpretada como que permite al Consejo de Seguridad referir una “situación” a la CPI, aun cuando ella se aplique a crímenes que ocurren fuera del territorio de un Estado parte y que involucren la responsabilidad de nacionales de Estados que no son parte.

⁷⁸ M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions* (1997) [referido en adelante en el presente trabajo como Bassiouni, Convenciones DPI]. Para un análisis de la práctica estatal contemporánea con respecto a la **jurisdicción universal**, ver *infra* notas 188-227 y texto acompañado.

⁷⁹ Ver *supra* nota 8 y texto acompañado.

⁸⁰ M. Cherif Bassiouni, “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, 10 *Harv. Hum. Rts. J.* 11 (1997).

⁸¹ Ver Estatuto CPI, *supra* nota 12, art. 14; ver también M. Cherif Bassiouni, *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History* (1998).

⁸² Estatuto CPI, *supra* nota 12, arts. 6, 7 y 8.

⁸³ *Id.* art. 14.

⁸⁴ *Id.* Alemania, Nueva Zelanda y Canadá son ejemplos de países que han dictado recientemente legislación de implementación nacional.

⁸⁵ *Id.* art. 12(3).

⁸⁶ *Id.* art. 14.

En el derecho penal internacional hay 27 categorías de crímenes⁸⁷. Estas 27 categorías se desprenden de 276 convenciones concluidas entre 1815 y 1999⁸⁸. Algunas de estas convenciones incluyen disposiciones penales que las distinguen de otras leyes internacionales convencionales. Estos crímenes internacionales son: agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, crímenes contra las Naciones Unidas y el personal asociado, posesión y/o uso ilegítimo de armas, robo de materiales nucleares, mercenarismo, *apartheid*, esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud, tortura, experimentación humana ilegítima, piratería, secuestro de aeronave, actos ilegales contra la navegación marítima civil, actos ilegales contra personas protegidas internacionalmente, toma de rehenes civiles, uso ilegal del correo, terrorismo nuclear, financiamiento del terrorismo internacional, tráfico ilegal de drogas y sustancias peligrosas, destrucción y/o robo de tesoros nacionales y herencia cultural, actos ilegales contra el medio ambiente, tráfico internacional de materiales obscenos, falsificación de monedas, interferencia ilegal con cables submarinos y soborno de funcionarios públicos extranjeros⁸⁹. Entre las disposiciones penales contenidas en estas convenciones hay disposiciones relativas a jurisdicción penal y, de éstas, únicamente 32 convenciones contienen una referencia a una teoría jurisdiccional⁹⁰ y, entre ellas, solamente de unas pocas, analizadas más adelante, se puede decir que reflejan en forma explícita o implícita la **jurisdicción universal**. Por el contrario, 98 disposiciones reflejan la obligación de procesar y 68 de extraditar, evidenciando la preferencia legislativa a favor esta técnica de cumplimiento de la ley por sobre aquella que confiere **jurisdicción universal** a todos y cada uno de los Estados⁹¹.

Debido a que el derecho penal internacional convencional y consuetudinario se sobreponen con respecto a ciertos crímenes, es útil examinar si la **jurisdicción universal** vis-à-vis los crímenes internacionales *jus cogens* se origina en conformidad con alguna de las fuentes del derecho penal internacional. Lo que sigue a continuación es una apreciación de la evolución de la jurisdicción internacional con respecto a los crímenes internacionales *jus cogens* basada en las fuentes del derecho internacional convencional y consuetudinario. Estos crímenes internacionales *jus cogens* son: piratería, esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, *apartheid* y tortura⁹².

Es útil señalar que varias convenciones de derecho penal internacional que se aplican a crímenes que no han sido catalogados como *jus cogens* contienen una disposición respecto a la **jurisdicción universal**. Esto evidencia el reconocimiento y la aplicación que se ha conferido a esta teoría.

⁸⁷ Ver Bassiouni, Convenciones DPI, *supra* nota 78. Esa investigación se refiere únicamente a 25 categorías ya que dos más fueron agregadas desde 1997.

⁸⁸ *Id.* en 20-21, que se refiere únicamente a 274 dado que dos nuevas convenciones fueron adoptadas entre 1997 y 1999.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.* en 5, 20-21.

⁹¹ *Id.* en 20-21. En tanto que *aut dedere aut judicare* es propiciado como una máxima *civitas*, debería tenerse presente que la fórmula es más prevalente en convenciones relacionadas con drogas y terrorismo. Ver Bassiouni, Convenciones DPI, *supra* nota 78, en 789-842, 893-1018; Bassiouni & Wise, *supra* nota 57, en 11-19.

⁹² Bassiouni, Crímenes *Jus Cogens*, *supra* nota 33.

Los crímenes internacionales *jus cogens* analizados más adelante en el orden de su emergencia en el derecho penal internacional son: (1) piratería; (2) esclavitud; (3) crímenes de guerra; (4) crímenes contra la humanidad; (5) genocidio; (6) *apartheid*; y (7) tortura.

A. Piratería

La piratería es considerada la base de la jurisdicción penal universal para crímenes internacionales *jus cogens*, pero ese no fue siempre el caso. El término piratería tiene su origen en la literatura griega como *peirates* y se hace referencia a él La Iliada⁹³ y La Odisea de Homero⁹⁴, así como Historia de la Guerra del Peloponeso de Tucídides⁹⁵. Luego aparece en la literatura romana, especialmente en los escritos de Cicerón, quien alude a los piratas como *pirata* y *praedones* (predadores basados en tierra, posteriormente referidos como bandoleros y bandidos)⁹⁶. A Cicerón también se le atribuye la noción de que *pirata* y *praedones* son *hostis humani generis*⁹⁷. Grotius, basándose en Aristóteles y Cicerón, se refirió a la teoría de *hostis humani generis* y su aplicación en tiempo de guerra, el cual era el contexto en el cual la piratería era vista en su época⁹⁸.

La temprana historia de definir la piratería no estuvo, sin embargo, vinculada a la **jurisdicción universal** como lo estuvo en los siglos XIX y XX. El profesor Alfred Rubin en forma autoritativa documenta esta historia hasta el tiempo presente⁹⁹. Alberigo Gentili¹⁰⁰ y

⁹³ Homero, La Iliada (trad. A.T. Murria, 1971).

⁹⁴ Homero, La Odisea (trad. A.T. Murria, 1960).

⁹⁵ Tucídides, La Guerra del Peloponeso (trad. C.M. Smith, 1969).

⁹⁶ Cicerón, Contra Verres II (trad. L.H.G. Greenwood, 1953). Ver también Cicerón, *De Officiis* (trad. L.H.G. Greenwood, 1953); Cicerón, *De Re Publica* (trad. C.W. Keyes, 1928).

⁹⁷ Coleman Philippon retraza esa evolución histórica, tanto con respecto a su significado sustantivo como a su ejercicio de jurisdicción en Grecia y Roma. 2 Coleman Philippon, *The International Law and Custom of Ancient Greece* (1911).

⁹⁸ Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (trad. Francis W. Kelsey, 1925) (1625). Grotius también se apoyó en el Antiguo y Nuevo Testamento y en Aristóteles y Cicerón para una perspectiva universal. Ver Cicerón, *De Re Publica*, *supra* nota 96, en 211 (bk. III, XXII):

“El verdadero derecho es el razonamiento correcto en conformidad con la naturaleza; es de aplicación universal, sin cambios y duradero; él obliga a cumplir por su orden, y desvía de delito por sus prohibiciones. Y no deposita sus órdenes o prohibiciones sobre los hombres buenos en vano, a pesar que tampoco tiene efecto alguno sobre los malvados. Constituye un pecado tratar de modificar este derecho, así como tampoco está permitido intentar derogar alguna parte del mismo, y es imposible abolirlo completamente. Nosotros no podemos ser exonerados de sus obligaciones por disposición del senado o el pueblo, y nosotros no necesitamos mirar fuera de nosotros mismos para un expositor o interprete de él. Y no existirá un derecho diferente en Roma y en Atenas, o leyes diferentes ahora y en el futuro, sino que uno e inmutable derecho será válido para todas las naciones y en todos los tiempos, y habrá un amo y rector, esto es, Dios, sobre todos nosotros, porque Él es el autor de este derecho, su promulgador, y el juez que lo hace cumplir. Quiquiera que es desobediente está huyendo de sí mismo y denegando su naturaleza humana, y en razón de este solo acto él sufrirá la peor de las sanciones, aun si escapa de aquello que es comúnmente considerado castigo”. [traducción libre]

Id. Ver también Bassiouni, Crímenes Contra la Humanidad, *supra* nota 26, en 108 n. 71.

⁹⁹ Rubin, *supra* nota 70.

¹⁰⁰ Gentili, *De Iure Belli Libri Tres* (trad. J.C. Rolfe, 1933) (1612). Ver, por ejemplo, el trabajo de Gentili *De Iure Belli* (1612), reimpresso en *Classics of International Law* (1933); Grotius, *supra* nota 98. Para una breve evaluación de estos trabajos, ver Peter Haggemacher, Grotius y Gentili: “A Reassessment of Thomas E. Holland’s Inaugural Lecture”, en *Hugo Grotius and International Relations* ch. 4 (1992) [referido en adelante en el presente trabajo como Grotius y Relaciones Internacionales]; G.I.A.D. Draper, “Grotius’ Place in the Development of Legal Ideas About War”, en *Grotius and International Relations*, *supra*, ch. 5.

Balthasar Ayala¹⁰¹ adoptaron la visión universalista de la piratería y su castigo universal por todos los Estados debido a que él estaba ordenado por *ius gentium*. Pero su aplicación del concepto de piratería estaba esencialmente referido al contexto de guerra, como el fenómeno era entonces considerado. Grotius, sin embargo, cuyo enfoque era más pragmático, vio el problema de tratar a los piratas como parte de su visión de un cierto orden en alta mar. Desde una perspectiva jurisdiccional, Grotius, un defensor de la libertad en alta mar, *mare liberum*, postuló el principio de que las naves en alta mar eran una extensión de la territorialidad del Estado de la bandera. Así, el Estado de la bandera podría ejercer su jurisdicción sobre naves y personas no nacionales por actos de piratería. El principio según el cual todos y cada uno de los Estados podían ejercer su jurisdicción sobre todos y cada uno de los piratas no fue, por tanto, una aplicación de la **jurisdicción universal**. En lugar de ello, podría decirse que fue el reconocimiento de la aplicación universal de la jurisdicción del Estado de la bandera en su derecho a defenderse contra los piratas y eventualmente perseguirlos tanto como una medida preventiva como sancionadora.

La temprana ley de la piratería y sus aplicaciones jurisdiccionales se desarrollaron en las legislaciones y prácticas nacionales de las principales naciones navieras entre los siglos XV y XVII. A pesar de que éstas se desarrollaron sobre la base de distintos conceptos y técnicas legales, los resultados fueron similares. La razón es probablemente la similitud de intereses en precaverse de los peligros de la piratería. Estos desarrollos se basaron en el reconocimiento de la facultad del Estado de la bandera de capturar y castigar a los piratas que cometían ese crimen, en la forma en que estaba definido por la ley nacional. Este fue especialmente el caso con Inglaterra y en los primeros años de los Estados Unidos de Norteamérica¹⁰². Como lo plantea Rubin, la evolución de la jurisprudencia, la promulgación de leyes y los escritos de los tratadistas estaban basados en una falsa comprensión del término piratería¹⁰³. No obstante, la **jurisdicción universal** para prevenir y eliminar la piratería ha

¹⁰¹ Balthasar Ayala, *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari* (trad. J.P. Bate, 1912) (1581). Ver Balthasar Ayala, *Three Books, on the Law of War, and on the Duties Connected with War, and on Military Discipline* 88 (trad. J.P. Bate, 1912) (1597).

¹⁰² Ver Rubin, *supra* nota 70.

¹⁰³ *Id.* en 124. Él incluye en esa categoría a Sir William Blackstone, cuyos *Commentaries on the Laws of England* (vol. 4, 1769) influenció el derecho y la jurisprudencia de los Estados Unidos. La Constitución en el Artículo 1, Sección 8, Cláusula 10 se refiere a “Piraterías”, y la Ley del Poder Judicial del 24 de septiembre de 1789, una ley para establecer los tribunales judiciales de los Estados Unidos, ch. 20, 9, 1 Stat. 73, 76-77, da a cada uno de las 13 “cortes de distrito” originales jurisdicción exclusiva por dichos crímenes. La primera vez, sin embargo, que la piratería fue considerada un crimen de **jurisdicción universal** se originó bajo el Tratado de Jay (*Jay's Treaty*) de 1794, 19 de noviembre de 1794, art. 21, 8 Stat. 116, 12 Bevans 13, 27. Joseph Story, sin embargo, no adoptó la visión universalista de la piratería y la esclavitud en su trabajo seminal, *Commentaries on the Conflict of Laws* (1834); en lugar de ello, él se pronunció por el mismo resultado desde una perspectiva positivista. El Presidente de la Corte Suprema John Marshall, también un positivista, reconoció el alcance universal de la legislación de los Estados Unidos siempre que los actos de piratería fueran dirigidos contra una nave de los Estados Unidos y nacionales estadounidenses. Ver *U.S. v. Palmer*, 16 U.S. (3 Wheat.) 610 (1818). En *U.S. v. Klintock*, 18 U.S. (5 Wheat.) 144 (1820), el Presidente de la Corte Suprema Marshall escribió:

“El Tribunal está de acuerdo que la piratería en general, o el homicidio, o robo, cometidos en los lugares que se describen en la sección octava [de la ley de 1790], por personas a bordo de una nave que en dicha oportunidad no pertenece a los sujetos de alguna potencia extranjera, sino que en la posesión de una tripulación que actúa en contravención de toda ley, y que no reconoce obediencia a gobierno alguno, se encuentra dentro del significado de la presente ley, y es sancionable en los Tribunales de los Estados Unidos. Las personas de esta descripción son sujetos del código penal de todas las naciones, y creemos que las palabras generales de la Ley del Congreso se aplican a todas las personas sin distinción, a pesar que ellas no deben ser interpretadas de modo de extender a

sido ampliamente reconocida en el derecho internacional consuetudinario como el crimen internacional por excelencia al cual se aplica la universalidad.

La legislación internacional positiva en el siglo XX ha establecido claramente la **jurisdicción universal** para la piratería¹⁰⁴. La Convención de Ginebra de 1958 sobre la Alta Mar (*Geneva Convention on the Law of the High Seas*)¹⁰⁵ incluye dos disposiciones con respecto a la jurisdicción sobre la piratería. El artículo 18 establece:

“Un buque o una aeronave podrá conservar su nacionalidad, no obstante haberse convertido en buque o en aeronave pirata. La conservación y la pérdida de la nacionalidad se rige por la ley del Estado que la haya concedido”.

El artículo 19 establece:

“Todo Estado puede apresar en alta mar, o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, a un buque o a una aeronave pirata, o a un buque capturado a consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo de dicho buque o aeronave. Los tribunales del Estado que haya efectuado la presa podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que haya que tomar respecto de los buques, las aeronaves y los bienes, dejando a salvo los intereses legítimos de terceros de buena fe”.

Este artículo claramente establece la **jurisdicción universal**.

Entonces, en 1982, la Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar¹⁰⁶ reiteró la disposición del artículo 19 de la Convención de Ginebra de 1958 mediante la incorporación textual de su redacción en el artículo 105:

personas que se encuentran bajo la autoridad reconocida de un Estado extranjero, ellas deben ser así interpretadas para incluir a aquellos que no reconocen la autoridad de Estado alguno. Esos términos generales no deben ser aplicados a delitos cometidos contra la soberanía particular de una potencia extranjera; pero nosotros pensamos que ellas deberían ser aplicadas a ofensas cometidas contra todas las naciones, incluyendo los Estados Unidos, por personas que por consentimiento común se encuentran igualmente sujetas a las leyes de todas las naciones”. [traducción libre].

Id. en 152 (énfasis agregado). El certificado emitido por la Corte Suprema concluye: “Que la ley del 30 de abril de 1790 se extiende a todas las personas a bordo de todas las naves que se despojan de su carácter nacional mediante la navegación en actividades de piratería y que cometen piratería sobre otras naves.” [traducción libre]. *Id.* en 153 (énfasis agregado).

Todos los demás casos de los Estados Unidos que involucran piratería tenían un “contacto” con la legislación de los Estados Unidos, ya sea porque los actos de piratería fueron cometidos contra una nave de los Estados Unidos o contra nacionales de los Estados Unidos.

¹⁰⁴ Esto puede deberse al hecho que la piratería ha, para todos los efectos prácticos, desaparecido a contar del siglo XIX, y durante el siglo XX sólo existe una instancia en que ha ocurrido en el mundo Occidental. Así, la comunidad internacional encontró más fácilmente aceptable reconocer la **jurisdicción universal** para la piratería. Ver Thomas Franck, “To Define and Punish Piracies; The Lessons of the Santa María: A Comment”, 36 *N.Y.U. L. Rev.* 839 (1961). Por el contrario, ha habido muchas manifestaciones de piratería en el Suroccidente asiático. Ver Gerhard O.W. Muller & Freida Adler, *Outlaws of the Ocean* (1985).

¹⁰⁵ 25 de abril de 1958, 1 U.S.T. 2312, 450 U.N.T.S. 82.

¹⁰⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre la Alta Mar, 7 de octubre de 1982, UN Doc. A/CONF.62/122.

“Todo Estado puede apresar, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe”.

En consecuencia, la **jurisdicción universal** por el crimen de piratería se encuentra firmemente establecida en el derecho internacional positivo.

B. Esclavitud

La esclavitud ha sido asociada con la piratería desde 1815 cuando la Declaración del Congreso de Viena igualó el tráfico de esclavos con la piratería. Desde entonces, ha habido un desarrollo gradual en el derecho internacional positivo sobre la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud basado en el mismo tipo de condena universal que existía con respecto a la piratería. No obstante, la condena universal, la cual es evidente en 27 convenciones sobre el tema de la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud desde 1815 a 1982, no siempre produjo, como se verá más adelante, el resultado de la universalidad de jurisdicción¹⁰⁷. Existen también 47 otras convenciones celebradas entre 1874 y 1996 relacionadas con la esclavitud¹⁰⁸, la cual, al igual que la piratería, es considerada parte de *jus cogens*¹⁰⁹.

Un análisis del texto de estas convenciones revela que únicamente unas pocas establecen la **jurisdicción universal** o permiten que un Estado la aplique¹¹⁰. Convenciones

¹⁰⁷ Bassiouni, Convenciones DIP, *supra* nota 78, en 637-734.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ M. Cherif Bassiouni, “Enslavement as an International Crime”, 23 *N.Y.U. J. Int’l L.* 445 (1991).

¹¹⁰ Ver Treaty for the Suppression of the African Slave Trade, firmado en Londres el 20 de diciembre de 1841, arts. VI, VII, X y Anexo B, pt. 5, 2 *Martens Nouveau Recueil* (ser. 1) 392. La *Convention Relative to Slave Trade and Importation into Africa of Firearms, Ammunition, and Spiritous Liquors (General Act of Brussels)*, 2 de julio de 1890, 27 Stat. 886, 17 *Martens Nouveau Recueil* (ser. 2) 345, señala en el artículo V:

“Las potencias contratantes se comprometen, a menos que esto haya sido ya establecido en las leyes en conformidad con el espíritu del presente artículo, a dictar o proponer a sus respectivos cuerpos legislativos, en el curso de un año a lo menos a contar de la fecha de firma de la presente ley general, una ley que haga aplicable, por una parte, las disposiciones de sus leyes penales relativas a graves ofensas contra la persona, a los organizadores e instigadores de la cacería de esclavos, a aquellos culpables de mutilar a hombres adultos y niños, y a todas las personas que tomen parte en la captura de esclavos mediante violencia; y, por otra parte, las disposiciones relativas a ofensas contra la libertad individual, a transportistas de, y a comerciantes de, esclavos ... Las personas culpables que puedan haber escapado de la jurisdicción de las autoridades del país en el cual los crímenes u ofensas han sido cometidos serán arrestadas ya sea luego de la comunicación de la evidencia incriminatoria por las autoridades que han establecido la infracción de la ley, o luego de la producción de cualquier otra evidencia de culpabilidad por parte de la potencia en cuyo territorio ellos puedan haber sido descubiertos, y serán mantenidas, sin otra formalidad, a la disposición de los tribunales competentes para ser procesadas”. [traducción libre]

Id. art. 5. Ver Convención para la Supresión del Tráfico de Personas y de la Explotación de la Prostitución de Otros, abierta para firma en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950, art. 11, 96 U.N.T.S. 271 (“Nada de lo que se contenga en la presente Convención será interpretado como que determina la actitud de una Parte

relativas a la supresión del tráfico de mujeres y niños y la “trata de blancas”¹¹¹ y otras prácticas relacionadas con la esclavitud no contienen disposiciones específicas con respecto a la **jurisdicción universal**, así como tampoco lo hace el Convenio sobre Trabajo Forzoso¹¹².

Puede ser significativo que, con respecto al tráfico de esclavos en alta mar, la **jurisdicción universal** es más evidente en las disposiciones de los tratados en la medida que dicho tráfico ha sido igualado con la piratería. En esta situación, se requiere de la jurisdicción internacional debido al medio usado por los traficantes, esto es, la alta mar, ya que es el modo más efectivo de combatir dicho tráfico. Sin embargo, con respecto a la explotación sexual de las personas, parece que las convenciones han dejado a los Estados decidir qué teorías jurisdiccionales les servirán de fundamento. Esto puede ser explicado en parte por el hecho que estas prácticas son conducidas por medios de tránsito a través del territorio de los Estados y que la última etapa de dicho tráfico es la explotación en el territorio de un Estado. Como consecuencia de ello, un Estado puede ejercer jurisdicción penal territorial para combatir este crimen internacional sin la necesidad de la **jurisdicción universal**. Esta posición neutral con respecto a la **jurisdicción universal** es expresada en el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1950¹¹³, la cual, en su artículo 11 establece que “ninguna de las disposiciones del presente Convenio deberá interpretarse en el sentido de prejuzgar la actitud de cualquiera de las Partes respecto a la cuestión general de los límites de la jurisdicción penal en derecho internacional”.

Siempre que los actos que involucran esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud se cometen dentro del contexto de un conflicto armado, ellos están sujetos al derecho internacional humanitario y pasan a ser crímenes de guerra. Pero en tales casos, a pesar que el crimen es internacional y parte del *jus cogens*, la teoría jurisdiccional que sirve de fundamento es normalmente la territorialidad¹¹⁴.

Las disposiciones que se contienen en la totalidad de los tratados relativos a la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud característicamente requieren que los Estados firmantes adopten medidas efectivas para prevenir y suprimir la esclavitud, y también establecen obligaciones específicas acerca de la tipificación y sanción, extradición y asistencia judicial mutua. La totalidad de estas disposiciones pueden ser mejor caracterizadas como que reflejan el concepto de *aut dedere aut judicare*. Esto es aun verdadero con respecto a las disposiciones convencionales más recientes que vinculan la esclavitud a la piratería. Por ejemplo, la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Alta Mar¹¹⁵ establece en su artículo 13 que:

hacia el problema general de los límites de la jurisdicción criminal en conformidad con el derecho internacional”). [traducción libre]

¹¹¹ Acuerdo Internacional para la Supresión de la “Trata de Blancas”, 18 de marzo de 1904, 1 L.N.T.S. 83; Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas, 4 de mayo de 1910, 98 U.N.T.S. 101; Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños, 30 de septiembre de 1921, 9 L.N.T.S. 415.

¹¹² Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, 28 de junio de 1930, 39 U.N.T.S. 55; Convenio (Nº 105) Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, 25 de junio de 1957, 320 U.N.T.S. 291.

¹¹³ 21 de marzo de 1950, 96 U.N.T.S. 271.

¹¹⁴ Ver análisis de crímenes de guerra *infra* notas 120-131 y texto acompañado.

¹¹⁵ Ver *supra* nota 105.

“Todo Estado estará obligado a tomar medidas eficaces para impedir y castigar el transporte de esclavos en buques autorizados para enarbolar su bandera y para impedir que con ese propósito se use ilegalmente su bandera. Todo esclavo que se refugie en un buque, sea cual fuere su bandera, quedará libre *ipso facto*”.

La Convención de Montego Bay de 1982 sobre el Derecho del Mar adoptó una disposición casi idéntica en el artículo 99¹¹⁶:

“Todo Estado tomará medidas eficaces para impedir y castigar el transporte de esclavos en buques autorizados para enarbolar su pabellón y para impedir que con ese propósito se use ilegalmente su pabellón. Todo esclavo que se refugie en un buque, sea cual fuere su pabellón, quedará libre *ipso facto*”.

Como en el caso de la piratería, la esclavitud ha prácticamente desaparecido en el siglo XX, y ello bien puede haber hecho posible que los Estados reconozcan la aplicación de la teoría de la **jurisdicción universal** para aquello que con anterioridad ha sido esencialmente condenado en forma universal. En tanto que el derecho internacional consuetudinario y los trabajos de los tratadistas reconocen a la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud como un crimen internacional *jus cogens*, la práctica de los Estados no ha evidenciado el hecho que la jurisdicción penal universal haya sido aplicada a todas las formas y manifestaciones de la esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud¹¹⁷.

También es significativo que el dramático incremento en el tráfico de mujeres y niños para explotación sexual que ha tenido lugar en las dos últimas décadas, haya sido sólo recientemente objeto de una convención especializada: el Protocolo sobre Trata Internacional de Mujeres y Niños, el cual es parte de la Convención sobre el Crimen Organizado de Diciembre de 2000¹¹⁸. Con respecto a esta categoría de crímenes internacionales *jus cogens*,

¹¹⁶ Ver *supra* nota 106.

¹¹⁷ Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, 11 de octubre de 1933, 150 L.N.T.S. 431; Protocolo para Modificar el Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, concluido en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, y la Convención para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933, 53 U.N.T.S. 13; Anexo del Protocolo para Modificar el Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, concluido en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, y la Convención para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933; Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, concluido en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, modificado el 12 de noviembre de 1947, 53 U.N.T.S. 39; Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933, 12 de noviembre de 1947, 53 U.N.T.S. 49; Anexo al Protocolo que Modifica el Convenio para la Represión de la Trata de Blancas, 18 de mayo de 1904, y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, 4 de mayo de 1910; Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, 18 de mayo de 1904, modificado el 4 de mayo de 1949, 2 U.S.T. 1997, 92 U.N.T.S. 19; Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, 4 de mayo de 1910, modificado el 4 de mayo de 1949, 98 U.N.T.S. 101; Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, 21 de marzo de 1950, 96 U.N.T.S. 271; Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos, y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, 7 de septiembre de 1956, 18 U.S.T. 3201, 266 U.N.T.S. 3. Ver Bassiouni, Convenciones DIP, *supra* nota 78.

¹¹⁸ Ver Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños al Borrador de la Convención sobre el Crimen Organizado Transnacional de las Naciones Unidas, UN. A/AC.254/4/Add.3/Rev.6 (2000). Ese Protocolo no contiene, sin embargo, una disposición sobre **jurisdicción universal**.

fueron esencialmente los trabajos de los tratadistas los que han propiciado la noción de que la jurisdicción penal universal se extiende a todas las manifestaciones de esta categoría de crímenes internacionales¹¹⁹.

C. Crímenes de Guerra

De todos los crímenes internacionales, la categoría de los crímenes de guerra cuenta con el mayor número de instrumentos que incluyen una amplia gama de prohibiciones y reglamentaciones¹²⁰. Muchos de estos instrumentos específicamente comprenden, codifican o reflejan el derecho internacional consuetudinario. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949¹²¹ y sus dos Protocolos Adicionales¹²² son las codificaciones más completas de prohibiciones y reglamentaciones, y sus disposiciones incluyen las normas penales más específicas y de más amplia aplicación¹²³. El así llamado “Derecho de Ginebra” se sobrepone con el así llamado “Derecho de La Haya”¹²⁴, habiendo sido gran parte del último incorporada en el primero. El “Derecho de Ginebra” ha llegado a ser parte del derecho consuetudinario de los conflictos armados¹²⁵. Las infracciones de los Convenios de Ginebra y las así llamadas “Leyes y Costumbres de la Guerra” constituyen crímenes de guerra y son crímenes internacionales *jus cogens*.

Con respecto a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, las “infracciones graves” se contienen en los artículos 50, 51, 130 y 147, respectivamente¹²⁶. Con respecto al Protocolo I, las “infracciones graves” se contienen en el artículo 85¹²⁷. No existen, sin embargo,

¹¹⁹ Ver *supra* nota 109.

¹²⁰ Bassiouni, Convenciones DIP, *supra* nota 78, en 285; ver también Yoram Dinstein, “The Universality Principle and War Crimes”, en *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium* 17-37 (Michael N. Schmitt & Leslie C. Green eds., 1998); Willard B. Cowles, “**Universal Jurisdiction** over War Crimes”, 33 *Cal. L. Rev.* 177 (1945).

¹²¹ Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, 12 de agosto de 1949, 6 U.S.T. 3114, 75 U.N.T.S. 31 [referida en adelante en este trabajo como el Primer Convenio de Ginebra]; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, 6 U.S.T. 3217, 75 U.N.T.S. 85 [referida en adelante en este trabajo como el Segundo Convenio de Ginebra]; Convenio de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, 9 de agosto de 1949, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135 [referida en adelante en este trabajo como el Tercer Convenio de Ginebra]; Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, 12 de agosto de 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287 [referida en adelante en este trabajo como el Cuarto Convenio de Ginebra].

¹²² Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, abierto para firma en Berna el 12 de diciembre de 1977, UN Doc. A/32/144, Anexo I [referido en adelante en este trabajo como Protocolo I]; Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, abierto para firma en Berna el 12 de diciembre de 1977, UN Doc. A/32/144, Anexo II.

¹²³ Bassiouni, Convenciones DPI, *supra* nota 78, en 416-45, 457-94.

¹²⁴ Convenio relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, 29 de julio de 1864, 32 Stat. 1803. Ver M. Cherif Bassiouni, *A Manual on International Humanitarian Law and Arms Control Agreements* (M. Cherif Bassiouni ed. 2000) [referido en adelante en este trabajo como Bassiouni, Manual sobre Derecho Humanitario Internacional].

¹²⁵ Bassiouni, Convenciones DPI, *supra* nota 78, en 286.

¹²⁶ Primer Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 50; Segundo Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 51; Tercer Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 130; Cuarto Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 147.

¹²⁷ Protocolo I, *supra* nota 122, art. 85; ver también *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Yves Sandoz et al. eds., 1987).

disposiciones en estos Convenios que se refieran en forma específica a la **jurisdicción universal**. Uno puede asumir que la obligación penal de hacer cumplir la ley incluye implícitamente el derecho de los Estados Partes a ejercitar la **jurisdicción universal** en conformidad con sus leyes nacionales. Esto se deriva de la obligación de prevenir y reprimir “infracciones graves” y también de las disposiciones de los artículos 1 y 2, las cuales son comunes para los cuatro Convenios de Ginebra, a saber:

Artículo 1

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”.

Artículo 2

“Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

El Convenio se aplicará también a todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentra resistencia militar.

Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones”¹²⁸.

En tanto que ningún convenio que se refiera a la ley de los conflictos armados contiene una disposición específica con respecto a la **jurisdicción universal**, es sin embargo válido asumir que los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I establecen una base suficiente para que los Estados apliquen la universalidad de jurisdicción para prevenir y reprimir las “infracciones graves” de los Convenios. Pero ninguna de las otras convenciones que se refieren a la ley de los conflictos armados contiene una disposición con respecto a la **jurisdicción universal**.

La legislación internacional consuetudinaria según se refleja en la práctica de los Estados no justifica, hasta ahora, en la opinión del autor de este artículo, la conclusión de que la **jurisdicción universal** ha sido aplicada en procesamientos nacionales¹²⁹. Existen unos pocos casos en la práctica de los Estados que sirven de fundamento para que algunos tratadistas aseveren lo contrario, pero dichos casos son tan pocos y espaciados entre ellos que

¹²⁸ Ver *supra* nota 121 y texto acompañado. Para disposiciones específicas relativas a la dictación de legislación por las partes contratantes para la represión de infracciones graves, ver Primer Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 49; Segundo Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 50; Tercer Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 129; Cuarto Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 146.

¹²⁹ Para un análisis de práctica estatal contemporánea con respecto a crímenes de guerra, ver *infra* notas 188-227 y texto acompañado.

sería incorrecto concluir que ellos constituyen una práctica. Sin embargo, se puede argumentar que el derecho internacional consuetudinario puede existir sin consideración a las prácticas de los Estados si hay una fuerte evidencia de *opinio juris*, lo cual es el caso con respecto a los crímenes de guerra.

El reconocimiento de la **jurisdicción universal** para los crímenes de guerra es esencialmente derivado de los trabajos de los académicos y expertos, los cuales extienden el alcance universal de los crímenes de guerra a la universalidad de jurisdicción sobre dichos crímenes. Los Convenios de Ginebra de 1949 exigen que los Estados parte “respeten y hagan respetar”, en tanto que las disposiciones relativas a “infracciones graves” de los Convenios y el Protocolo I exigen su aplicación. Esto ha sido interpretado por algunos no sólo como que confiere a las partes el derecho a adoptar una legislación nacional sobre **jurisdicción universal**, sino como que también crea una obligación de hacerlo así. Existe, sin embargo, alguna confusión que se deriva de los mecanismos de cumplimiento colectivos, tales como el TMI, TMIEO, TPIY y TPIR. El TMI y el TMIEO representaron una acción colectiva basada en las facultades inherentes de los Estados involucrados como participantes en los respectivos conflictos armados y también sobre la base de la territorialidad¹³⁰. El TPIY y el TPIR son formas de cumplimiento colectivo derivadas de la facultad del Consejo de Seguridad en conformidad con lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pero la jurisdicción de esos tribunales es territorial. En la totalidad de esas situaciones, la jurisdicción penal está basada en la territorialidad y, con respecto al TMI y el TMIEO, podría decirse que también se ha fundado en la “personalidad pasiva.” Según se ha señalado anteriormente, la CPI no tiene **jurisdicción universal**, a pesar que su alcance es universal, excepto en la medida de “referencias” del Consejo de Seguridad a la CPI, las cuales se basan en la teoría de la universalidad¹³¹.

Sin perjuicio de lo anterior, no hay nada en el Derecho de los Conflictos Armados que prohíba a la jurisdicción penal nacional la aplicación de la teoría de la universalidad con respecto a crímenes de guerra. Puede incluso argumentarse que las obligaciones generales de hacer cumplir la ley, las cuales incluyen las obligaciones específicas de prevenir y castigar “infracciones graves” a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I, permiten a los Estados expandir su jurisdicción para incluir la teoría de la universalidad.

D. Crímenes Contra la Humanidad

Los crímenes contra la humanidad fueron definidos por primera vez en la legislación internacional positiva en el artículo 6(c) de la Carta de Nuremberg como:

“el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron”¹³².

¹³⁰ Ver *infra* notas 196-97 y texto acompañado.

¹³¹ Ver *supra* nota 86 y texto acompañado.

Similarmente, el artículo 5(c) del Estatuto del TMIEO¹³³ y el artículo 2(c) de la Ley N° 10 del Consejo de Control¹³⁴ establecieron disposiciones para el procesamiento de “crímenes contra la humanidad”. En los procesamientos en conformidad con todos estos tres instrumentos, sin embargo, la jurisdicción fue de naturaleza territorial, a pesar de que también puede argumentarse que ella se extendió a la “personalidad pasiva”.

La jurisdicción con respecto a “crímenes contra la humanidad” en la forma que se establece en el artículo 5 del TPIY¹³⁵, el artículo 3 del TPIR¹³⁶ y el artículo 7 de la CPI es igualmente territorial, excepto en la medida de las “referencias” a la CPI por el Consejo de Seguridad, caso en el cual la jurisdicción es universal¹³⁷.

También es importante hacer notar que no existe una convención especializada para “crímenes contra la humanidad”¹³⁸. Como consecuencia de ello, uno no puede decir que existe una ley convencional que establezca la **jurisdicción universal** para “crímenes contra la humanidad”¹³⁹. El trabajo de los tratadistas esencialmente respalda esa posición. Unos pocos Estados han dictado leyes nacionales permitiendo el procesamiento nacional de “crímenes contra la humanidad” aun cuando sean cometidos fuera del territorio del Estado y aun cuando sean cometidos por o contra no nacionales. Pero esos Estados han también agregado algunos vínculos jurisdiccionales adicionales como requisitos previos para el ejercicio de dicha jurisdicción en la forma que se analiza más adelante. Tal como sucede con los crímenes internacionales *jus cogens*, se presume que los “crímenes contra la humanidad” imponen la obligación de procesar y extraditar, y que permiten al Estado fundarse en la universalidad para el procesamiento, castigo y extradición.

¹³² Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, los tribunales militares aliados se refirieron al ejercicio de la universalidad con respecto a crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Ver Boed, *supra* nota 56, en 307-08 & n. 51 (citando a Kenneth Randall, “**Universal Jurisdiction** Under International Law”, 66 *Tex. L. Rev.* 785, 807-10 (1988)). Pero esos casos fueron procesados en conformidad con la Ley N° 10 del Consejo de Control la cual dio a los cuatro mayores aliados “soberanía” sobre sus respectivas zonas de ocupación. Así, los tribunales ejercieron jurisdicción nacional.

¹³³ Carta TMI, *supra* nota 10, art. 6(c).

¹³⁴ Carta Modificada TMIEO, *supra* nota 10, art. 5(c).

¹³⁵ *Allied Control Council Law N° 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity*, 20 de diciembre de 1945, art. 2(c), reimpresso en Benjamin B. Ferencz, *An International Criminal Court: A Step Toward World Peace* 488 (1980).

¹³⁶ Estatuto TMIY, *supra* nota 10, art. 5.

¹³⁷ Estatuto TMIR, *supra* nota 10, art. 3.

¹³⁸ Ver *supra* nota 86 y texto acompañado.

¹³⁹ Ver M. Cherif Bassiouni, “‘Crimes Against Humanity’: The Need for a Specialized Convention”, 31 *Colum. J. Transnat’l L.* 457-94 (194); Bassiouni, *Crímenes Contra la Humanidad*, *supra* nota 26.

E. Genocidio

El crimen *jus cogens* de genocidio no existía antes de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948¹⁴⁰. En efecto, se asumió que el genocidio era el sucesor de los “crímenes contra la humanidad,” pero su alcance es en efecto más restringido. El artículo VI de la Convención establece:

“Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”¹⁴¹.

Resulta evidente del significado y lenguaje claros de esta disposición que la jurisdicción es territorial y que únicamente si un “tribunal penal internacional” es establecido y únicamente si los Estados parte de la Convención sobre Genocidio son también Estados parte de la convención que establece un “tribunal penal internacional” puede este último tribunal tener **jurisdicción universal**¹⁴². Sin embargo, dicha **jurisdicción universal** dependerá del estatuto de ese “tribunal penal internacional,” si es establecido y cuando lo sea.

Desde la adopción de la Convención sobre Genocidio, dos tribunales penales ad hoc internacionales fueron establecidos, a saber, el TPIY¹⁴³ y el TPIR¹⁴⁴, en 1993 y 1994, respectivamente. En 1998, el Estatuto para la CPI fue abierto para su firma¹⁴⁵. Todos estos tres instrumentos contienen una disposición que hace del genocidio un crimen dentro de la jurisdicción del tribunal. Pero eso, por sí solo, no confiere **jurisdicción universal** a esos tribunales.

El artículo IV del TPIY¹⁴⁶ y el artículo II del TPIR definen al genocidio básicamente en la misma forma que los artículos II y III de la Convención sobre Genocidio¹⁴⁷. La jurisdicción de ambos tribunales es territorial; su competencia se extiende únicamente a crímenes cometidos dentro del territorio de la ex República de Yugoslavia y Ruanda, respectivamente. Con respecto a la CPI, el artículo 6 define el genocidio en casi los mismos términos que el artículo II de la Convención sobre Genocidio¹⁴⁸. La jurisdicción de la CPI, según se indicó anteriormente, es esencialmente territorial para las partes, a pesar que las partes pueden referir casos a la CPI respecto de crímenes que no ocurrieron en su territorio y están obligados a entregar personas dentro de su territorio, sean ellas nacionales o no nacionales. Así, mientras

¹⁴⁰ Para un análisis de la práctica estatal contemporánea con respecto a los crímenes contra la humanidad, ver *infra* notas 188-227 y texto acompañado.

¹⁴¹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948, 78 U.N.T.S. 277 [referida en adelante en este trabajo como la Convención sobre Genocidio] (énfasis agregado).

¹⁴² *Id.* art 6 (énfasis agregado).

¹⁴³ Cf. John F. Murphy, “International Crimes”, en *2 United Nations Legal Order* 993, 1010 (Oscar Schachter & Christopher C. Joyner eds., 1995) (“La Convención no crea un sistema de **jurisdicción universal**”).

¹⁴⁴ Estatuto TPIY, *supra* nota 10.

¹⁴⁵ Estatuto TPIR, *supra* nota 10.

¹⁴⁶ Estatuto CPI, *supra* nota 12.

¹⁴⁷ Estatuto TPIY, *supra* nota 10, art. 4.

¹⁴⁸ Estatuto TPIR, *supra*, nota 10, art. 2.

que el alcance de la CPI es universal con respecto a las “referencias” por parte de los Estados parte en conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 y los Estados no parte en conformidad con lo establecido en el artículo 12(3), las “referencias” por parte del Consejo de Seguridad tienen un alcance universal y también representan una teoría de **jurisdicción universal**.

No obstante el hecho que el artículo VI de la Convención sobre Genocidio difícilmente justifica el punto de vista de que él refleja la teoría de la universalidad de jurisdicción¹⁴⁹, algunos comentaristas argumentan consistentemente que la legislación internacional consuetudinaria ha reconocido la universalidad de jurisdicción para el genocidio a pesar que no existe una práctica de los Estados para apoyar dicha argumentación. Como el profesor Meron señala, “Es cada vez más reconocido por los principales comentaristas que el crimen de genocidio (a pesar de la ausencia de una disposición con respecto a la **jurisdicción universal** en la Convención sobre Genocidio) puede también constituir una causa para el procesamiento por cualquier Estado”¹⁵⁰.

No obstante la ausencia de respaldo en el derecho internacional convencional y en la práctica de los Estados¹⁵¹ para la aseveración categórica de que el genocidio *ipso facto* confiere **jurisdicción universal**, la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso Tadic, en conexión con genocidio, señaló que “la **jurisdicción universal** es hoy reconocida para los crímenes internacionales”¹⁵². En forma similar, el TPIR sostuvo en el caso del Estado contra Ntuyahaga que la **jurisdicción universal** existe para el crimen de genocidio¹⁵³.

F. *Apartheid*

El crimen de *apartheid* no fue creado hasta 1973, cuando las Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid¹⁵⁴. La Convención establece en el artículo IV, en la parte pertinente, lo siguiente:

“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan:

¹⁴⁹ Estatuto CPI, *supra* nota 12, art. 6.

¹⁵⁰ Ver Schabas, *supra* nota 70, en 353-78; Matthew Lippman, “Genocide”, en 1 *International Criminal Law* 589-613 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999).

¹⁵¹ Theodor Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities”, 89 *Am. J. Int’l L.* 554, 569 (1995). Pero ver Christopher C. Joyner, “Arresting Impunity: The Case for **Universal Jurisdiction** in Bringing War Criminals to Accountability”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 153, 159-60 (1996); Jordan J. Paust, “Congress and Genocide: They’re Not Going to Get Away with It”, 11 *Mich. J. Int’l L.* 90, 91-92 (1989); Randall, *supra* nota 131, en 837. Estos y otros autores, incluyendo este autor, han consistentemente sostenido que la **jurisdicción universal** se aplica al genocidio como un crimen internacional *jus cogens*. Es debido a la influencia de los tratadistas que la *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* explica: “La **jurisdicción universal** para castigar el genocidio es ampliamente aceptada como un principio del derecho consuetudinario”. *Restatement (Third) of Foreign Relations*, *supra* nota 37, 404, nota 1 del relator.

¹⁵² Para un análisis de la práctica estatal contemporánea con respecto al genocidio, ver *infra* notas 188-227 y texto acompañado.

¹⁵³ *Prosecutor v. Tadic*, Caso N° IT-94-1-AR72, Decisión sobre la Presentación de la Defensa por Apelación Interlocutoria sobre Jurisdicción, par. 62 (2 de octubre de 1995).

¹⁵⁴ *Prosecutor v. Ntuyahaga*, Caso N° TPIR-90-40-T, Decisión sobre la Presentación del Fiscal de Retirar el Procesamiento (18 de marzo de 1999).

b) A adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas”¹⁵⁵.

El artículo V de la Convención señala:

“Las personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción”¹⁵⁶.

Existe claramente una desviación en el texto de estos dos artículos de la disposición jurisdiccional contenida en la Convención sobre Genocidio¹⁵⁷ dado a que los artículos IV y V de la Convención sobre Apartheid establecen sin ambigüedad la **jurisdicción universal**¹⁵⁸. Sin embargo, pareciera que luego de la desaparición del régimen del *apartheid* en Sudáfrica y la falta de procesamientos por *apartheid* en conformidad con esta convención por parte del nuevo régimen, que la convención puede haber caído en desuso. Para que la convención tenga alguna validez en el futuro, ella debería ser modificada para que sea aplicable a las prácticas similares al *apartheid*.

G. Tortura

La tortura fue establecida en el derecho internacional convencional en el año 1984 en la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁵⁹. El artículo V de la Convención establece:

1. “Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:
 - a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

¹⁵⁵ Res. AG 3068 (XXVIII), UN GAOR, 28ª Ses. Sup. N° 30, en 75, UN Doc. A/9030 (1973) [referida en adelante en este trabajo como Convención *Apartheid*]. Ver Roger S. Clark, “Apartheid”, en 1 *International Criminal Law* 643-62 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999). Un borrador de estatuto fue preparado por este autor en 1979.

¹⁵⁶ Convención *Apartheid*, *supra* nota 154, art. 4.

¹⁵⁷ *Id.* art. 5.

¹⁵⁸ Ver *supra* nota 140 y texto acompañado.

¹⁵⁹ Debería también tenerse presente que 101 Estados han ratificado la Convención sobre el *Apartheid*, lo cual es significativamente menos que los 185 Estados miembros de las Naciones Unidas. Ver Study on Ways and Means of Insuring the Implementation of International Instruments such as the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, Including the Establishment of the International Jurisdiction Envisaged by the Convention, UN Doc. E/CN.4/1426 (1981); M. Cherif Bassiouni & Daniel Derby, “Final Report on the Establishment of an International Criminal Court for the Implementation of the *Apartheid* Convention and Other Relevant International Instruments”, 9 *Hofstra L. Rev.* 523 (1981).

- b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
 - c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.
2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.
 3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”¹⁶⁰.

La premisa del esquema de aplicación de la ley en esta Convención es el concepto *aut dedere aut judicare*¹⁶¹. A lo largo de la Convención hay varias referencias a la jurisdicción del Estado que la aplica, y el artículo 7.1 de la Convención establece:

“El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”¹⁶².

Pero el artículo 7.1 es más una reflexión de *aut dedere aut judicare* que una de **jurisdicción universal**¹⁶³. Él establece la obligación de extraditar, y solamente en el evento que una persona no sea extraditada se encuentra un Estado obligado a someter a procesamiento, por implicación, sobre la base de la **jurisdicción universal**.

En el caso *cause célèbre, In re Pinochet*, que llegó hasta la Cámara de los Lores, hubo en efecto una referencia a genocidio y otros crímenes internacionales. En la audiencia de revisión hubo también una referencia a la **jurisdicción universal** como un concomitante a los crímenes internacionales:

Que los crímenes contra el derecho internacional deberían ser conocidos por los tribunales internacionales o en el propio Estado del perpetrador es una cosa; que ellos deberían ser conocidos sin consideración a una norma de derecho internacional consuetudinario largamente establecida en los tribunales de otros Estados, es otra. Es significativo que con respecto a serias infracciones de “principios no susceptibles de ser transgredidos de derecho consuetudinario internacional” cuando se han establecido tribunales ello se ha hecho con facultades y jurisdicción definidos cuidadosamente en la forma acordada por los Estados

¹⁶⁰ Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Res. AG 39/46, UN GAOR 39ª Ses., Sup. N° 51, UN Doc. A/39/51 (1984), entrada en vigencia el 26 de junio de 1987, borrador reimpresso en *I.L.M.* 1027 (1985) [referido en adelante en el presente trabajo como la Convención contra la Tortura]. Ver Daniel H. Derby, “Torture”, en *International Criminal Law* 705-49 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999); J. Herman Burgers & Hans Danelius, *The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (1988).

¹⁶¹ Convención contra la Tortura, *supra* nota 159, art. 5.

¹⁶² Ver Bassiouni & Wise, *supra* nota 57.

¹⁶³ Convención contra la Tortura, *supra* nota 159, art. 7.1.

involucrados; que la Convención sobre Genocidio establece disposiciones únicamente para jurisdicción ante un tribunal internacional de los tribunales del Estado donde el crimen es cometido, que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece jurisdicción por crímenes en términos muy específicos pero limita su jurisdicción a actos futuros¹⁶⁴.

No obstante este dictamen legal, el asunto era si los tribunales del Reino Unido eran competentes para resolver sobre la solicitud de extradición de España por la acusación criminal de tortura, y si la extradición debería ser acordada en conformidad con la obligación impuesta por un tratado del Reino Unido hacia España en conformidad con la legislación del Reino Unido. El Reino Unido se encuentra obligado por la Convención sobre Tortura de las Naciones Unidas¹⁶⁵ y debe, en conformidad con la misma, procesar o extraditar. España, también un Estado parte de la Convención, solicitó la extradición por tortura, fundada en su jurisdicción de personalidad pasiva debido a que nacionales suyos fueron víctimas de crímenes de tortura alegados. Así el caso Pinochet, en la opinión de este autor, no postula la proposición de **jurisdicción universal**, así como tampoco la solicitud de extradición de parte de España por tortura se encuentra basada en la **jurisdicción universal**. La Convención sobre Tortura, sin embargo, permite en forma implícita la **jurisdicción universal**.

H. Otros Crímenes Internacionales a los cuales se aplica la **Jurisdicción Universal**

Existen varios crímenes internacionales que aún no han sido alzados al nivel de *jus cogens*, pero los instrumentos que los establecen proveen ya sea explícita o implícitamente la **jurisdicción universal**. El Convenio sobre Secuestro de Tokio de 1963 establece en su artículo III(3): “El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales”¹⁶⁶. Ella por lo tanto permite en forma implícita que la legislación nacional establezca la **jurisdicción universal**. En forma similar, el Convenio sobre Secuestro de La Haya de 1970 señala en su artículo IV(3): “El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales”¹⁶⁷. El artículo VII además establece:

“El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las

¹⁶⁴ Ver Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, 64-65 (1994).

¹⁶⁵ *R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte*, [1998] 4 All ER 897, 3 WLR 1456 (H.L.(E.) 1998). Ver Reed Brody & Michael Ratner, *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, Human Rights Watch, supra nota 1; *When Tyrants Tremble: The Pinochet Case* (Human Rights Watch). Ver también *The Prosecution of Hissene Habré - An “African Pinochet”*, en Human Rights Watch, supra nota 1, en 11-12. Cf. *Human Rights Watch*, supra nota 1, en 4 (citando el caso Filartiga para la proposición que “el torturador ha llegado a ser como el pirata y el tratante de esclavos antes de él *hostis humanis generis*, un enemigo de toda la humanidad”). Habré, el ex dictador de Chad, fue arrestado en Senegal, pero los esfuerzos de someterlo a proceso sobre la base de la universalidad fallaron, y fue liberado luego de una sentencia definitiva dictada por la Corte de Casación de Senegal.

¹⁶⁶ Ver supra nota 159.

¹⁶⁷ Convenio sobre Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves (Convenio sobre Secuestro de Tokio), 14 de septiembre de 1963, art. 3(3), 20 U.S.T. 2941, 704 U.N.T.S. 219.

mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado”¹⁶⁸.

El Convenio sobre Secuestro de Montreal de 1971 señala en su artículo V(3): “El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales”¹⁶⁹. Adicionalmente, el Convenio sobre Secuestro de Montreal de 1988 establece en su artículo III:

“Añádese al artículo 5 del Convenio el siguiente párrafo 2 bis:

2 bis. Asimismo, cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el párrafo 1 bis del Artículo 1, así como en el párrafo 2 del mismo Artículo, en cuanto este último párrafo se refiere a los delitos previstos en dicho párrafo 1 bis, en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al Artículo 8, al Estado mencionado en el párrafo 1(a) del presente artículo”¹⁷⁰.

Todas las disposiciones del tratado que se mencionan más arriba implícitamente permiten la **jurisdicción universal** si la legislación nacional establece una disposición al respecto. Las siguientes disposiciones del tratado lo hacen más explícito.

El Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 1988 señala en el artículo 7(4,5):

4. “Los derechos a que se hace referencia en el párrafo 3 se ejercerán de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado en cuyo territorio se halle el delincuente o presunto delincuente, a condición, no obstante, de que las leyes y reglamentos mencionados permitan que se cumpla plenamente el propósito de los derechos enunciados en el párrafo 3.

5. Cuando un Estado Parte, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados que hayan establecido jurisdicción de conformidad con el párrafo 1 del artículo 6 y, si lo considera conveniente, a todos los demás Estados. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación los resultados de ésta a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción”¹⁷¹.

El artículo X(1) de este Convenio además provee lo siguiente:

¹⁶⁸ Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (Convenio de La Haya), 16 de diciembre de 1970, art. 4(3), 22 U.S.T. 1641, 860 U.N.T.S. 105.

¹⁶⁹ *Id.* art. 7.

¹⁷⁰ Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Aviación Civil (Convenio de Montreal), 23 de septiembre de 1971, art. 5(3), 24 U.S.T. 564, 974 U.N.T.S. 177.

¹⁷¹ Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, adoptado por la Organización de Aviación Civil Internacional, 24 de febrero de 1988, art. 3, 27 *I.L.M.* 627.

1. “El Estado Parte en cuyo territorio sea hallado el delincuente o presunto delincuente, en los casos a los que es aplicable el artículo 6, si no procede a la extradición del mismo, someterá sin dilación el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, mediante el procedimiento judicial acorde con la legislación de dicho Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con la legislación de dicho Estado”¹⁷².

El Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental establece en el artículo III:

1. “Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2 cuando el delito sea cometido:

- a) contra una plataforma fija o a bordo de ésta, mientras se encuentre emplazada en la plataforma continental de ese Estado; o
- b) por un nacional de ese Estado.

2. Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando:

- a) sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese Estado;
- b) un nacional de ese Estado resulte aprehendido, amenazado, lesionado o muerto durante la comisión del delito, o
- c) sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa.

3. Todo Estado Parte que haya establecido la jurisdicción indicada en el párrafo 2 lo notificará al Secretario General de la Organización Marítima Internacional (en adelante llamado "el Secretario General"). Si ese Estado Parte deroga con posterioridad tal jurisdicción lo notificará al Secretario General.

4. Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Partes que hayan establecido jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

¹⁷² Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Navegación Marítima, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988, art. 7(4, 5), 27 *I.L.M.* 668.

5. El presente Protocolo no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación interna¹⁷³.

La Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos Contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos de 1973 establece en el artículo III:

1. “Cada Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos previstos en el párrafo 1 del artículo 2 en los siguientes casos:

(a) cuando el delito se haya cometido en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado;

(b) cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado;

(c) cuando el delito se haya cometido contra una persona internacionalmente protegida, según se define en el artículo 1, que disfrute de esa condición en virtud de las funciones que ejerza en nombre de dicho Estado.

2. Asimismo, cada Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre esos delitos en el caso de que el presunto culpable se encuentre en su territorio y de que dicho Estado no conceda su extradición conforme al artículo 8 a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluirá ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional¹⁷⁴.

La Convención Contra la Toma de Rehenes de 1979 establece en el artículo V:

1.- “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 1 que se cometan:

(a) en su territorio o a bordo de un barco o de una aeronave matriculados en ese Estado;

(b) por sus nacionales, o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio, si en este último caso, ese Estado lo considera apropiado;

(c) con el fin de obligar a ese Estado a una acción u omisión; o

(d) respecto de un rehén que sea nacional de ese Estado, si este último lo considera apropiado.

¹⁷³ *Id.* art. 10(1).

¹⁷⁴ Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, 10 de marzo de 1988, art. 3, 27 *I.L.M.* 685.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en el artículo 1 en el caso de que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado no acceda a conceder su extradición a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción criminal ejercida en conformidad con el derecho interno¹⁷⁵.

La Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado de 1994 sigue el mismo enfoque jurisdiccional de la Convención sobre Personas Internacionalmente Protegidas. El artículo X de la Convención sobre Personal de las Naciones Unidas señala:

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos definidos en el artículo en los casos siguientes:

a. Cuando el delito se haya cometido en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado;

b. Cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado.

2. Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando:

a. Sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese Estado; o

b. Sea cometido contra un nacional de ese Estado, o

c. Sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa.

3. Todo Estado Parte que haya establecido la jurisdicción indicada en el párrafo 2 lo notificará al Secretario general de las Naciones Unidas. Si ese Estado Parte deroga posteriormente tal jurisdicción lo notificará al Secretario general de las Naciones Unidas.

4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos definidos en el artículo 9 en el caso de que el presunto culpable se encuentre en su territorio y de que ese Estado no conceda su extradición, conforme al artículo 15, a alguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1 ó 2.

¹⁷⁵ Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos (Convención de Nueva York), abierta a la firma en Nueva York el 14 de diciembre de 1973, art. 3, 28 U.S.T. 1975, 1035 U.N.T.S. 167.

5. La presente Convención no excluirá ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional”¹⁷⁶.

La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 establece en el artículo 36(4) que “Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de que los delitos a que se refiere han de ser definidos, perseguidos y castigados de conformidad con la legislación nacional de cada Parte”¹⁷⁷. El artículo 22(5) de la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 emplea un lenguaje idéntico al de la Convención Única de 1961¹⁷⁸.

La Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales contiene disposiciones explícitas para la universalidad en el artículo 28: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar, dentro del marco de su sistema de derecho penal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención”¹⁷⁹. La Convención Cultural UNESCO de 1970 señala en el artículo 12: “Los Estados Partes en la presente Convención respetarán el patrimonio cultural de los territorios cuyas relaciones internacionales tienen a su cargo y tomarán las medidas adecuadas para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de los bienes culturales en esos territorios”¹⁸⁰.

La Convención sobre Materiales Obscenos de 1923 establece en el artículo II:

“Las personas que han cometido un delito que cae dentro del artículo 1 deberán responder a los Tribunales de la Parte Contratante en cuyos territorios se cometió el delito o alguno de los elementos constitutivos del delito. Deberán asimismo responder, cuando las leyes del país así lo permitan, ante los Tribunales de la Parte Contratante del que son nacionales, si se encuentran en sus territorios, aún si los elementos constitutivos del delito fueron cometidos fuera de dichos territorios.

Cada Parte Contratante tendrá, sin embargo, el derecho a aplicar la máxima *non bis in idem* en conformidad con las normas dictadas en su propia legislación”¹⁸¹.

¹⁷⁶ Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes, concluida en Nueva York el 17 de diciembre de 1979, art. 5, 18 *I.L.M.* 1456.

¹⁷⁷ Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, abierta a la firma en Nueva York el 15 de diciembre de 1994, art. 10, UN Doc. A/49/742 (1994).

¹⁷⁸ Convención Única sobre Estupefacientes (Convención Única), suscrita en Nueva York el 30 de marzo de 1961, art. 36(4), 18 U.S.T. 1407, referido en 14 *I.L.M.* 302. Para una modificación al Artículo 36, ver Artículo 14 del Protocolo Modificadorio de la Convención Única sobre Estupefacientes, 1961, 25 de marzo de 1972, U.S.T. 1430, 976 U.N.T.S. 3.

¹⁷⁹ Convención sobre Sustancias Sicotrópicas (Convención Sicotrópica), 21 de febrero de 1971, art. 22(5), T.I.A.S. N° 9725, 1019 U.N.T.S. 175. Ver también id. art. 27 (relativo a aplicación territorial).

¹⁸⁰ Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, 14 de mayo de 1954, art. 28, 249 U.N.T.S. 240.

¹⁸¹ Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (Convención Cultural UNESCO), 14 de noviembre de 1970, art. 12, 823 U.N.T.S. 231.

La Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda de 1929 establece en el artículo 17: “La participación de una Alta Parte Contratante en la presente Convención, no deberá interpretarse como afectando su actitud con respecto al asunto general de la competencia de la jurisdicción penal como cuestión de derecho internacional”¹⁸².

La Convención sobre Cables Submarinos de 1884 señala en los artículos 1, 8 y 9 lo siguiente:

Artículo 1

“La presente Convención será aplicable, fuera de las aguas territoriales, a todos los cables submarinos establecidos legalmente tendidos en los territorios, colonias y posesiones de una o más de las Altas Partes Contratantes”.

Artículo 8

“El tribunal competente para conocer de las infracciones a la presente Convención será aquel del país a la cual pertenece la nave a bordo de la cual la infracción ha sido cometida.

Se entiende que en los casos en los cuales la disposición contenida en el párrafo anterior no puede ser llevada a cabo, la represión de las violaciones a la presente Convención tendrá lugar, en cada uno de los Estados contratantes, en el caso de sus sujetos o ciudadanos, en conformidad con las normas generales de competencia penal establecidas por las leyes particulares de esos Estados, o por tratados internacionales”.

Artículo 9

“Los procesamientos a cuenta de las infracciones que se contemplan en los artículos 2, 5 y 6 de la presente Convención, serán realizados por el Estado o a su nombre”¹⁸³.

Por último, la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios señala en el artículo 9(2,3):

2. “Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en los artículos 2, 3 y 4 de la presente Convención en los casos en que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no se proceda a su extradición a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente Artículo.

¹⁸² Convenio Internacional para la Represión de la Circulación y el Tráfico de Publicaciones Obscenas, abierto a la firma en Ginebra el 12 de septiembre de 1923, art. 2, 27 L.N.T.S. 213, 7 *Martens Nouveau Recueil* (ser. 3) 266. Ver también Convenio Internacional para la Represión y el Tráfico de Publicaciones Obscenas, 12 de septiembre de 1923, modificado por el Protocolo, 12 de noviembre de 1947, art. 2, 46 U.N.T.S. 169. [traducción libre]

¹⁸³ Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda, 20 de abril de 1929, art. 17, 112 L.N.T.S. 371.

3. “La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con el derecho interno”¹⁸⁴.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece la doctrina de *aut dedere aut judicare* en el artículo 4, en tanto que el artículo 6 contiene disposiciones para la **jurisdicción universal** calificada por implicación:

“Cuando un Estado Parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en un ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación, y cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición”¹⁸⁵.

El artículo 6.1 del Borrador de la Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones establece:

“1. La desaparición forzada y los demás actos a que se hace referencia en el artículo 2 de la presente Convención serán considerados como delitos en cada Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte deberá adoptar las medidas necesarias para establecer jurisdicción en los siguientes casos: (a) Cuando el delito de desaparición forzada fue cometido dentro de cualquier territorio bajo su jurisdicción; (b) Cuando el pretendido autor u otro de los pretendidos participantes en el delito de desaparición forzada u otros actos a que se hace referencia en el artículo 2 de la presente Convención se encuentran en el territorio del Estado Parte, sin consideración a la nacionalidad del pretendido autor u otros pretendidos participantes, o de la nacionalidad de la persona desaparecida, o al lugar o el territorio donde el delito tuvo lugar, a menos que el Estado los extradite o transfiera a un tribunal penal internacional”¹⁸⁶.

La mayoría de las convenciones citadas más arriba se relacionan con lo que es comúnmente denominado “terrorismo” y tráfico internacional de drogas, los cuales son normalmente crímenes cometidos por individuos y pequeños grupos, y no son usualmente patrocinados por el Estado. En consecuencia, es más fácil para los Estados reconocer y aplicar la teoría de la universalidad y otras formas de cumplimiento forzado a estos tipos de actores que hacerlo con respecto a aquellos que llevan a efecto una política estatal. Esto explica por qué, no obstante el profundo daño causado por el genocidio y los crímenes contra la humanidad, los Estados han sido reacios a aplicar las mismas obligaciones de cumplimiento en la forma en que ellas han sido establecidas, por ejemplo, con respecto a “terrorismo” y tráfico internacional de drogas. Es la opinión de este autor, que por obvias razones políticas de auto-protección, las convenciones de derecho penal internacional cuyos sujetos son aquellas personas que participan en la acción del Estado o que ejecutan políticas estatales,

¹⁸⁴ Convención Sobre la Protección de Cables Submarinos, 14 de marzo de 1884, arts. 1, 8, 9, 24 Stat. 989, 11 *Martens Nouveau Recueil* (ser. 2) 281. [traducción libre]

¹⁸⁵ Convención Internacional Contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, adoptada en Nueva York el 4 de diciembre de 1989, art. 9 (2, 3), 29 I.L.M. 89.

¹⁸⁶ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém Do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994, art. 6, en <http://oas.org/juridico/english/Sigs/a-60.html>.

contienen mecanismos de cumplimiento menos efectivos que otras convenciones internacionales similares¹⁸⁷.

I. Práctica Estatal Contemporánea

Dos criterios son necesarios para establecer una norma de derecho internacional consuetudinario, a saber, la existencia de una práctica estatal suficiente y una *opinio juris sive necessitatis*¹⁸⁸. Como ha sido señalado por la Corte Internacional de Justicia: “Es por supuesto axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe ser buscado principalmente en la práctica efectiva y la *opinio juris* de los Estados, a pesar que convenciones multilaterales pueden tener un papel importante que desempeñar en el registro y la definición de las normas derivadas de la costumbre, o en efecto en el desarrollo de las mismas”¹⁸⁹.

La práctica estatal suficiente queda establecida cuando el principio en cuestión tiene duración, uniformidad, consistencia y generalidad¹⁹⁰. La práctica del Estado consiste en: (1) legislación específica estableciendo las disposiciones para la **jurisdicción universal**; (2) actos legislativos que autorizan la aplicación de la **jurisdicción universal**; y (3) la práctica judicial estatal, ya sea basada en la legislación nacional o las convenciones internacionales¹⁹¹. En el caso *Actividades Militares y Paramilitares*, la CIJ señaló que:

“El mero hecho de que los Estados declaren su reconocimiento de ciertas normas no es suficiente para que la Corte las considere como parte del derecho internacional consuetudinario y aplicables como tales a esos Estados. Dado que esta Corte se halla obligada por el artículo 38 de su Carta a aplicar, *inter alia*, la costumbre internacional “como evidencia de una práctica general aceptada como ley”, no puede ignorar el papel esencial desempeñado por la práctica general. En aquellos casos en que dos Estados acuerdan incorporar una norma determinada en un tratado, su acuerdo es suficiente para hacer que esa norma revista el carácter de una ley, obligatoria para ellos. Pero en el campo del derecho internacional consuetudinario, la visión compartida de las Partes acerca del contenido de aquello que ellos consideran como la norma no es suficiente. La Corte debe estar convencida de que la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica”¹⁹².

Opinio juris es la aceptación externa por parte de los Estados de que una práctica es reconocida como obligatoria¹⁹³. Para establecer *opinio juris*, los Estados deben comportarse de tal manera que su conducta sea “reflejo de la creencia de que esta práctica es obligatoria por la existencia de una norma de derecho que lo requiere. La necesidad de dicha creencia, esto

¹⁸⁷ Borrador Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6.1, E/CN.4/Sub.2/1998/19, Anexo (19 de agosto de 1998). [traducción libre]

¹⁸⁸ Ver Bassiouni, Fuentes y Contenido, *supra* nota 33, en 27-31.

¹⁸⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 4-9 (5ª ed. 1998); 1 George Schwarzenberger, *International Law* 41 (3ª ed. 1957); 1 L. Oppenheim, *International Law: A Treatise* 25-27 (8ª ed. 1955).

¹⁹⁰ Plataforma Continental (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), 1985 *I.C.J.* 13, 29-30 (3 de junio). [traducción libre]

¹⁹¹ David H. Ott, *Public International Law in the Modern World* 15-16 (1987).

¹⁹² Ver Brownlie, *supra* nota 188, en 5.

¹⁹³ *Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.)*, 1986 *I.C.J.* 14, 97-98 (27 de junio). [traducción libre]

es, la existencia de un elemento subjetivo, se encuentra implícita en la noción misma de la *opinio juris sive necessitatis*¹⁹⁴. La conducta de los Estados, sin embargo, no necesita ser “en conformidad absolutamente rigurosa” con la norma:

“Con el objeto de deducir la existencia de normas consuetudinarias, la Corte considera que es suficiente que la conducta de los Estados debería, en general, ser consistente con dichas normas, y que los casos de conducta de un Estado inconsistentes con una norma determinada deberían en general ser tratados como infracciones a dicha norma, no como indicaciones del reconocimiento de una nueva norma. Si el estado actúa en una forma *prima facie* incompatible con una norma reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones contenidas dentro de la norma misma, entonces ya sea o no que la conducta del estado sea justificable sobre esa base, el significado de esa actitud es confirmar más que debilitar la norma”¹⁹⁵.

Teniendo en cuenta que hay 189 Estados miembros de las Naciones Unidas y 195 países, es necesario determinar si las relativamente recientes promulgaciones de unos pocos Estados son suficientes para establecer un principio de derecho internacional consuetudinario de **jurisdicción universal** sobre los crímenes de guerra, crímenes en contra de la humanidad y genocidio, para mencionar los tres crímenes dentro de la jurisdicción del TPIY, del TPIR y de la CPI, y que la totalidad de los tratadistas que apoyan la universalidad mantienen son los crímenes que llaman a la **jurisdicción universal**. Para este autor, la piratería, esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud, tortura y *apartheid* deberían ser también incluidas en esta categoría. Este autor no obstante se encuentra en duda que el pequeño número de leyes nacionales divergentes que pretenden aplicar la **jurisdicción universal** sea suficiente para satisfacer los elementos de práctica estatal consistentes necesarios para constituir derecho internacional consuetudinario¹⁹⁶.

V. Algunas Concepciones Erradas Acerca de la Ley y Práctica Estatal Nacionales

Una cantidad de Estados han dictado leyes con alcance jurisdiccional extraterritorial. La mayoría de estas leyes sin embargo extienden el alcance legislativo nacional a situaciones que involucran a sus nacionales, o en aquellos casos en que sus nacionales son las víctimas de ciertos crímenes. Algunos extienden su alcance extraterritorial para alcanzar crímenes cometidos en el extranjero, pero cuyo impacto afecta los intereses del estado que los aplica. Entre estas leyes nacionales están aquellas que establecen la **jurisdicción universal** basada en la legislación nacional siempre que ello sea permitido o exigido por un tratado internacional. En la totalidad de estos casos, excepto en los de Bélgica¹⁹⁷ y España¹⁹⁸ que son analizados más adelante, la forma en que se aplica la legislación nacional exige que el acusado se encuentre

¹⁹⁴ Ver Ott, *supra* nota 190, en 15.

¹⁹⁵ Plataforma Continental del Mar del Norte (F.R.G./Den; F.R.G./Neth.), 1969 *I.C.J.* 3, 44 (20 de febrero).

¹⁹⁶ Military and Paramilitary Activities, 1986 *I.C.J.* en 98. [traducción libre]

¹⁹⁷ Algunos Estados tienen **jurisdicción universal** para crímenes específicos como el genocidio. Otros pueden tener **jurisdicción casi universal** para crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Todavía otros Estados, como Alemania, tienen **jurisdicción universal** más una conexión vinculante. Ningún país tiene **jurisdicción universal** para la totalidad de estos crímenes. Es por lo tanto difícil decir algo más que la **jurisdicción universal** existe raramente en la práctica de Estados y se aplica en juicio sólo de forma limitada.

¹⁹⁸ Ver *infra* nota 221.

presente en el territorio Estado que la aplica. Los tratadistas no otorgan sin embargo suficiente peso a estas distinciones y presumen que la posible aplicación de la **jurisdicción universal** sin consideración a la necesidad de un nexo con el Estado que la aplica, basta para concluir que existe suficiente práctica estatal para justificar la conclusión de que la **jurisdicción universal** es parte del derecho internacional consuetudinario. No hay duda alguna de que la existencia de dicha legislación nacional refleja algún reconocimiento de la existencia de la **jurisdicción universal**. Pero es debatible si ella es suficiente en y por sí misma para elevarse al nivel de derecho internacional consuetudinario. Adicionalmente, hay varias decisiones judiciales nacionales que aplican la **jurisdicción universal** o se refieren a ella *in dicta*. Aquí, nuevamente, los tratadistas tienden a interpretar que estos casos reflejan la aplicación de la **jurisdicción universal** en las decisiones judiciales nacionales. Pero, como se analiza más adelante, hay solamente dos casos conocidos de este autor, específicamente Bélgica y España, en los cuales la **jurisdicción universal** fue aplicada sin ningún nexo con el Estado que la aplicó. Dos casos son ilustrativos de esta concepción errónea.

En *Attorney General of Israel v. Eichmann*¹⁹⁹, el tribunal de distrito israelí se refirió a la **jurisdicción universal in dictum**, pero se basó en la legislación nacional de Israel que confiere jurisdicción a sus tribunales sobre “crímenes contra el pueblo judío”, consistente en una ley dictada en 1950 que incluye genocidio y crímenes contra la humanidad en todos los casos en que sean cometidos contra el “pueblo judío”, dondequiera que éste pueda estar²⁰⁰. El alcance jurisdiccional de Israel es, en conformidad con esta ley, universal²⁰¹, pero se encuentra fundado en una conexión de nacionalidad con la víctima que coloca dicha base jurisdiccional bajo la teoría de la “personalidad pasiva”. Es cierto que esa ley pretende cubrir actos que ocurrieron con anterioridad al establecimiento del Estado soberano de Israel en 1948, pero eso no altera la base de la teoría en la cual se basa. Más aún, no hay un precedente legal histórico para dicha aplicación retroactiva de jurisdicción penal basada en la nacionalidad, pero eso se relaciona con el problema de la validez internacional de la ley y la teoría jurisdiccional en la que se basa, más que en su base jurisdiccional²⁰². En este fallo, el tribunal de distrito señaló:

“Todo esto se aplica al crimen de genocidio (incluyendo el “crimen contra el pueblo judío”) el cual, a pesar de que fue cometido mediante el asesinato de individuos, pretendía exterminar la nación como un grupo... El Estado de Israel, el Estado soberano del pueblo judío, realiza a través de su legislación la función de ejercitar el derecho del pueblo judío a castigar a los criminales que asesinaron a sus hijos con la intención de

¹⁹⁹ Ley del Poder Judicial, Artículo 65 (1985) y Ley Orgánica, Artículo 23 (1985), la cual fue aplicada en conexión con la solicitud de extradición de España a Inglaterra de Augusto Pinochet. Naomi Roht-Arriaza “The Pinochet Precedent and **Universal Jurisdiction**”, 35 *New England L. Rev.*, 311 (2001). Esto fue también aplicado en conexión con la solicitud de España a México para la extradición de Ricardo Miguel Cavallo, un ciudadano argentino, buscado para ser procesado en España por crímenes cometidos en Argentina durante la “guerra sucia” en la década de los ’70. Ver Juan E. Méndez y Salvador Tinajero-Esquivel, “The Cavallo Case: A New Test for **Universal Jurisdiction**” en *Human Rights Brief*, Vol. 8, emisión 3 (primavera de 2001) publicado por American University, Washington College of Law, p. 8.

²⁰⁰ 36 *I.L.R.* 5, 6-57 (Jm. D.C., 1961), *aff’d* 36 *I.L.R.* 277 (Isr. S. Ct. 1962).

²⁰¹ Ver “Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law”, 5710-1950, 4 *L.S.I.* N° 64 en 154. Para un análisis de las características únicas de esta ley, ver *Honigman v. Attorney General*, 18 *I.L.R.* 542, 543 (Isr. S. Ct. 1953).

²⁰² Cf. D.W. Bowett, “Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources”, 1982 *Brit. Y.B. Int’l L.* 1, 12 (opinando que “el ejercicio de jurisdicción por Israel en el caso Eichmann se destaca como altamente inusual, y probablemente infundado”).

poner término a la supervivencia de su pueblo. Nosotros estamos convencidos que esta facultad se conforma a los principios de las naciones existentes”²⁰³.

Al confirmar la sentencia del tribunal de distrito, la Corte Suprema de Israel, al mismo tiempo que hacía ver su completo acuerdo con el principio protector de jurisdicción, insistió en el argumento de la **jurisdicción universal**, en la medida que ésta se aplica no sólo a los judíos, en cuyo nombre Israel reclamó ejercitar jurisdicción protectora, sino también a los polacos, eslovenos, checos y gitanos²⁰⁴. La Corte Suprema además señaló, “El estado de Israel ... tenía derecho, en conformidad con el principio de la **jurisdicción universal** y en el carácter de guardián del derecho internacional y como un agente para su cumplimiento, a juzgar al apelante”²⁰⁵.

En *Demjanjuk contra Petrovsky*²⁰⁶, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Sexto Circuito se refirió a la **jurisdicción universal** sobre crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad, pero se fundó en la misma ley Israelí que estaba basada en la teoría de la personalidad pasiva. La Corte del Sexto Circuito indicó que

“Israel pretende hacer cumplir su ley penal para el castigo de Nazis y colaboradores de los Nazis por crímenes reconocidos y condenados universalmente por la comunidad de naciones. El hecho de que Demjanjuk sea acusado con la comisión de estos actos en Polonia no despoja a Israel de la autoridad de someterlo a proceso”²⁰⁷.

VI. Legislación y Práctica Estatal Nacional

Varios Estados han promulgado legislación nacional en conexión con “graves infracciones” de los Convenios de Ginebra, en tanto que otros han establecido provisiones para la **jurisdicción universal** en conexión con otras convenciones internacionales, principalmente relacionadas con genocidio y terrorismo. Algunos Estados han extendido las “graves infracciones” de los Convenios de Ginebra para incluir otras violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. Algunos Estados han también establecido disposiciones para la **jurisdicción universal** en el caso de crímenes contra la humanidad, basados en su legislación nacional. En la totalidad de estos casos, la aplicación de la legislación nacional ha siempre sido con respecto a situaciones en las cuales el acusado se encontraba detenido por el Estado que la hacía cumplir. Así, la legislación estatal y la práctica judicial nacional han siempre exigido a lo menos la presencia del acusado en el territorio del Estado que la hace cumplir o siempre que la víctima o el autor sea un nacional de ese Estado. A continuación se contiene un breve análisis de estas leyes y opiniones judiciales nacionales.

²⁰³ Ver Robert K. Woetzel, “The Eichmann Case in International Law” en *International Criminal Law* 354 (Gerhard O.W. Mueller & Edward M. Wise eds., 1965); Telford Taylor, “Large Questions in the Eichmann Case”, *N.Y. Times*, 22 de enero de 1961, 6 (Revista), en 11.

²⁰⁴ Eichmann, 36 *I.L.R.* en 57 (par. 38).

²⁰⁵ *Attorney General of Israel v. Eichmann*, 36 *I.L.R.* 277, 304 (par. 12) (Israel S. Ct., 29 de mayo de 1962). [traducción libre]

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ 776 F. 2ª 571, 582-83 (6ª Cir. 1985).

El Código Penal francés es un ejemplo de legislación nacional que establece la jurisdicción nacional si ella es exigida por un tratado y si hay legislación nacional de implementación vigente, pero ninguna ha sido adoptada con excepción del tratado de la CPI cuya carta, según se ha visto anteriormente, permite la **jurisdicción universal** cuando una situación es referida a ella por el Consejo de Seguridad. El Código Penal de Francia define al genocidio y a los crímenes contra la humanidad pero no establece disposiciones específicas sobre la **jurisdicción universal**, a pesar que por implicación es posible concluir que la legislación francesa sí lo dispone²⁰⁸. La jurisdicción penal de Francia tiene alcance territorial basada en el impacto territorial, la seguridad nacional, la protección de la moneda contra falsificación, nacionalidad de la víctima o del perpetrador. Por “personalidad activa”, se exige el requisito de “doble criminalidad”. El artículo 113-8 del Código Penal francés²⁰⁹ prohíbe el ejercicio de jurisdicción en casos de previa condena o sobreseimiento. El fiscal público que actúa en conformidad con una petición de la víctima debe iniciar todas las acciones penales²¹⁰. El artículo 113-11(1) extiende la jurisdicción para crímenes a bordo de, o contra, aeronaves, siempre que la aeronave aterrice en territorio francés. Así, como no sea por la presencia de la aeronave en su territorio, esa jurisdicción es universal. El artículo 113-12 extiende la jurisdicción sobre alta mar sin ninguna conexión con un vínculo de territorio o nacionalidad o impacto de interés protegido, siempre que las convenciones internacionales y la legislación francesa la establezcan. Eso también puede ser visto como una forma de universalidad de jurisdicción. Ninguna disposición específica en el artículo sobre jurisdicción se refiere a crímenes internacionales *jus cogens* cuyas definiciones se encuentran contenidas en el Libro II del Código Penal.

El Libro II del Código Penal trata de los crímenes contra las personas. Parte con el artículo 211-1, *Du Génocide*, y el artículo 212-2, *Des Autres Crimes Contre l'Humanité*. Estos artículos definen, respectivamente, los dos crímenes, pero no incluyen ninguna referencia a jurisdicción. En la estructura del Código, la jurisdicción es cubierta en el artículo 113, en la forma en que se ha indicado más arriba. Pero no hay ninguna disposición

²⁰⁸ *Id.* en 582. Ver Yoram Sheftel, *Defending “Ivan the Terrible”: The Conspiracy to Convict John Demjanjuk* (1996). [traducción libre]

²⁰⁹ Código Penal art. 212-1 (Daloz ed. 2000). Para un análisis de los tres mayores procesos de Francia de Barbie, Touvier y Papon, ver Leila Sadat Wexler, “The French Experience”, en 3 *International Criminal Law* 273-300 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999). Ver también Brigitte Stern, “International Decision, **Universal Jurisdiction** over Crimes Against Humanity Under French Law”, 93 *Am. J. Int'l L.* 525 (1999); Leila Sadat Wexler, “Prosecutions for Crimes Against Humanity in French Municipal Law: International Implications”, en *Proceedings of the American Society of International Law* 270-76 (1997); Leila Sadat Wexler, “Reflections on the Trial of Vichi Collaborator Paul Touvier for Crimes Against Humanity in France”, 20 *Law & Soc. Inquiry* 191 (1995); Leila Sadat Wexler, “The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again”, 32 *Colum. J. Transnat'l L.* 289 (1994).

La Corte francesa de Casación, en una sentencia del año 1998 (Cass. Crim., 6 de enero de 1998, Bull. Crim. N° 2, Rep pen. Daloz 2000), consideró que la **jurisdicción universal** era aplicable en el caso de genocidio en conformidad con el Artículo 689-2 del Código de Procedimiento Penal Francés. También se planteó la pregunta acerca de si la tortura debería o no estar sujeta a la **jurisdicción universal**. Los comentaristas también adoptan la posición que habría **jurisdicción universal** como parte de las obligaciones de Francia a implementar la Resolución del Consejo 827, la cual establece el TPIY y la Resolución 955, que establece el TPIR. Sobre la base de este razonamiento, también podría asumirse que la implementación por parte de Francia del Estatuto CPI justificaría el ejercicio por su parte de la **jurisdicción universal**.

²¹⁰ Yves Mayand, *Code Pénal; Nouveau code pénal, ancien code pénal* (87ª ed. Daloz 2000).

legislativa que establezca la **jurisdicción universal** para estos crímenes. Frederic Desportes y Francis Le Gunehec señalan:

“Les insuffisances du dispositif législatif. Les crimes contre l’humanité relevant des règles ordinaires de compétence et de procédure. Si, effectivement, le particularisme ne se justifie pas en la matière, il est possible en revanche de regretter en d’autres domaines quelques insuffisances dans le dispositif législatif.

Ainsi, il n’a été prévu aucune disposition particulière concernant l’application de la loi française et la compétence des juridictions françaises pour le jugement des crimes commis à l’étranger. En pareil cas, la répression n’est possible, selon les règles générales, que si les crimes ont été commis par un français ou sur la personne d’un français. Cette limitation s’accorde assez mal avec la nature des crimes contre l’humanité. Il aurait été convenable et conforme au droit international de conférer en la matière, comme en bien d’autres, une compétence universelle aux juridictions françaises.

On peut se demander toutefois si les dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 ne leur ont pas donné directement une telle compétence pour un certain nombre d’actes graves. En effet, ces conventions comportent une disposition ainsi rédigée chaque partie contractante aura l’obligation de rechercher les personnes prévenues d’avoir commis, ou d’avoir ordonné de commettre, l’une ou l’autre de ces infractions graves et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère (...) les remettre pour jugement à une autre Partie contractante. La chambre d’accusation de Paris, saisie par des ressortissants bosniaques rescapés des camps de détention serbes, n’a pas consacré cette interprétation, estimant que les Conventions de Genève étaient dépourvues d’effet en droit interne et qu’elles ne pouvaient dès lors recevoir application en l’absence de texte portant adaptation de la législation française à leurs dispositions (Ch. Acc. Paris, 24 nov. 1994, Javar et autres, inédit). Il serait cependant possible, pour retenir la compétence des juridictions françaises, de se fonder sur la Convention contre la torture de New York du 10 décembre 1984, à condition toutefois que l’auteur soit trouvé en France (et sur l’ensemble, Cl. Lombois, De la compétence territoriale, R.S.C., 1995, p. 399)”²¹¹.

Así, Francia no establece la **jurisdicción universal** por genocidio y crímenes contra la humanidad, y ese también pareciera ser el caso con la legislación militar francesa por crímenes de guerra²¹².

Canadá y Alemania tienen leyes que establecen la **jurisdicción universal** únicamente si hay una conexión territorial. Entre otros Estados que han promulgado legislación nacional de alcance universal, una ley canadiense de 1985 (Código Penal de Canadá 7(3.71))²¹³, permite

²¹¹ Ver *Id.*, Art. 113-8.

²¹² Frederic Desportes & Francis Le Gunehec, en *Le Nouveau Droit Pénal: Droit Pénal Général* (4ª ed., 1997).

²¹³ Ver, sin embargo, Gilbert Azibert, *Code de Procédure Pénal* 2000, en 459 y siguientes (12ª ed. LITEC 2000), donde él comenta sobre jurisdicción extraterritorial, pero no se refiere a la **jurisdicción universal**. No obstante, el Código permite la **jurisdicción universal** si ella se encuentra incluida en una convención internacional que

la jurisdicción retroactiva sobre crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra si al momento del crimen, la conducta constituía un crimen en conformidad con el derecho internacional así como también en conformidad con la legislación canadiense, si el acusado se encontraba bajo la jurisdicción territorial de Canadá, si Canadá se encontraba en guerra con el país en el cual el crimen ocurrió o si el crimen ocurrió en el territorio de ese país o fue cometido por uno de sus ciudadanos. Todo esto apunta a una conexión territorial o soberana que no exactamente hace que la jurisdicción de Canadá sea verdaderamente universal. Como la Corte Suprema de Canadá señaló en *Regina contra Finta*:

“Los tribunales canadienses tienen jurisdicción para procesar a individuos que viven en Canadá por crímenes que ellos pretendidamente cometieron en suelo extranjero únicamente cuando las condiciones especificadas en el artículo 7(3.71) se han cumplido. El más importante de esos requisitos, para los fines del presente caso, es que el pretendido crimen debe constituir un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad. Es por tanto la naturaleza del acto cometido lo que es de importancia decisiva en la determinación de la jurisdicción. Los tribunales canadienses no pueden conocer de un delito ordinario que ha ocurrido en una jurisdicción extranjera. La única razón por la cual los tribunales canadienses pueden someter a proceso a individuos tales como Imre Finta es debido a que los actos que se alega él ha cometido son considerados como crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Como Cherif Bassiouni ha observado apropiadamente, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad no es lo mismo que un delito doméstico”²¹⁴.

El artículo 6 del Código Penal alemán ha sido con frecuencia citado como que establece la **jurisdicción universal**²¹⁵. Éste dispone que “el derecho penal alemán rige, para los siguientes hechos que se cometan en el exterior, independientemente del derecho del lugar del hecho: 1. genocidio...”²¹⁶. En 1999, sin embargo, la Corte Suprema Federal de Alemania exigió una “conexión legitimizadora” antes que la jurisdicción en Alemania se produjera²¹⁷. Esta conexión podría tomar la forma de una vinculación familiar o un anterior domicilio. La

Francia haya ratificado, en el entendido que el crimen en cuestión es también un crimen en conformidad con la legislación francesa. Esto está previsto en los Artículos 689-2 a 689-7 del Código de Procedimiento Penal. *Id.* Azibert en 313-14. Ver también R. Koering-Joulin, “*Jurisclasser de Procédure Pénale*” fasc. 20, N° 91. Ver, por ejemplo, Claude Lombois, *Le Droit Pénal International* (1979); André Huet & Renée Koering-Joulin, *Le Droit Pénal International* (1994).

²¹⁴ Código Penal 7(3.71) (Can.).

²¹⁵ *Regina v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, 811 (Cory, J.) (primer énfasis agregado) (cita omitida).

²¹⁶ La Sección 6, que se titula “Hechos cometidos en el exterior contra bienes jurídicos protegidos internacionalmente,” establece lo siguiente: “Además, el derecho penal alemán rige, para los siguientes hechos que se cometan en el exterior, independientemente del derecho del lugar del hecho: genocidio (Sección 220a); hechos de energía nuclear – explosivo – y radiación, en los casos de los §§ 307 y 308 inciso primero hasta cuatro, del §309 inciso segundo y del § 310; ataque al tráfico aéreo y marítimo (§ 316c); tráfico de personas (§ 180b) y tráfico de personas grave (§ 181); distribución no autorizada de narcóticos; divulgación de publicaciones pornográficas en los casos del § 184, párrafo tercero y cuarto; falsificación de moneda y valores y su preparación (§§ 146, 149, 151 y 152), falsificación de tarjetas de pago y formularios para eurocheques (§ 152a inciso primero a cuatro) así como su preparación (§§ 149, 151, 152 y 152a inciso quinto); estafa de subvención (§ 264); hechos que también deben ser perseguidos cuando se cometen en el exterior, con fundamento en un convenio internacional obligatorio para la República Federal de Alemania”. [traducción de la Universidad Externado de Colombia] 6, StGB.

²¹⁷ *Id.* 6 (1).

judicatura alemana introdujo esta exigencia basada en la preocupación de que el ejercicio de dicha jurisdicción pudiera interferir con la soberanía de otros Estados.

Adicionalmente, el artículo 6(9) del Código Penal alemán permite la aplicación de la jurisdicción penal alemana por actos cubiertos por “un convenio internacional obligatorio para la República Federal de Alemania” cuando “se cometen en el exterior”²¹⁸.

El Código Penal de Italia, en su artículo 7, también contiene disposiciones que permiten la jurisdicción penal extraterritorial, pero exige una conexión de nacionalidad o territorial²¹⁹. Suiza adoptó una legislación extendiendo la **jurisdicción universal** sobre los tres crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra²²⁰.

El Código Penal Militar de Suiza, promulgado por la ley federal de 13 de junio de 1927 y modificado hasta el 29 de febrero de 2000, contiene una base jurisdiccional para la **jurisdicción universal** en su artículo 9, el cual señala en su párrafo 1: “*Le présent code est applicable aux infractions commises en Suisse et à celles qui ont été commises à l'étranger.*” El capítulo 6, artículos 108 - 109 constituyen también una base para la jurisdicción universal por “*infractions commises contre le droit des gens en cas de conflit armé.*” Pero más concluyente es el artículo 6 bis del Código Penal, el cual señala:

1. “Le présent code est applicable a quiconque aura commis a l'étranger un crime ou un délit que la Confédération, en vertu d'un traite international, s'est engagée a poursuivre, si l'acte es réprimé aussi dans l'Etat ou il a été commis et si l'auteur se trouve en Suisse et n'est pas extradé à l'étranger. La loi étrangère sera toutefois applicable si elle est plus favorable à l'inculpé.

²¹⁸ Bundesgerichtshof alemán, Urteil vom. 30, Apr. 1999, 3StR 215/98. Ver Artículo 211 para genocidio y Artículo 212 para crímenes contra la humanidad. El código penal de Francia de 1996 tiene una disposición similar. Ver también: Cherif Bassiouni, “Crimes Against Humanity”, en 1 *International Criminal Law* 521, 584-86 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999).

²¹⁹ 6(9), StGB; ver también 7, StGB. Sección 7, la cual se titula la cual se titula “Validez para hechos cometidos en el exterior en otros casos”, señala: “El derecho penal alemán rige para hechos que se han cometido en el exterior contra un alemán cuando el hecho está amenazado con una pena en el lugar de los hechos o cuando el lugar de los hechos no está sujeto a potestad punitiva.

“Rige el derecho penal alemán para otros hechos que se hayan cometido en el exterior cuando el hecho está amenazado con pena en el lugar de los hechos o cuando el lugar de los hechos no está sujeto a potestad punitiva y cuando el autor: para el momento del hecho era alemán o hubiera adquirido la nacionalidad alemana con posterioridad al hecho; o para el momento del hecho fuera extranjero, estuviese afectado y no fuera extraditado a pesar de que con la ley de extradición era precedente su extradición conforme a la naturaleza del hecho, o bien porque no se ha presentado una petición de extradición o porque ha sido negada o porque la extradición no es factible”. [traducción de la Universidad Externado de Colombia]

StGB, 7. El 12 de febrero de 2001, el Tribunal Constitucional de Alemania confirmó una sentencia condenando a un bosnio serbio por genocidio en Bosnia en conformidad con 200a StGB, el Código Penal alemán. Ver también el Artículo 6-1 del Código Penal alemán; Hans-Heinrich Jeschek & Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht Allgemeines Teil*, 170 (5ª ed., 1996). Con respecto a España, ver Artículo 23 del Código Penal español; Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, *Derecho Penal Español; Parte General* 226 et seq. (17ª ed 1994).

²²⁰ Ver 3 *Codice Penale: Annotato con la Giurisprudenza* 103-14, arts. 7, 8, 9 (y comentario) (S. Beltrani, F. Caringella & R. Marino eds., octubre de 1996). Ver también Antonio Pagliaro, *Principi de Diritto Penale: Parte Generale*, 145-46 (7ª ed., 2000); Ferrando Mantovani, *Diritto Penale*, 951 et seq. (4ª ed. 2001).

2. *L'auteur ne pourra plus être puni en Suisse: s'il a été acquitté dans l'Etat où l'acte a été commis, pour le même acte par un jugement passé en force; s'il a subi la peine prononcée contre lui à l'étranger, si cette peine lui a été remise ou si elle est prescrite*".

Sobre la base de esa ley, Suiza recientemente sometió a proceso y condenó a un ex mayor ruandés por crímenes de guerra²²¹. Una cantidad de Estados tienen leyes con alcance extraterritorial, incluyendo **jurisdicción universal**. Australia tiene dos leyes; el *Geneva Conventions Act* (1957), cuyos artículos 6 y 7 establecen la **jurisdicción universal** por "infracciones graves", en tanto que el *War Crimes Act* (1945), N° 48, también tiene **jurisdicción universal**, lo que se dio en el caso de *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia and Another*²²².

El Código Penal de Austria, en su artículo 64, así como también en el artículo 65.1.2, contiene disposiciones estableciendo la **jurisdicción universal** para *aut dedere, aut judicare*. Se aplicó esta jurisdicción en el caso de crímenes cometidos en el conflicto en la ex Yugoslavia, en el cual el acusado estuvo presente en Austria, *Republic of Austria v. Cyjetkovic*²²³. El artículo 8(5) del Código Penal de Dinamarca, es similar a aquel de Austria, y ha sido aplicado en un caso similar, *Director of Public Prosecutions v. T.*²²⁴.

Bélgica²²⁵ tiene probablemente la legislación de más largo alcance, la cual ha sido descrita como sigue:

"Bélgica probablemente tiene disposiciones que establecen el ejercicio más extenso de la **jurisdicción universal** sobre crímenes contra los derechos humanos que cualquier otro país. Los tribunales belgas pueden conocer casos de crímenes de guerra (internos e internacionales), crímenes contra la humanidad y genocidio no cometidos por ciudadanos belgas fuera de Bélgica contra ciudadanos que no son belgas, sin aún la presencia del acusado en Bélgica. Por razones prácticas, sin embargo, es poco probable que los tribunales se aboquen a una investigación a menos que Bélgica tenga una verdadera conexión con el caso"²²⁶.

La primera aplicación de esta nueva ley tuvo lugar en el mes de marzo de 2001 en la *Cour d'Assises*. Las acusadas fueron dos hermanas benedictinas, un ex profesor de la Universidad Nacional de Ruanda (desde entonces, en la Universidad Católica de Lovaina), y un ex hombre de negocios y Ministro (marido de la hija del médico personal del presidente

²²¹ Ver Christian Favre, Marc Pellet & Patrick Stoudmann, *Code Pénal Annoté* (1997). Cf. Didier Pfirter, "The Position of Switzerland with Respect to the ICC Statute and in Particular the Elements of Crimes", 32 *Cornell Int'l L. J.* 499 (1999) (analizando la proposición de Elementos de Suiza sobre crímenes de Guerra).

²²² Ver "Coupable de crimes de guerre et d'assassinat, le maire ruandais est condamné a la perpétuité", *Le Temps*, 1 de mayo de 1999.

²²³ [1991] 172 *C.L.R.* 501 (Austl.).

²²⁴ El caso de 1994 es analizado en Chandra Lekha Sriram, "Contemporary Practice of **Universal Jurisdiction**: Disjointed and Disparate, Yet Developing", en Proyecto Princeton sobre **Jurisdicción Universal** (Universidad de Princeton, 2001).

²²⁵ E. High Ct., 3ª Div. Den. 1994. El caso, el cual involucraba al acusado Refic Saric, es analizado en Mary Ellen O'Connell, "New International Legal Process", 93 *Am. J. Int'l L.* 334, 341-42 (1999).

²²⁶ *Act Concerning the Punishment of Serious Violations of International Humanitarian Law 7* (Bélgica).

Habiarimana). Los cuatro han sido procesados y condenados, pero los cuatro se encontraban físicamente presentes en Bélgica al tiempo en que ellos fueron acusados de esos crímenes.

Este no fue el caso, sin embargo, cuando el 11 de abril de 2000, Bélgica emitió una orden internacional de detención contra el señor Abdoulaye Yerodia Ndombasi, el Ministro de Relaciones Exteriores subrogante de la República Democrática del Congo²²⁷. La orden de detención fue emitida por el señor Vandermeersch, el juez instructor del tribunal de primera instancia de Bruselas, en conformidad con el artículo 7 modificado de Bélgica, y solicitó su extradición por pretendidas “infracciones graves al derecho internacional humanitario”²²⁸. El 17 de octubre de 2000, el Congo presentó una Solicitud ante la CIJ pidiendo que la Corte anulara la orden de arresto de Bélgica. El Congo se opuso a la pretensión de Bélgica de jurisdicción extraterritorial, así como a la propiedad del artículo 5 de la legislación belga, la cual desconoce una inmunidad oficial.

El 8 de diciembre de 2000, la CIJ emitió un dictamen denegando la solicitud de medidas cautelares presentada por el Congo debido a que, como resultado de la reasignación del señor Yerodia de su anterior cargo como Ministro de Relaciones Exteriores, el Congo no fue capaz de demostrar un daño irreparable²²⁹. La Corte, sin embargo, rechazó por unanimidad la solicitud de Bélgica de que el caso fuera removido de la agenda²³⁰. El caso presentado ante la CIJ da origen a dos interrogantes relacionadas pero separadas. La primera es si la **jurisdicción universal** de Bélgica sin una conexión con dicho Estado es un ejercicio válido de lo que puede ser visto como una forma de jurisdicción extraterritorial. La segunda es si el ejercicio de dicha **jurisdicción universal** contraviene la Convención de Viena de 1969 sobre Relaciones Diplomáticas.

Con respecto a la primera interrogante, este caso es, para todos los fines prácticos y legales, un caso de primera impresión en la medida que no ha habido jamás antes un Estado con tal alcance jurisdiccional extraterritorial. Una forma de considerar este problema es sopesar los efectos positivos de dicha legislación en el cumplimiento del derecho penal internacional con respecto a crímenes *jus cogens* contra los efectos negativos del potencial desequilibrio de la estabilidad y predecibilidad del orden legal internacional y su potencial de infringir los derechos humanos debido a procesamientos vejatorios motivados políticamente, y su potencial de múltiples procesamientos (a la luz de la falta de aplicabilidad de *non bis in idem* a procesamientos por soberanías separadas).

Una solución que podría preservar los efectos positivos y mitigar aquellos negativos es reconocer el derecho de un Estado a dictar dicha legislación, pero no reconocer la facultad de

²²⁷ *Human Rights Watch*, *supra* nota 1, en 8.

²²⁸ Comunicado de Prensa, *Congo v. Belgium* (17 de octubre de 2000), en <http://www.icj-cij.org/icjwww/ipre...ipresscom20002000-32&uscore:COBE<uscore>20001017.htm>.

²²⁹ *Id.*

²³⁰ Orden de Arresto del 11 de abril de 2000 (*Congo v. Belg.*), en 19 (Orden) (8 de dic. de 2000), en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idoc.../icobe<uscore>iorder>provisional<uscore>measure<uscore>20001208.htm>.

Con posterioridad a una crisis de gabinete ocurrida el 20 de noviembre de 2000, el señor Yerodia Ndombasi cesó de desempeñar las funciones de Ministro de Relaciones Exteriores y pasó a desempeñarse como Ministro de Educación, que involucraba viajes al extranjero menos frecuentes; ... no ha en consecuencia sido establecido que un perjuicio irreparable podría ser causado en el futuro inmediato a los derechos del Congo como tampoco que el grado de urgencia es tal que esos derechos deban ser protegidos por la indicación de medidas provisionales.

un Estado de pretender hacer cumplir dicha legislación más allá del territorio de ese Estado, a menos que se pueda demostrar que existe un nexo con el Estado que la hace cumplir, tal como sería la presencia física del acusado en ese Estado. El resultado sería que la ley belga sería declarada no estar en infracción con el derecho internacional, pero que su pretensión de obtener la detención del acusado fuera de su territorio sería inválida a menos que fuera demostrado, para los fines de su cumplimiento, que existe un nexo con el Estado que la hace cumplir.

Con respecto a la segunda interrogante, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1969 no sólo es vinculante para Bélgica como una obligación emanada de un tratado, sino es también vinculante sobre ella como norma de derecho internacional consuetudinario en la medida que la Convención codifica el derecho internacional consuetudinario, el cual no ha sido derogado por ningún Estado.

En síntesis, no existe ningún otro país que permita el ejercicio de dicha **jurisdicción universal**²³¹. Existen, sin embargo, una cantidad de leyes nacionales contemporáneas que establecen una jurisdicción penal extraterritorial extendida con respecto a sus nacionales, o cuando sus nacionales han sido objeto de violaciones criminales, o cuando la conducta en el extranjero ha tenido un impacto nacional que se considera criminal.

La suma total de experiencias nacionales, ya sea en el ámbito legislativo o la práctica judicial, no demuestra que la aplicación de la **jurisdicción universal** en la práctica estatal se haya elevado al nivel de derecho internacional consuetudinario.

Se debe evaluar las fuentes del derecho internacional y las fuentes del derecho nacional para determinar si cada categoría ofrece suficiente evidencia de *opinio juris* y práctica a los niveles nacional e internacional como para justificar la aseveración de que la **jurisdicción universal**, con o sin la existencia de un nexo con el estado que la ejerce, es parte del derecho internacional consuetudinario.

Como se ha indicado anteriormente, una cantidad de convenciones contienen disposiciones que establecen, en forma implícita o explícita, la **jurisdicción universal** con respecto a ciertos crímenes internacionales, algunos de los cuales son considerados parte del *jus cogens*. En lo que se refiere a esta última categoría, existe una obligación legal incorporada en la máxima *aut dedere aut judicare*, para procesar o extraditar y, cuando corresponda, para castigar a aquellos acusados o condenados por crímenes *jus cogens*. Esta es una obligación inderogable impuesta sobre todos los Estados como una consecuencia del carácter *jus cogens* de esos crímenes. Así, ella es una obligación *erga omnes* que es vinculante aún para Estados que rechazan reconocer dicha obligación.

Puede parecer tautológico agregar que dicha obligación existe debido a que ella se origina también en el derecho internacional consuetudinario, pero no por constituir derecho internacional consuetudinario esta obligación se eleva a la categoría de *jus cogens*. Adicionalmente, también los “principios generales del derecho” han servido de base para la elevación de ciertos crímenes internacionales a la categoría de *jus cogens*. Más aún, los

²³¹ *Id.* en 20.

trabajos de los más distinguidos autores también respaldan la proposición de que los crímenes *jus cogens* exigen la aplicación de la **jurisdicción universal** cuando otros medios de dar cumplimiento a las obligaciones que se derivan de la máxima *aut dedere aut judicare* han resultado no ser efectivas. En efecto, podría argumentarse que el establecimiento de órganos investigadores y judiciales internacionales desde la Segunda Guerra Mundial, tales como el TMI, el TMIEO, el TPIY, el TPIR y la CPI incorporan la esencia misma de la máxima *aut dedere aut judicare* con respecto a los crímenes *jus cogens*. No existe duda alguna que cada una de estas fuentes del derecho internacional es en sí misma insuficiente para establecer la proposición de que la **jurisdicción universal** se aplica a los crímenes *jus cogens*, sino que es el efecto acumulativo de esas fuentes lo que lo hace. Esta proposición puede ser contraria a una teoría purista del derecho internacional que requiere que cada fuente del derecho alcance un cierto nivel de suficiencia legal con el objeto de alcanzar el carácter de derecho internacional obligatorio. Pero si se acepta la teoría propuesta de la acumulación de fuentes del derecho internacional que no han, cada una por derecho propio, alcanzado el nivel de suficiencia legal, entonces puede concluirse que la **jurisdicción universal** es a lo menos reconocida – si no exigida – con respecto a los crímenes *jus cogens*.

La otra categoría que requiere ser evaluada es aquella del derecho nacional que incluye tanto la legislación nacional como la práctica judicial. Ambas, sin embargo, revelan que únicamente unos pocos Estados tienen **jurisdicción universal**, y únicamente dos tienen **jurisdicción universal** sin ningún nexo con el Estado ejecutor, y que solamente cuatro decisiones judiciales han sido dictadas que respaldan la **jurisdicción universal**, sea con o sin vínculos con el Estado ejecutor. Por otra parte, muchos Estados tienen jurisdicción penal extraterritorial que alcanza a aquellos que cometen crímenes internacionales, sean ellos de carácter *jus cogens* o no, y esto representa en la práctica la máxima *aut dedere aut judicare*. Aquí, nuevamente, el derecho internacional purista puede cuestionar esta proposición argumentando que la existencia de la jurisdicción penal extraterritorial no necesariamente constituye evidencia de la *opinio juris* de los Estados con respecto a la máxima. La respuesta a eso puede ser reminiscente de un argumento sofista, a saber: si eso no, ¿entonces qué? Pero un argumento más prosaico es: si los Estados extienden su jurisdicción penal extraterritorialmente para procesar a más personas acusadas de crímenes internacionales, ¿no es eso en sí mismo una evidencia de su intención de hacer cumplir el derecho penal internacional? Debe concederse que la mayoría de esas leyes nacionales están dirigidas a procesar a nacionales que cometen crímenes en el extranjero, o no nacionales que cometen crímenes en el extranjero contra los nacionales del Estado que tiene dicha legislación, o nacionales o no nacionales que, mientras se encuentran en el exterior, cometen actos que tienen un impacto o efecto nacional que se considera ser criminal en conformidad con la legislación nacional. Pero, ¿cambia eso el impacto de esa legislación nacional extraterritorial la cual también alcanza a aquellas mismas personas cuando ellas también cometen crímenes internacionales?

La legislación nacional y la práctica judicial nacional son en la actualidad insuficientes para establecer una práctica consuetudinaria internacional con respecto a la **jurisdicción universal**. Pero esa práctica limitada combinada con el gran número de Estados que tienen jurisdicción penal extraterritorial que también alcanza a personas acusadas de crímenes internacionales, puede constituir una base legal suficiente para concluir que existe a lo menos un deber de procesar o extraditar y, cuando corresponda, de castigar a las personas acusadas o

condenadas de crímenes internacionales. Si se acepta esa proposición, entonces se sigue que cuando los medios jurisdiccionales disponibles no son efectivos, la **jurisdicción universal** debería ser aplicada. Una vez más, este argumento puede no caer bien al purista del derecho internacional, pero a riesgo de caer en el argumento sofista: si ese no es el caso, ¿entonces qué?

Debería agregar que sería válido proponer el argumento que el peso acumulado de las fuentes del derecho internacional, la legislación nacional y las prácticas judiciales pueden ser consideradas suficientes para concluir la existencia de la **jurisdicción universal** para crímenes *jus cogens* y aún otros de carácter internacional.

Finalmente, propongo aquello que los pensadores progresistas del derecho internacional llamarían un argumento de política. Ese argumento, puesto en términos simples, es que en la era de la globalización, la compensación internacional es necesaria para combatir el crimen, sean crímenes internacionales o crímenes domésticos, y la única forma por la cual esto puede ser alcanzado es a través de la obligación de someter a proceso o extraditar, y cuando corresponda castigar, a las personas acusadas o condenadas por un crimen, sea el mismo internacional o nacional. Para implementar dicha política se requiere el cierre de ciertas brechas jurisdiccionales de modo que sea consistente con la conservación del orden legal internacional y el respeto por, y la observancia del derecho internacional de los derechos humanos. El cierre de dichas brechas es a través de la **jurisdicción universal**. Así, una forma de alcanzar el reconocimiento de la **jurisdicción universal** es a través de la obligación de *aut dedere aut judicare*. Esto no disminuye, sin embargo, el reconocimiento de la **jurisdicción universal** como *actio populares* o sobre cualesquiera otras bases legales o políticas.

VII. Conclusión

La evolución histórica de los crímenes internacionales *jus cogens* desde su reconocimiento como ofensivos a ciertos valores a su condena universal y finalmente a su proscripción universal se ha desarrollado en diferentes formas. Pero la evolución histórica distintiva de cada uno de esos crímenes internacionales *jus cogens* no es diferente de aquella de otros crímenes internacionales²³². La emergencia, crecimiento e inclusión en el derecho penal

²³² Cf. *Human Rights Watch*, *supra* nota 1, en 9-10.

Con posterioridad a los genocidios en la ex Yugoslavia y Ruanda, una cantidad de países europeos inició procesos judiciales contra los perpetradores sobre la base de la **Jurisdicción Universal**. En Bélgica, un ruandés, Vincent Ntezimana, fue arrestado y acusado de genocidio. En Alemania, la Alta Corte de Bavaria sentenció a un bosnio serbio, Novislav Djajic, a cinco años de prisión en 1997 en conformidad con los Convenios de Ginebra por ayudar y encubrir el asesinato de catorce hombres musulmanes en Bosnia en 1992. Un ex líder de un grupo paramilitar serbio, Nikola Jorgic, fue condenado por once cargos de genocidio y treinta cargos de asesinato, y sentenciado a prisión perpetua por la Alta Corte de Dusseldorf. Un tercer caso se encuentra pendiente contra un bosnio serbio acusado de genocidio ante la Alta Corte de Dusseldorf. En Dinamarca, el bosnio musulmán Refik Saric se encuentra en la actualidad cumpliendo una sentencia de ocho años por crímenes de guerra, acusado en conformidad con los Convenios de Ginebra de torturar a detenidos en una prisión manejada por croatas en Bosnia en 1993. En el mes de abril de 1999, un tribunal militar suizo condenó a un ciudadano ruandés por crímenes de guerra, pero sostuvo que él no tenía jurisdicción sobre genocidio y crímenes contra la humanidad. Un bosnio serbio fue acusado pero sobreesido de crímenes de guerra. Holanda se encuentra procesando a un bosnio serbio por crímenes de guerra ante un tribunal militar. Francia se encuentra en la actualidad procesando a un sacerdote

criminal internacional positivo pasó a través de diferentes etapas y períodos de gestación²³³. La piratería, esclavitud y crímenes de guerra han evolucionado a lo largo de los siglos a través de prescripciones declaratorias y posteriormente en provisiones de ejecución²³⁴, en tanto que crímenes como el genocidio, *apartheid* y tortura no lo hicieron. Ellos pasaron a ser crímenes internacionales en virtud de su incorporación separada, cada una en una única convención, adoptadas en 1948, 1973 y 1984, respectivamente, sin una anterior gestación en otras etapas de evolución²³⁵. Los crímenes contra la humanidad, sin embargo, tuvieron un corto período de gestación entre 1919, cuando el crimen fue por primera vez propuesto y casi aceptado, y 1945, cuando fue incorporado en el derecho penal internacional positivo en la Carta de Nuremberg²³⁶. Desde entonces ha sido incluido en los estatutos del TPIY, del TPIR y de la CPI, pero aún no hay una convención especializada sobre esa categoría de crímenes como lo hay con respecto a crímenes de guerra, genocidio, *apartheid* y tortura²³⁷. Sin embargo, no todas las convenciones relativas a esos crímenes tienen disposiciones claras, y en algunos casos no contienen ninguna, con respecto a la **jurisdicción universal**. Es su condición como crímenes *jus cogens* lo que implica que la **jurisdicción universal** existe.

La **jurisdicción universal**, como se ha analizado anteriormente, se asemeja a un tablero de damas. Algunas convenciones la reconocen y algunas prácticas nacionales de los Estados demuestran su existencia, pero ella es dispareja e inconsistente. Sobre todo, la práctica de los Estados no refleja su aplicación amplia o coherente.

La confusión acerca de la universalidad es que ella tiene a lo menos cinco significados:

- (1) universalidad de condena por ciertos crímenes;
- (2) alcance universal de la **jurisdicción universal**, la cual podría ser por el crimen internacional por el cual existe condena universal, así como otros;

ruandés, Wenceslas Munyeshyaka, por genocidio, crímenes contra la humanidad, y tortura. Además, en el mes de julio de 1999, la policía francesa arrestó a un coronel mauritano, Ely Ould Dah, quien se encontraba estudiando en un colegio militar francés, sobre la base de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, cuando dos exiliados mauritanos se presentaron y lo identificaron como su torturador. Sin embargo, Ould Dah, libre bajo fianza, se escapó de Francia en marzo de 2000. En febrero de 2000, un tribunal senegalés sometió a proceso al exiliado dictador de Chad, Hissene Habré, por cargos de tortura. En 1997, el Reino Unido arrestó a un doctor sudanés que residía en Escocia por cargos de tortura en Sudán, pero posteriormente dejó sin efecto los cargos, aparentemente por falta de pruebas. En agosto de 2000, México arrestó a Ricardo Miguel Cavallo, un ex oficial militar argentino. El juez Garzón de España ha presentado una solicitud de extradición por Cavallo sobre la base de tortura y “desaparición” de más de 400 personas.

Id. Ver **Jurisdicción Universal** con Respecto a Graves Infracciones a los Derechos Humanos, *supra* nota 1, en 22-29; **Jurisdicción Universal** en Europa, *supra* nota 1, en 16-47.

²³³ Ver Bassiouni, Fuentes y Contenido, *supra* nota 33, en 46-100.

²³⁴ M. Cherif Bassiouni, *Enforcing Human Rights Through International Criminal Law and Through an International Criminal Tribunal* 347 (Louis Henkin y Lawrence Hargrove eds., 1994).

²³⁵ La categoría de crímenes de guerra continúa aumentando para reflejar diferentes prácticas y reglamentaciones más detalladas, no así las prácticas relacionadas con la esclavitud, como se menciona más arriba. Ver *supra* notas 107-131, y texto acompañado.

²³⁶ Ver *supra* nota 33.

²³⁷ Para esa evolución histórica, ver Bassiouni, Crímenes Contra la Humanidad, *supra* nota 26.

- (3) alcance extraterritorial de la jurisdicción nacional (el cual también se puede fusionar con el alcance universal de la legislación nacional);
- (4) alcance universal de los cuerpos sentenciadores internacionales que pueden o no basarse en la teoría de la **jurisdicción universal**; y
- (5) la **jurisdicción universal** de los sistemas legales nacionales sin conexión alguna con el Estado que la aplica como no sea la presencia del acusado.

Probablemente los diversos significados atribuidos a la **jurisdicción universal** explican, entre otras razones, por qué su significado legal está sumido en la confusión. En forma similar, las diversas teorías de jurisdicción extraterritorial que fueron aplicadas por los entes judiciales internacionales y nacionales han contribuido también a esta confusión. Pero los trabajos de los tratadistas agregaron a la confusión cuando ellos expresaron en términos *lex lata* aquello que pudo haber sido *de lege ferenda* o solamente *desiderata* esperada.

Lo que verdaderamente permitió el reconocimiento y la aplicación de la **jurisdicción universal** ha sido la aceptación de la máxima *aut dedere aut judicare* como una máxima internacional *civitas*. La obligación de someter a proceso o extraditar o, cuando correspondiere, castigar a las personas acusadas o condenadas por crímenes internacionales, en particular crímenes *jus cogens* debido a su naturaleza horrenda y a su impacto negativo en la paz y la seguridad, necesariamente conduce al reconocimiento de la **jurisdicción universal** como un medio de alcanzar las metas de *aut dedere aut judicare*.

Los trabajos de los tratadistas han impulsado el reconocimiento de la teoría de la **jurisdicción universal**, en especial por crímenes internacionales *jus cogens*. Estos escritos reflejan posiciones universalistas idealistas, así como también perspectivas políticas pragmáticas.

La combinación de fuentes de derecho internacional y nacional ha producido un efecto acumulativo suficiente para justificar el reconocimiento de la **jurisdicción universal** para los crímenes *jus cogens*. La **jurisdicción universal** representa el método más efectivo para frenar y prevenir los crímenes internacionales mediante el incremento de la probabilidad de procesamiento y castigo de sus autores. Este enfoque de la responsabilidad penal internacional también se considera que es un factor en la reducción de la impunidad para los autores de estos crímenes²³⁸.

Existe una interacción dinámica entre: (1) las normas internacionales y nacionales de derecho penal internacional; (2) los procesos internacionales y nacionales para la aplicación del derecho penal internacional; y (3) cooperación de los actores estatales y no estatales en el desarrollo de las normas y los procesos y en su implementación. Esta interacción dinámica está rompiendo la compartimentalización tradicional entre la ley internacional y la ley

²³⁸ El único método lógico para tratar estos problemas de desigual desarrollo del derecho penal internacional es codificarlo, pero desgraciadamente parece que los gobiernos no respaldan esta proposición, y en consecuencia el derecho penal internacional continuará sufriendo una cantidad de deficiencias legislativas y de otra naturaleza. Ver, por ejemplo, M. Cherif Bassiouni, *A Draft International Criminal Code and a Draft Statute for an International Criminal Tribunal* (1987).

nacional²³⁹. Como resultado de ello, se han desarrollado normas y procesos híbridos que incluyen características tanto internacionales como nacionales e incorporan los papeles de respaldo combinados de los actores estatales y no estatales en el desarrollo de normas y procesos, así como en su implementación. Esta relación dialéctica, que algunos denominan “complementaridad”, es, sin embargo, aún más compleja. Ella constituye un proceso amorfo y cambiante que es difícil de definir, predecir o evaluar, como no sea reconociendo que es a la vez cambiante y evolutiva. El hecho de que ella es, en parte, el producto de factores contingentes circunstanciales y ocasionales, no disminuye su continuado crecimiento.

Los supuestos y metas políticas sobre **jurisdicción universal** son que cuando tal mecanismo jurisdiccional es utilizado por un gran número de Estados, puede prevenir, desincentivar, castigar, hacer rendir cuentas y reducir la impunidad para algunos crímenes internacionales, y que ello puede acrecentar las perspectivas de justicia y paz. Independientemente de la naturaleza fragmentada del reconocimiento y la aplicación de la **jurisdicción universal** en la legislación y la práctica internacional y nacional, los argumentos políticos esgrimidos en su favor, especialmente a la luz del registro histórico de la impunidad que ha beneficiado a tantos de los autores de estos crímenes por tanto tiempo, apoyan su aplicación. Pero no puede permitirse que la **jurisdicción universal** llegue a ser un fuego griego, incontrolado en su aplicación y destructivo de los procesos legales internacionales²⁴⁰. Si tal fuere el caso, produciría conflictos de jurisdicción entre Estados con el potencial para amenazar el orden global, sujetar a los individuos a abusos de procesos judiciales, violar los derechos humanos y dar lugar a persecuciones motivadas políticamente y a la denegación de

²³⁹ Ver Jennifer L. Balint, “The Place of Law in Addressing International Regime Conflicts”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 103 (1996); M. Cherif Bassiouni, “Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 9 (1996); Bassiouni, Crímenes *Jus Cogens*, supra nota 33; Madeline H. Morris, “International Guidelines Against Impunity: Facilitating Accountability”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 29 (1996); Douglass Cassel, “Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 197 (1996); Mark S. Ellis, “Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 181 (1996); Priscilla B. Hayner, “International Guidelines for the Creation and Operation of Truth Commissions: A Preliminary Proposal”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 173 (1996); Joyner, supra nota 15; Neil J. Kritz, “Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 127 (1996); Stephan Landsman, “Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: Of Prosecution and Truth Commissions”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 81 (1996); W. Michael Reisman, “Legal Responses to Genocide and Other Massive Violations of Human Rights”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 75 (1996); Naomi Roht-Arriaza, “Combating Impunity: Some Thoughts on the Way Forward”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 93 (1996); Michael Scharf, “The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes”, 69 *Law & Contemp. Probs.* 41 (1996); ver también “Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference, 17-21 September 1998”, en 14 *Nouvelles Etudes Pénales* (Christopher C. Joyner, ed., 1998); Diane F. Orentlicher, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *Yale L. Rev.* 2537 (1991).

²⁴⁰ Ver Thomas M. Franck, “Legitimacy in the International System”, 82 *Am. J. Int'l L.* 705, 707 (1988).

El sistema internacional de Estados es fundamentalmente diferente de cualquier comunidad nacional de personas y de entidades corporativas. No es de ayuda ignorar esas diferencias o asirse a la noción objetivante que los Estados son “personas” análogas a los ciudadanos de una nación. Algunas de las diferencias son de gran interés potencial. En una nación, Maquiavelo hizo notar, “no puede haber buenas leyes donde no hay buenas armas”. En la comunidad internacional, sin embargo, existen amplios signos que hay normas que no se hacen cumplir por “buenas armas” y que son, sin embargo, capaces de obligar a los Estados y, muy a menudo, aun de alcanzar un cumplimiento habitual.

Id. (nota de pie de página omitida).

justicia. Adicionalmente, existe el peligro de que la **jurisdicción universal** pueda ser percibida como una jurisdicción hegemónica ejercitada principalmente por algunas potencias occidentales contra personas de naciones en vías de desarrollo.

Para evitar estas y otras consecuencias negativas, mientras al mismo tiempo se refuerzan las consecuencias positivas de una aplicación ordenada y efectiva de la **jurisdicción universal**, se hace indispensable acordar normas que regulen el empleo de esta teoría acceso por parte de los Estados y de entes judiciales internacionales²⁴¹. Primeramente, deberían desarrollarse directrices que con el transcurso del tiempo puedan ganar consenso entre los tratadistas y, en último término, entre los gobiernos. En esa etapa, debería redactarse una convención internacional de modo que esas directrices puedan transformarse en derecho internacional positivo.

La historia del derecho internacional contemporáneo está repleta de ejemplos de iniciativas por parte de estudiosos y ONGs que han puesto en movimiento un proceso que ha madurado en legislación internacional convencional. El Proyecto Princeton sobre **Jurisdicción universal**, cuyos Principios Relativos a la **Jurisdicción Universal** se encuentran adjuntos, constituye una de estas instancias, y cabe esperar que conduzcan a una convención internacional con respecto a la **jurisdicción universal** para crímenes internacionales *jus cogens* y otros que incluya prioridades jurisdiccionales, establezca normas para resolver conflictos de jurisdicción y minimice la posibilidad de que se someta a individuos a procesamientos múltiples, abusos procesales y negación de justicia²⁴².

Como el filósofo francés Pascal dijo una vez, “Cada costumbre tiene su origen en un único acto,” y en este caso existe amplia evidencia de muchos actos. Sin embargo, es su efecto acumulativo el que confiere peso a la proposición de que la **jurisdicción universal** es parte del derecho internacional consuetudinario. No obstante ello, el hecho de que existe un

²⁴¹ Esto destaca una importante razón por qué la **jurisdicción universal** no debería ser ejercida con respecto a la totalidad de los crímenes internacionales.

²⁴² La serie de *Restatements* de ciertos aspectos del derecho de los Estados Unidos es un modelo interesante. Sin embargo, dado que no existe un *Restatement* sobre derecho penal, la analogía más cercana es el *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, el cual, en la Sección 6, incluye un enfoque de políticas públicas sobre la elección de la ley que debe aplicarse. Ella señala:

- (1) Un tribunal, sujeto a restricciones constitucionales, seguirá una directriz legal de su propio Estado sobre elección de la ley aplicable.
- (2) Cuando no existe dicha directriz, los factores relevantes de la elección de la norma legal aplicable incluyen:
 - (a) las necesidades de los sistemas interestatales e internacionales,
 - (b) las políticas relevantes del forum,
 - (c) las políticas relevantes de otros Estados interesados y los intereses relativos de esos Estados en la determinación de la materia específica,
 - (d) la protección de las expectativas justificadas,
 - (e) las políticas básicas subyacentes del campo del derecho en particular,
 - (f) la certeza, la predecibilidad y la uniformidad del resultado, y
 - (g) la facilidad en la determinación y la aplicación de la ley a ser aplicada.

Restatement (Second) of Conflict of Laws 6 en 10 (1971). En tanto que dicho enfoque de elección de la ley aplicable puede funcionar en un sistema federal ligado a una Constitución que contiene una cláusula de “total fe y crédito”, Const. de los EE.UU. art. IV, 1, él no puede funcionar en forma efectiva en el nivel del derecho internacional. En consecuencia, un enfoque normativo más fuerte puede ser más apropiado en el contexto internacional.

reconocimiento de la **jurisdicción universal** en el derecho internacional consuetudinario no implica que ella pueda ser ejercida con respecto a la totalidad de los crímenes internacionales o que ella pueda ser ejercida por todos los Estados sin limitaciones. El problema de a cuáles crímenes se aplica la **jurisdicción universal** permanece todavía como una cuestión no resuelta, a pesar de que hay un acuerdo más generalizado en el sentido de que ella incluye la piratería, esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio y, por convención, la tortura y algunos crímenes de terrorismo internacional. Adicionalmente, el derecho internacional consuetudinario no ha todavía resuelto el problema de si requiere la existencia de un nexo con el Estado que la aplica, tal como la presencia del acusado en su territorio. Existen también otros problemas que permanecen sin resolver, así como la inmunidad temporal de los jefes de Estado y diplomáticos, una cantidad de materias relativas a los derechos del individuo para prevenir procesamientos vejatorios y múltiples, así como cómo garantizar el debido proceso y la ecuanimidad en el curso de procesos basados en la **jurisdicción universal**. En consecuencia, puede decirse que el reconocimiento de la **jurisdicción universal** en el derecho internacional consuetudinario se encuentra en la primera etapa de evolución, y que ella debe ser seguida por otras etapas necesarias para clarificar los derechos y las obligaciones de los Estados en el ejercicio de esta forma de jurisdicción extraterritorial con el objeto de maximizar el beneficio de la **jurisdicción universal** y eliminar su potencial para abusos.

VIII. Apéndice

Los Principios de Princeton sobre **Jurisdicción Universal**

Los participantes en el Proyecto Princeton sobre **Jurisdicción universal** proponen los siguientes principios con el propósito de contribuir a la continua evolución del derecho internacional y a la aplicación del mismo por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales:

Principio 1 * Fundamentos de la **Jurisdicción Universal**

1. A efectos de los presentes principios, se entenderá por **jurisdicción universal** la jurisdicción penal basada únicamente en la naturaleza del crimen, indistintamente de dónde hubiera sido cometido dicho crimen, de la nacionalidad del presunto o culpable perpetrador, de la nacionalidad de la víctima, o de cualquier otro vínculo con el estado que ejerza tal jurisdicción.

2. La **jurisdicción universal** puede ser ejercida por un órgano judicial competente y ordinario de cualquier estado para el enjuiciamiento de una persona debidamente acusada de haber cometido graves crímenes bajo el derecho internacional, tal cual se especifica en el Principio 2(1), siempre que la persona se halle ante tal órgano judicial.

3. Un estado puede invocar la **jurisdicción universal** como fundamento para obtener la extradición de una persona acusada o condenada por la comisión de un crimen grave bajo el derecho internacional tal cual se especifica en el Principio 2(1), siempre que haya quedado establecida, *prima facie*, su culpabilidad y que la persona cuya extradición se pretende vaya a ser juzgada o que el castigo se imparta de conformidad con las disposiciones y normas internacionales sobre protección a los derechos humanos de aplicación en el contexto de los procedimientos penales.

4. Al ejercer la **jurisdicción universal** o al basarse en la **jurisdicción universal** para conseguir la extradición, los estados y sus órganos judiciales observarán las normas internacionales del debido proceso, entre otras, las relativas a los derechos del acusado y las víctimas, el carácter justo de los procedimientos y la independencia e imparcialidad del poder judicial (en adelante “normas internacionales del debido proceso”).

5. Los estados ejercerán la **jurisdicción universal** de buena fe y de conformidad con sus derechos y obligaciones bajo el derecho internacional.

Principio 2 * Crímenes Graves bajo el Derecho Internacional

1. A los efectos de presentes Principios, se tendrá por crímenes graves bajo el derecho internacional: (1) la piratería; (2) la esclavitud; (3) los crímenes de guerra; (4) los crímenes contra la paz; (5) los crímenes contra la humanidad; (6) el genocidio; y (7) la tortura.

2. La aplicación de la **jurisdicción universal** a los crímenes enumerados en el párrafo 1 se llevará a cabo sin perjuicio de la aplicación de la **jurisdicción universal** a otros crímenes bajo el derecho internacional.

Principio 3 * Activación de la **Jurisdicción Universal** en Ausencia de Legislación Nacional

Con respecto a los crímenes graves bajo el derecho internacional tal cual se especifican en el Principio 2(1), los órganos judiciales nacionales pueden basarse en la **jurisdicción universal** incluso si su legislación nacional no la contempla específicamente.

Principio 4 * Obligación de Coadyuvar al Derecho a la Justicia

1. Los estados cumplirán con todas las obligaciones internacionales que sean de aplicación al enjuiciamiento o la extradición de personas acusadas de/ o condenadas por/ crímenes bajo el derecho internacional; tales obligaciones se satisfarán de conformidad con un proceso jurídico que se ajuste a las normas internacionales sobre el debido proceso, suministrando a otros estados que se hallen investigando o enjuiciando tales crímenes cuantos medios estén a su disposición de cara a la colaboración administrativa o judicial, y adoptando cuantas otras medidas resulten necesarias y apropiadas y sean coherentes con las normas y estándares internacionales.

2. Los estados, en el ejercicio de la **jurisdicción universal**, pueden, a efectos de enjuiciamiento, solicitar asistencia judicial para recabar pruebas de otro estado, siempre y cuando el estado requirente obre de buena fe y que el uso que se haga de las pruebas que se solicitan sea acorde a las normas internacionales del debido proceso.

Principio 5 * Inmunidades

Con respecto a los crímenes graves bajo el derecho internacional tal cual se especifican en el Principio 2(1), el cargo oficial de cualquiera de las personas acusadas, sea Jefe de Estado o de Gobierno, o miembro de un gobierno, en ningún caso las eximirá de responsabilidad penal ni será motivo de reducción de pena.

Principio 6 * Términos legales de Prescripción

Los términos legales de prescripción u otras formas de prescripción no serán de aplicación a los crímenes graves bajo el derecho internacional tal cual se enumeran en el Principio 2(1).

Principio 7 * Amnistías

1. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los estados de perseguir judicialmente a las personas responsables de crímenes graves bajo el derecho internacional, tal cual se especifican en el Principio 2(1).

2. El ejercicio de la **jurisdicción universal** respecto de los crímenes graves bajo el derecho internacional, tal cual se especifican en el Principio 2(1), no se verá afectado por

amnistías que son incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales del estado concedente.

Principio 8 * Resolución de Concurrencia de Jurisdicciones Nacionales

En caso de que más de un estado posea, o pueda afirmar, su jurisdicción sobre una persona y si el estado bajo cuya custodia se halle la persona en cuestión no pudiera basar su jurisdicción más que en el principio de universalidad, ese estado, o sus órganos judiciales, basarán su decisión, a la hora de decidir si juzgar o extraditar, en el equilibrio agregado entre los siguientes criterios:

- (a) obligaciones derivadas de tratados, sean de carácter multilateral o bilateral;
- (b) el lugar de comisión del crimen;
- (c) el vínculo de nacionalidad del presunto perpetrador con el estado requirente;
- (d) el vínculo de nacionalidad de la víctima con el estado requirente;
- (e) cualquier otro vínculo entre el estado requirente y el presunto perpetrador, el crimen o la víctima;
- (f) la probabilidad, buena fe y efectividad de enjuiciamiento en el estado requirente;
- (g) la justicia e imparcialidad del procedimiento en el estado requirente;
- (h) la conveniencia para las partes y testigos, así como la disponibilidad de pruebas en el estado requirente; y
- (i) el interés de la justicia.

Principio 9 * *Non Bis In Idem*

1. En el ejercicio de la **jurisdicción universal**, los estados o sus órganos judiciales garantizarán que toda persona que esté sujeta a un proceso penal no quedará expuesta a múltiples enjuiciamientos o castigo por razón de la misma conducta criminal siempre y cuando los procesos penales previos u otros procesos judiciales hayan sido conducidos de buena fe y de conformidad con las normas y estándares internacionales. Los enjuiciamientos falsos o los castigos irrisorios derivados de una condena u otros procesos judiciales no se considerarán comprendidos bajo este Principio.

2. Los estados reconocerán la validez del adecuado ejercicio de la **jurisdicción universal** por otro estado y reconocerán la sentencia final dictada por un órgano judicial nacional competente y ordinario, o por un órgano judicial internacional competente, que ejerza tal jurisdicción de conformidad con las normas internacionales del debido proceso.

3. Toda persona juzgada o condenada por un estado en el ejercicio de la **jurisdicción universal** por crímenes graves bajo el derecho internacional tal cual se especifican en el Principio 2(1), tendrá el derecho y la posibilidad legal de elevar ante cualquier órgano judicial nacional o internacional la queja de *non bis in idem* en oposición a cualquier otro proceso penal.

Principio 10 * Motivos para el Rechazo de la Extradición

1. Los estados o sus órganos judiciales rechazarán la admisión de una solicitud de extradición basada en la **jurisdicción universal** si existiera probabilidad de que la persona buscada se enfrente a una sentencia de pena de muerte o sea sometida a tortura o cualquier otro trato o pena cruel, inhumano o degradante, o si existiera la posibilidad de que la persona en cuestión sea sometida a falsos procesos en los que se violen las normas internacionales del debido proceso y no se otorguen garantías satisfactorias en contrario.

2. El estado que rechace la extradición sobre la base de este Principio enjuiciará, cuando así lo permita el derecho internacional, al individuo acusado de un crimen grave bajo el derecho internacional tal cual se especifica en el Principio 2(1), o extraditará a tal persona a otro estado en donde el proceso pueda llevarse a cabo sin exponerle a él o a ella a los riesgos referidos en el párrafo 1.

Principio 11 * Adopción de Legislación Nacional

Los estados promulgarán, caso de ser necesario, la legislación nacional que posibilite el ejercicio de la **jurisdicción universal** y la aplicación de estos Principios.

Principio 12 * Inclusión de la **Jurisdicción Universal** en Tratados Futuros

En todos los tratados futuros, y en los protocolos a los tratados ya existentes, relacionados con crímenes graves bajo el derecho internacional tal cual se especifican en el Principio 2(1), los estados incluirán disposiciones para la **jurisdicción universal**.

Principio 13 * Fortalecimiento de la Persecución Judicial y la **Jurisdicción Universal**

1. Los órganos judiciales nacionales contribuirán al derecho interno de manera tal que sea coherente con estos Principios.

2. Ninguno de estos Principios puede interpretarse en el sentido de que limite los derechos y obligaciones que tiene un estado de prevenir o castigar, a través de los medios legítimos reconocidos bajo el derecho internacional, la comisión de crímenes bajo el derecho internacional.

3. Estos Principios no pueden interpretarse en el sentido de que limiten el continuo desarrollo de la **jurisdicción universal** en derecho internacional.

Principio 14 * Arreglo de Controversias

1. De conformidad con el derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas, los Estados arreglarán las controversias derivadas del ejercicio de la **jurisdicción universal** que puedan surgir entre ellos por todos los medios disponibles de arreglo pacífico de controversias y, concretamente, sometiendo la controversia a la Corte Internacional de Justicia.

2. En tanto en cuanto el asunto en disputa siga pendiente de resolución, el estado que pretenda ejercer la **jurisdicción universal** no procederá a la detención de la persona acusada, ni solicitará su detención por otro estado, a menos que exista un riesgo razonable de fuga y no se puedan hallar otros medios razonables que garanticen la eventual comparecencia de esa persona ante los órganos judiciales nacionales del estado que pretende ejercer su jurisdicción.

Reconciliación ¿A qué Costo? Los Logros de la Comisión de Verdad y Reconciliación*

Alex Boraine

Muchos de los comentaristas que han elogiado la Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR), también han criticado un aspecto particular de su trabajo. Se trata básicamente de lo siguiente: efectivamente, la Comisión ha dado a conocer algunas categóricas verdades y ha revelado conocimientos significativos sobre nuestro pasado; sin embargo, ha ofrecido muy poco en lo que concierne a reconciliación.

En respuesta a una encuesta evaluando el impacto de la Comisión, Athol Jennings, el ex director de Vuleka Trust afirmó que "la CVR ha sido efectiva en revelar la verdad. La parte referida a la reconciliación parece ser más bien una idea añadida a última hora"¹. En un artículo despachado desde Johannesburgo, Gilbert A. Lewthwaite del *Baltimore Sun*, escribió "la Comisión de Verdad y Reconciliación terminará mañana su investigación sobre el pasado de esta nación luego de haber descubierto verdades aterradoras y no mucha reconciliación"². R.W. Johnson, quien ha sido un duro crítico de la CVR desde sus inicios, hizo sus comentarios sobre la Comisión justo después de que el informe final fue entregado al Presidente Mandela. En un artículo publicado por el *New York Times*, argumentaba que "El informe final de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica - un veredicto de 3.000 páginas sobre la era del *apartheid* que fue dado a conocer el viernes - parece haber avanzado algo en cuanto a la verdad, pero muy poco en cuanto a la reconciliación"³. Yo me encontraba en Nueva York en ese momento y cuando leí la columna, escribí lo siguiente al editor:

"La historia juzgará si las críticas de Johnson son acertadas o no. Aun así, vale la pena hacer dos aclaraciones al respecto. La primera es que, si bien la verdad no siempre lleva a la reconciliación, no puede existir una reconciliación genuina y duradera sin verdad. Por cierto, las mentiras, verdades a medias o negaciones de la verdad no son los cimientos deseables sobre los cuales construir la nueva Sudáfrica. En segundo lugar, es ampliamente aceptado que no es posible que una comisión por sí sola, con tiempo de acción y recursos limitados, pueda

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de *Oxford University Press, Southern Africa*.

¹ Hugo van der Merwe, Polly Dewhirst y Brandon Hamber, "The Relationship between Peace/Conflict Resolution Organizations and the Truth and Reconciliation Commission: An Impact Assessment" [paper preparado para International Study of Peace Organizations-SA, financiado por el Aspen Institute, abril 1998].

² *Baltimore Sun*, 30 de julio de 1998.

³ *New York Times*, 3 de noviembre de 1998.

lograr una reconciliación en el contexto de un pasado marcado por décadas de opresión, conflicto y profundas divisiones”⁴.

En un tono más serio y reflexivo, el *Times* de Londres publicó un editorial cuando el informe de la Comisión fue dado a conocer. El editorial alaba dicho informe y afirma:

“Algunas veces un documento oficial puede capturar verdaderamente la esencia de una era. El informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica ha hecho mucho por ilustrar tanto el carácter corrupto del *apartheid* como el grado en que esa maldad sirvió como excusa para la violencia tanto entre como en contra de la mayoría negra”.

El editorial resalta que a resultas de estas revelaciones la Comisión no cuenta con la simpatía de la mayoría de los partidos políticos, pero agrega que “El propósito de la Comisión era la búsqueda de la verdad, no ganar popularidad entre los partidos políticos”. De manera significativa, el editorial añade:

“Los críticos - negros y blancos - han alegado que se ha enfatizado la verdad a expensas de la reconciliación. No se puede defender este argumento. Habría sido inexcusable censurar material incriminatorio simplemente para evitar una situación embarazosa a los líderes sudafricanos del pasado y presente. Cualquier intento de llevar a cabo semejante ejercicio hubiera llevado inmediatamente a la acusación de una actitud de prejuicio político. Es difícil ver cómo una letanía de mentiras podría haber servido como el cimiento de una reconciliación con sentido”.

El editorial concluye que “Ningún comité podrá absolver jamás el horror de las atrocidades del pasado. Puede apuntar hacia un futuro más civilizado - y en este caso, eso es lo que ha hecho”⁵.

El título que el *New York Times* dio a su editorial sobre el informe de la Comisión fue “Las verdades dolorosas de Sudáfrica”. El editorial lo describe como “la más completa e implacable revisión del terrible pasado de una nación que alguna Comisión semejante haya producido hasta ahora... [H]a cumplido con su mandato de dar a conocer la verdad en su máxima extensión posible, razón por la cual todos los partidos políticos en Sudáfrica la han criticado”. El editorial continúa diciendo,

⁴ *New York Times*, 5 de noviembre de 1998. Johnson, revelando un extraordinario sesgo, incluye una cantidad de errores fácticos en su artículo. Pero el peor aspecto fue su afirmación que F.W. de Klerk fue “interpelado en el estrado durante seis horas seguidas sin descanso (siendo un fumador compulsivo, le fue negado hasta un descanso para fumar)”. En mi respuesta al editor del *New York Times*, señalé que “la queja de que a de Klerk se le prohibió fumar un cigarrillo cuando se presentó ante la Comisión no es sólo frívola, sino que obscena. Aún si hubiese sido verdad, cosa que no lo es, se hace insignificante al considerar que miles de sudafricanos fueron perseguidos, detenidos sin juicio, torturados y asesinados por agentes del Estado del cual el Sr. de Klerk fue ministro y luego Presidente”.

⁵ *The Times*, 31 de octubre de 1998.

“La controversia se ha sumado a quejas generalizadas que reclaman que la Comisión no ha ayudado en el proceso de reconciliación. Esto es erróneo. La verdadera reconciliación, que sucede cuando la sociedad no sigue paralizada como consecuencia del pasado y las personas pueden trabajar y vivir en comunidad, no puede estar basada en el silencio. Ninguna sociedad puede volver a ser saludable si se tapiza un dolor tan fuerte como el que los sudafricanos han tenido que sufrir. Un debate vigoroso e informado sobre la complicidad y los crímenes de la era del *apartheid* es necesario aún cuando sea incómodo”.

Con una perspicacia no comúnmente demostrada por los que comentan sobre la CVR, el editorial reconoce el proceso de sanación alcanzado por el trabajo de la Comisión:

“Las mismas audiencias que permitieron a las víctimas de violaciones de los derechos humanos contar sus historias en público, ayudaron al país a sanarse y abrir los ojos de muchos blancos a la desagradable verdad sobre el *apartheid*. El proceso de amnistía, aunque ha permitido que importantes criminales escapen de la justicia, está logrando que las familias sepan exactamente lo que sucedió con sus seres queridos en docenas de casos que probablemente nunca hubieran ido a juicio en el frágil sistema judicial sudafricano”.

El editorial concluye que “No existe Comisión alguna que pueda transformar una sociedad tan torcida como lo era la sudafricana, pero la Comisión de Verdad es el mejor esfuerzo que el mundo ha visto y Sudáfrica está mejor a consecuencia de ella”⁶.

Phylicia Oppelt, una periodista sudafricana que escribe para el *Washington Post*, critica fuertemente a la Comisión, particularmente por haber otorgado amnistías a aquellos culpables por violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, de manera interesante concluye que:

“Para mí la Comisión tiene un, y sólo un, logro... y no estoy segura si es sano o no... [H]asta sus inicios, yo nunca había narrado incidentes personales de la manera en que lo hago ahora. Tampoco había examinado los costos personales. Nunca ha habido tiempo. Pero ahora a menudo tengo visiones sobre lo mucho que he perdido creciendo en Sudáfrica. Ahora más que nunca soy consciente del abismo que existe entre la Sudáfrica blanca y negra. La Comisión, en su conquista de la verdad, no ha sanado mis heridas. Ha abierto algunas que nunca supe que tenía”⁷.

Hay muchos que podrían argumentar que un logro de la Comisión no fue el de perpetuar el mito de la así llamada nación arco iris donde todo el mundo dice quererse mutuamente, sino de revelar las serias divisiones que existen; el reconocimiento de dichas divisiones es el primer paso para superarlas. Se puede añadir que una persona que nunca ha logrado enfrentar sus profundos sufrimientos y rabias será afectada para siempre por recuerdos

⁶ *New York Times*, 1 de noviembre de 1998.

⁷ *Washington Post*, 13 de septiembre de 1998.

sin resolver. Yo pienso que la Comisión puede exigir algo de reconocimiento por ayudar a muchos a enfrentar la verdad del pasado, con todo su horror y vergüenza, no para quedarse ahí, sino para hacer algo al respecto y tomar pasos hacia una mejor existencia. El solo hecho de reconocer la rabia puede sanar tanto como el desahogo del sufrimiento y la pena.

El abogado defensor Richard Penwill, en una reflexión sobre la capacidad que tiene la CVR de lograr reconciliación y otras cosas que las cortes no pueden hacer, habla sobre su aprensión cuando supo que la Comisión había sido establecida, y de su temor a que ésta sólo pudiera hacerle daño al futuro de Sudáfrica en vez de resolver alguno de sus problemas. Sin embargo, en sus escritos de comienzos de 1998, cuando la Comisión llevaba poco más de dos años, reconoce que ha cambiado de parecer. Escribe lo siguiente:

“A diferencia de una corte, la meta de la Comisión no es tanto lograr un objetivo como sí un proceso. Este proceso no fue diseñado con el propósito de la recriminación sino más bien buscaba enfrentar y reconocer las heridas e injusticias del pasado. Es bajo esta luz que surge el panorama de una nueva institución que ha alcanzado lo que una corte nunca lograría”.

Penwill continúa: “Lograr la reconciliación es un proceso que requiere enfrentar la verdad y luego buscar superar las diferencias, sanar y lograr que se entiendan los unos con los otros”. Y añade que:

“Un logro notable de la política abierta de la CVR de escuchar evidencia, es que un enorme número de víctimas y sus familias ha podido presentarse y contar sus historias. Muchas veces estas historias no han formado parte de una investigación o juicio, y si lo han sido, han sido escuchadas por muy pocas personas. Muchos de los testimonios han consistido en descripciones profundamente conmovedoras de sufrimiento humano, que de otra manera no habrían sido conocidas ni aceptadas ampliamente por el resto de la sociedad. El mensaje ha sido una clara imagen de la cara trágica de Sudáfrica”.

El abogado reconoce que muchos sudafricanos se han sentido perturbados ante el otorgamiento de amnistías, pero concluye que, “uno de los aspectos más notoriamente exitosos del sistema de amnistías es que ha estimulado a las personas a dar testimonio, lo que ha dado como resultado la posibilidad de escuchar evidencia que de otra manera nunca hubiese visto la luz del día”⁸.

Penwill hace referencia a sus propias experiencias en la práctica de la abogacía. Habla de muchos clientes que se le acercaron diciendo que su “confesión” había sido el resultado de tortura por parte de la policía. Una forma de tortura que le describieron con frecuencia fue la práctica de poner una bolsa sobre la cabeza del sospechoso y amenazarlo(a) de muerte por asfixia. Aun cuando muchas de esas historias fueron relatadas en la corte, la policía en sus informes negaba que alguna vez hubiera estado involucrada en algún tipo de tortura, y en la mayoría de los casos fue su palabra la aceptada por la corte. Penwill se refiere en particular a

⁸ Richard Penwill, en *Track Two* 6, 3-4 (Centre for Conflict Resolution, University of Cape Town, diciembre de 1997), p. 27.

una audiencia ante el Comité de Amnistía en la que un policía finalmente admitió haber practicado este tipo de tortura y de hecho hizo una demostración del horroroso proceso no sólo frente al Comité de Amnistía sino ante las cámaras de televisión⁹. Penwill concluye, “finalmente, el silencio alrededor del método de la “bolsa mojada” ha sido roto públicamente y muchas víctimas se sentirán exoneradas y encontrarán algún consuelo al saber que por fin la policía ha admitido esta práctica y que todo el mundo ha podido verla con sus propios ojos”. El abogado se impresionó tanto con el proceso de la CVR y su promoción de la reconciliación que insiste que “una vez que la CVR haya terminado su trabajo, consideremos seriamente la creación de un organismo permanente que podría ser conocido como la Junta para la Verdad y la Reconciliación - que podría protegernos contra malas acciones en el futuro”¹⁰.

Como lo indiqué anteriormente, mi primera reacción a las críticas que se han hecho a la CVR referente a algunos logros en cuanto a la verdad, pero poco o nada en cuanto a reconciliación, ha sido reconocer esto y aclarar que la Comisión nunca afirmó que sería capaz de reconciliar al país; la reconciliación es un proceso que tiene que ser alcanzado por toda la comunidad sudafricana. Pero desde esas primeras reacciones, he podido pensar mucho al respecto y he concluido que tuve una actitud muy defensiva. Pensando en el caso de Sudáfrica, con sus muchas divisiones y su pasado amargo, y mientras me preguntaba qué podría escribir sobre el tema de la reconciliación, de pronto me di cuenta que es completamente absurdo sugerir que el proceso de reconciliación no ha comenzado aún en Sudáfrica. De hecho, se inició antes que la Comisión fuera creada. La reconciliación, entendida como la resolución de conflictos, empezó con el anuncio que hizo el Presidente de Klerk ante el Parlamento el 2 de febrero de 1990, donde levantó la prohibición a los movimientos de liberación, señaló que los prisioneros políticos serían dejados libres, y que las negociaciones empezarían. Éste fue el comienzo, y un comienzo muy importante, de la reconciliación en Sudáfrica. Si se hace una comparación entre Sudáfrica antes y después de 1994, es necesario reconocer que no somos el mismo país, que el conflicto mayor, que de manera devastadora y desesperanzada dividió a nuestra sociedad, ha sido resuelto. Sin embargo, examinando el periodo posterior a 1990, se puede apreciar que la reconciliación es un proceso, y uno que es extraordinariamente difícil. El período entre 1990 y 1994 se caracterizó por encuentros y rupturas, discusiones, distanciamientos, desacuerdos, amenazas, advertencias, y - ensombreciendo las discusiones políticas - la explotación e intentos de debilitar el proceso por parte de aquellos que estaban empeñados en hacer que no funcionara, o peor aún, se caracterizó por innumerables casos de violencia sangrienta.

Las primeras elecciones democráticas en 1994 marcaron un hito. Por un instante los sudafricanos se pararon en la cima de la montaña siendo testigos de unas elecciones espectaculares, donde casi no hubo violencia, y observando con asombro la transformación que había comenzado. Fue una experiencia sobrecogedora y emocionante, pero no se podía estar en esa cima para siempre porque había mucho trabajo por hacer abajo en el valle. Después de 1994, Sudáfrica ha experimentado cierta amargura por parte de algunos de los perdedores, algo de indulgencia por parte de los ganadores, incidentes raciales, reclamos, búsqueda de culpables, inconformismo, emigración. La lista es interminable. Los delitos

⁹ Esta demostración ocurrió durante la audiencia de amnistía del Capitán Jeffrey Benzien en Ciudad del Cabo, el 14 de julio de 1997.

¹⁰ Richard Penwill, en *Track Two 6*, 3-4, p. 47.

comunes han aumentado y la corrupción es una mancha sobre el nuevo panorama democrático. La reconciliación no es entonces una escalera mecánica segura que de manera consistente y estable va ascendiendo. Es un proceso de tropiezos y ajustes, en el que se avanza y se retrocede, en el que se alcanzan alturas y luego se cae hondo. Sin embargo, ya cuando se mira hacia atrás, con posterioridad al año 1994, se puede ver una madurez creciente. Esto fue particularmente evidente en las elecciones de 1999. Sudáfrica ha sido testigo de una transformación de los patrones de votación tradicionales, y los grupos blancos de derecha, que siempre habían parecido tan amenazantes, han casi desaparecido. Los afrikaners blancos han tomado nuevas decisiones en cuanto a sus lealtades políticas. Los así llamados sudafricanos “*coloured*”, muchos de los cuales habían apoyado al Partido Nacional en las elecciones anteriores, votaron por otros partidos de oposición incluyendo el mismo Congreso Nacional Africano (*African National Congress* - ANC). Esto forma parte de la reconciliación, pero se trata de un proceso, un viaje extraordinario e intensamente doloroso.

El Profesor Jakes Gerwel entra en la discusión sobre reconciliación en Sudáfrica y en particular sobre la CVR desde un ángulo ligeramente diferente al afirmar que:

“En su informe, la CVR reconoce que le fue imposible “reconciliar a la nación” por limitaciones de tiempo, recursos y mandato. Esta última es la limitación más importante y decisiva dado que la Comisión no fue mandatada con un inicio o conclusión, sino con la promoción de la unidad nacional y la reconciliación, esto es, avanzar y facilitar un proceso o un resultado”.

Sin embargo añade:

“A pesar de la complejidad de sus divisiones y diferencias de distinto tipo, nivel e intensidad, no se puede decir que Sudáfrica sea un país que no se ha reconciliado, en el sentido de estar amenazado por una inminente desintegración o por conflictos destructivos. Por el contrario, en el contexto de los asuntos mundiales sirve como un señero ejemplo del éxito de un país con diversidad étnica y racial, historias de conflictos e intereses fuertemente competitivos, que ha resuelto sus conflictos potencialmente destructivos de manera consensual y que ha demostrado internamente tener la voluntad política y los medios institucionales de cohesión”.

Gerwel hace referencia a dos puntos importantes. El primero es reconocer y recordar que nunca se esperaba que la Comisión fuera a reconciliar la nación, que el proceso de reconciliación se inició antes de su creación y que su tarea era facilitar la continuación, desarrollo y promoción de dicha reconciliación dentro de todos los sectores de la sociedad. En segundo lugar, reconoce que hay un camino muy largo a seguir en el proceso de reconciliación: “Aunque muchas víctimas individuales y autores de graves violaciones a los derechos humanos no se han reconciliado, y los recuerdos grupales de discriminación probablemente permanecerán en la memoria por mucho tiempo, el país ha progresado significativamente en el camino de la reconciliación política”. Sin embargo, Gerwel establece con mucha convicción que en la obsesión por la reconciliación perfecta no podemos debilitar el progreso hacia la coexistencia política que ya se está viviendo. Hace un llamado a “no

patologizar una nación que goza de relativa salud, exigiendo una conquista permanente del cáliz sagrado de la reconciliación”¹¹.

Gerwel hace un gran favor a Sudáfrica al hacer hincapié en esta necesidad de equilibrio en nuestra mirada acerca de la reconciliación Sudafricana. Es importante hacer una distinción entre actos de reconciliación personal entre individuos y la reconciliación que surge a través de estructuras políticas y sociales, sean éstas nacionales, provinciales o locales.

En mayo de 1998¹², cuando aún era Vicepresidente, Thabo Mbeki pronunció un discurso muy importante frente al Parlamento Sudafricano. El motivo era la apertura de un debate sobre “Reconciliación y Construcción de la Nación”. El hecho de que existiese esta clase de discurso al nivel más alto del gobierno es de por sí muy significativo e ilustra nuevamente el compromiso institucional por parte del Estado en su búsqueda de la reconciliación.

En su discurso, Mbeki se refiere a la Constitución Interina de la República de Sudáfrica de 1993 y en particular al epílogo titulado “Unidad Nacional y Reconciliación”. Citando el epílogo dice: “La búsqueda de la unidad nacional, el bienestar de todos los ciudadanos sudafricanos y la paz, requiere de la reconciliación entre las personas de Sudáfrica y de la reconstrucción de la sociedad”. Mbeki relaciona esto con la Constitución de 1996 cuyo prólogo establece:

“Nosotros, el pueblo de Sudáfrica reconocemos las injusticias de nuestro pasado y creemos que Sudáfrica pertenece a todos los que vivimos en ella, unidos en nuestra diversidad. Como consecuencia, adoptamos esta Constitución como ley suprema de la República de manera que se sanen las divisiones del pasado... [y] para mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos y liberar el potencial de cada persona”.

Luego, Mbeki propone lo que él considera como necesario si se quiere tomar con seriedad el tema de la unidad nacional y la reconciliación. En primer lugar, pide que el Parlamento se comprometa nuevamente con el logro de los objetivos descritos en la Constitución. En segundo lugar, resalta la necesidad de ser honestos al responder la pregunta de si estamos efectivamente progresando en la creación de una sociedad sin discriminación racial o de género; si estamos sanando las heridas del pasado para alcanzar una coexistencia pacífica de toda nuestra gente. Su mayor énfasis es en la necesidad de crear oportunidades para todos los sudafricanos sin importar su color, raza, clase, creencias, género, y de mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos. La reconciliación y reconstrucción son las dos caras de una misma moneda. Es más, explícitamente define la reconciliación como la creación de una sociedad sin discriminación racial o de género, la sanación de las divisiones del pasado, y el mejoramiento de la calidad de vida de todos los ciudadanos.

¹¹ “National Reconciliation: Holy Grail or Secular Pact?”, en Charles Villa-Vicencio y Wilhelm Verwoerd (eds), *Looking Back Reaching Forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa* (Ciudad del Cabo: Juta y University of Cape Town Press, 1999).

¹² Asamblea Nacional, 29 de mayo de 1998.

Mbeki relaciona el proceso de reconciliación con la justicia económica: “Un componente importante en el tema de reconciliación y construcción de la nación está definido y derivado por las condiciones materiales de nuestra sociedad que han dividido al país en dos naciones, una negra y otra blanca. Es así como nos atrevemos a decir que Sudáfrica es un país de dos naciones”. Desarrolla este punto al señalar que una de las naciones es blanca y acomodada, y dada su historia y sus infraestructuras económicas, físicas y educacionales, le es posible ejercer su derecho a la igualdad de oportunidades y oportunidades de desarrollo económico que surgen de la nueva Constitución. “La segunda nación y la más grande de Sudáfrica”, continúa Mbeki, “es negra y pobre, siendo los más gravemente afectados las mujeres que viven en las áreas rurales y, en general, la población negra de las áreas rurales y las personas con discapacidad. Esta nación vive bajo condiciones de gran subdesarrollo en sus infraestructuras económicas, físicas, educacionales, comunicacionales, entre otras”. Pero Mbeki lleva el debate más allá al enfatizar que no sólo somos un país de dos naciones, sino que además no estamos avanzando hacia volvernos una sola nación, y de esta manera, el objetivo de la reconciliación nacional no se está haciendo realidad.

Mbeki reconoce que la reconciliación es mucho más que un espejismo y que inevitablemente va a tomar mucho tiempo enfrentar el legado dejado por el *apartheid*. Es inflexible cuando critica a los poderosos por su indolencia y por no hacer nada para cerrar la brecha de la pobreza entre negros y blancos. Algunas de las contradicciones que resalta, incluyen el hecho de que el 30 por ciento de las empresas de Sudáfrica no están registradas para efectos de pago de impuestos, pero al mismo tiempo no dudan en condenar al gobierno por sus deficiencias en la provisión de servicios sociales, y que muchos políticos exigen que se invierta más dinero y energía en la provisión de servicios, pero al mismo tiempo piden que se recorten los impuestos y que el déficit fiscal se reduzca. También critica a los opositores de las políticas de “acción positiva”^{*} quienes reclaman que “el progreso de los negros equivale a la fuga de cerebro de los blancos” y que “tener a negros a cargo de oficinas de servicio público significa ineficiencia, corrupción y la disminución de los estándares de trabajo”. Pide que se valoren los orígenes históricos de muchas de las divisiones existentes en Sudáfrica y es particularmente duro con aquellos que fueron responsables por ellas o que se beneficiaron del pasado pero que ahora no asumen sus responsabilidades. Concluye su discurso con frases de aliento y con una advertencia solemne. Por un lado hace énfasis en el hecho de que la gran mayoría de personas en Sudáfrica no ha abandonado su objetivo de unidad, paz, reconciliación, ni tampoco ha perdido las esperanzas de que estos deseos se vuelvan realidad. Por otra parte, deja en claro su convicción de que no podemos permitirnos ser complacientes ante privaciones de gran escala que podrían llevar a “una indignación creciente que debe motivar serias respuestas”. Cita al poeta Afro-Americano Langston Hughes quien se pregunta “¿qué sucede con un sueño que se difiere?” La conclusión de Hughes es que explota.

En su discurso inaugural el 16 de Junio de 1999, Mbeki vuelve a tratar el mismo tema:

“Dado que somos guardianes los unos de los otros, debería pesar sobre nuestra conciencia el sufrimiento humillante que aún hoy continúa afectando a millones

^{*} En inglés el término es “affirmative action”. Consiste en una política diseñada para corregir el peso histórico de discriminaciones dando prioridad o favoreciendo en distintos ámbitos sociales y laborales a personas de los grupos o sectores tradicionalmente discriminados [nota del traductor].

de los nuestros. Nuestras noches no pueden ser sino noches de pesadillas mientras millones de los nuestros viven en condiciones degradantes de pobreza. No es posible que conciliemos fácilmente el sueño mientras haya niños que quedan permanentemente discapacitados, física y mentalmente, por la falta de comida. Nuestras noches no pueden ser de descanso mientras haya millones sin trabajo, algunos forzados a mendigar, robar y asesinar para asegurar que ellos y los suyos no fallezcan de hambre. Nuestros días y noches estarán manchados para siempre en la medida que nuestra gente sea dividida y fraccionada entre grupos rivales en razón de las diferencias raciales y de género que continúan caracterizando nuestra sociedad.

“La paz tampoco podrá residir en nuestras almas en la medida que la corrupción continúe robando a los pobres lo que es suyo y continúe corroyendo el sistema de valores que diferencia a la raza humana del resto del mundo animal. La libertad en todo el sentido de la palabra no se verá hasta que nuestra gente sea liberada de la opresión y del legado inhumano de la privación que heredamos de nuestro pasado”¹³.

He citado a Mbeki largamente a propósito, porque me parece que sus palabras nos ayudan a entender que mientras en Sudáfrica el objetivo a alcanzar es la reconciliación, éste es un proceso que puede ser alentado y acelerado o diferido y debilitado. Más aún, Mbeki señala elocuentemente una relación entre reconciliación, el alivio de la pobreza, y la reconstrucción de la sociedad a todo nivel.

Aún antes que la Comisión existiera, yo también traté de hacer énfasis en el lazo entre la recuperación del orden moral y la justicia económica. En 1995, en una ceremonia de graduación de la Universidad de Cape Town dije:

“Para que las palabras de la reconciliación sean escuchadas, deben estar acompañadas de justicia económica. Aquellos que han sido oprimidos durante tanto tiempo tienen que creer que existe la posibilidad de cambio mientras continúen viviendo, para que exista un compromiso genuino de paz y estabilidad. Hay una cantidad de casos en los que esto está comenzando a hacerse realidad...

“Cada vez que la Corte sobre Demandas de Tierra (*Land Claims Court*) se reúne, cada vez que el Ministerio de Agricultura entrega tierras a personas que habían sido privadas por tanto tiempo, estamos hablando de nuevas oportunidades y de reconciliación. Cada vez que se construye una simple casa para que aquellos que antes se vieron obligados a vivir entre arbustos ahora tengan un techo, estamos hablando no sólo de buena voluntad, o de posesiones materiales, sino de una acción genuinamente concreta que ayuda a reconciliar una sociedad profundamente dividida...

¹³ Discurso inaugural, 16 de junio de 1999.

“La reconciliación sin el ancla de la restitución no es sólo una falsa reconciliación, una farsa de la justicia - esto es, victimizar a personas que han sufrido - sino que además es perpetuar a las personas en su sufrimiento en vez de reafirmarlas en su supervivencia y crear nuevas oportunidades para su futuro”.

Mbeki advierte a los sudafricanos que no hay lugar para la complacencia y que hay mucho aún por hacer. Sin embargo, deja muy poco espacio para la reconciliación individual, para las personas que luchan con su propia rabia, amargura y dolor. Considero que este serio descuido, aunque no intencional, y que es importante fomentar la reconciliación, tanto personal como interpersonal.

A mi modo de ver, la Comisión mantuvo en tensión la reconciliación individual y la de nivel colectivo. Intentaré ilustrar eso haciendo referencia, en primer lugar, a algunos casos que se presentaron durante la vigencia y trabajo de la Comisión. El Informe de la Comisión, en particular el volumen 5, muestra muchos de esos ejemplos y es una ventana hacia la catarsis individual que ocurrió en distintos niveles. Acá sólo puedo hacer referencia a unos pocos.

No cabe duda que muchos de los que se presentaron ante la Comisión sintieron un alivio enorme, simplemente porque tuvieron una oportunidad de contar sus historias públicamente por primera vez en sus vidas, y así reconquistar su sentido de dignidad humana. Una de esas personas fue Lucas Sikwepere, quien se presentó ante la Comisión en 1996 en Ciudad del Cabo. Necesitó ayuda para llegar al estrado porque era ciego. Un policía le había disparado en la cara y posteriormente fue brutalmente torturado pues, como consecuencia directa de su ceguera, se había hecho más activo políticamente. Contó su historia con cierto detalle y cuando se le preguntó si había algo más que quería agregar dijo, “siento que lo que me ha hecho sentir enfermo todo este tiempo es no haber podido contar mi historia. Pero ahora que he venido aquí y he contado mi historia, siento como si hubiera recuperado mi vista”¹⁴.

Tim Ledgerwood, un ex conscripto en la Fuerza de Defensa Sudafricana, alegó haber sido torturado severamente por la policía de seguridad. Dijo que el proceso de contar su historia ante la Comisión afectó su vida profundamente porque ahora sentía una enorme libertad para hablar de sus experiencias con otros. Y añadió, “[fui] liberado de una prisión en la que he estado durante 18 años. Es como si mi familia hubiera sido igualmente liberada... El silencio se está terminando y estamos despertando de una larga y terrible pesadilla”¹⁵.

En nombre del Grupo de Apoyo Khulumani, Duma Khumalo habló de un proceso de sanación similar después de encuentros suyos con varias víctimas que se habían presentado frente a la Comisión:

“La intervención de la Comisión ha devuelto a las personas la dignidad que se había perdido durante la era política de nuestro país. Las personas no contaban con nadie que escuchara o prestara atención a su dolor hasta el establecimiento

¹⁴ Informe CVR, Vol. 5, p. 352.

¹⁵ *Ibid.*, p. 353.

de la Comisión. Sólo entonces muchas de las víctimas se acercaron para empezar a hablar por primera vez de sus dolores pasados”¹⁶.

Cynthia Ngewu, cuyo hijo fue asesinado por la policía en el infame incidente “*Guguletu Seven*”¹⁷, explicó a la Comisión que para ella la reconciliación implicaba la sanación tanto de los autores de los crímenes como de las víctimas: “Nuestra esperanza cuando pensamos en la noción de reconciliación es que los autores de los crímenes recuperen su humanidad. No queremos devolver el mal haciendo más daño. Simplemente queremos asegurarnos que los agresores vuelvan a ser humanos”¹⁸. Ngewu estaba desconsolada y profundamente enojada, pero, sorprendentemente, no sólo pensó en sus necesidades particulares, las cuales eran enormes, sino también en las necesidades de las personas que mataron a su hijo. Si esto no constituye el comienzo de la reconciliación en una persona en particular y en una comunidad en particular, entonces no sé qué podría serlo.

Ya he hecho referencia al notable testimonio de Beth Savage, quien resultó seriamente herida tras un ataque sufrido en un evento en un club de golf. Ella no sólo habló de las circunstancias y las heridas que sufrió, sino que también expresó el deseo de conocer a sus agresores. En abril de 1998 su deseo se hizo realidad cuando Thembelani Xundu solicitó la amnistía. Beth Savage comentó a la prensa en una entrevista que, como consecuencia de su encuentro con Xundu, sus pesadillas relacionadas con el ataque habían terminado¹⁹.

La voluntad para perdonar, para empezar de nuevo, se pudo ver tanto en hombres como mujeres, negros y blancos. Johan Smit, quien perdió a su hijo tras un ataque con bomba realizado en 1985 por un partidario del ANC al centro comercial Amanzimtoti, dijo a la Comisión que había perdonado a los que mataron a su hijo y que había conocido a los padres del joven que puso la bomba. Señaló a la Comisión, “fue un gran alivio para mí conocer a estas personas y poder expresarles que no sentía odio por ellos. No les guardo rencor”. Cuando un Comisionado le preguntó si había sentido algo de alivio después de saber lo que había sucedido y después de haber podido hablar con la familia de la persona que mató a su hijo, él respondió:

“Sí, me trajo paz porque supe lo que había pasado. Pensé en cómo me hubiera sentido en relación con todo esto si hubiera estado en su lugar. ¿Cómo me hubiera sentido si no me permitieran votar, o tener ningún derecho, y ese tipo de cosas? Así que me di cuenta que no me hubiera gustado nada de eso, y entendí cómo se sentían ellos”²⁰.

En 1996, J. Msweli contó a la Comisión que su hijo Simón fue torturado, violado, mutilado y que había muerto como consecuencia de la tortura. Ella estaba convencida que era importante que los responsables asumieran su responsabilidad: “Quiero que las personas que

¹⁶ *Ibid.*, p. 354.

¹⁷ Guguletu es un distrito segregado en las afueras de Ciudad del Cabo.

¹⁸ Informe CVR, Vol. 5, p. 366.

¹⁹ *Ibid.*, p. 374.

²⁰ *Ibid.*, p. 377.

mataron a mi hijo se presenten porque éste es el momento de la reconciliación. Quiero perdonarlos, y además tengo un par de cosas que decirles”²¹.

Hubo muchos casos en que los autores de los crímenes pidieron perdón. Cuando el Coronel Schobesberger, ex jefe del Estado Mayor de la Fuerza de Defensa del Ciskei, apareció en la audiencia por la Masacre de Bisho, dijo a la Comisión y a una audiencia llena de gente:

“Lo sentimos mucho, la masacre de Bisho pesará en nuestros hombros durante el resto de nuestras vidas. No podemos hacerla desaparecer. Sucedió. Pero por favor, yo no les pido a las víctimas que olviden, pero sí que puedan perdonarnos. Que permitan que los soldados vuelvan a ser parte de la comunidad, que los acepten totalmente, y que traten de entender la presión bajo la que estuvieron en ese tiempo. Esto es todo lo que yo puedo hacer”²².

Después de un momento de silencio sobrecogedor, toda la audiencia, que incluía víctimas de la masacre y sus familiares, rompió en aplausos. El hecho que este soldado estuviera dispuesto a ofrecer disculpas y a reconocer lo que sucedió, trajo consigo una respuesta inmediata, incluso por parte de aquellos que sufrieron pérdidas tan dolorosas durante la masacre.

Un último ejemplo de los numerosos casos de perdón y reconciliación es la historia de Neville Clarence y Aboobaker Ismail. Clarence fue capitán de la Fuerza Aérea de Sudáfrica quien quedó ciego tras un bombardeo a las oficinas de la Fuerza Aérea en la calle Church de Pretoria. Ismail puso la bomba fuera del edificio. Dijo al Comité de Amnistía que lamentaba la muerte de personas durante el transcurso de la lucha armada. Cuando conoció a Clarence antes de la audiencia, le dijo “Esto es muy difícil. Siento mucho lo que le pasó”. El ciego Clarence dijo que él entendía y añadió “yo no guardo rencores”. Quedaron en reunirse de nuevo. Más adelante Clarence dijo a los medios: “hoy vine aquí en parte por curiosidad y con la esperanza de conocer al Señor Ismail. Quería decirle que nunca he sentido rencor alguno contra él. Fue una experiencia maravillosa... La reconciliación no viene sólo de un lado. Ambos estábamos en bandos opuestos y en esa ocasión, yo salí perjudicado”²³.

Pero muchas otras personas que se presentaron frente a la Comisión nos dijeron que para ellos era imposible perdonar, que necesitaban más tiempo, que no sabían si alguna vez serían capaces de hacerlo. Muchos de ellos expresaron su esperanza de ver a los responsables de sus heridas y pérdidas frente a la Comisión y que entonces, quizás, serían capaces de perdonar, una vez que los responsables hubieran asumido su culpa. También debe decirse que, aún en los casos en que a través de las audiencias para otorgar amnistías se logró total reconocimiento de responsabilidades, muchas víctimas y familias de las víctimas encontraron difícil perdonar. Como he señalado antes, no fue intención de la Comisión exigir perdón, ni presionar a las personas a perdonar, sino crear la oportunidad donde esto pudiera darse para aquellos que fueran capaces y estuvieran listos para hacerlo.

²¹ *Ibid.*, p. 378.

²² *Ibid.*, p. 382.

²³ *Ibid.*, p. 392.

Yo pienso que la gran fuerza que tiene el recuento de las historias que casi 22.000 personas presentaron en las audiencias, fue no sólo que se rompió el silencio sino que se dio inicio a un proceso. Muchas organizaciones, incluyendo iglesias, escuelas y universidades, crearon sus propios ejercicios de narración de historias, de manera que la experiencia de la Comisión fue replicada muchas veces en diversas partes del país. Estos ejemplos de reconciliación individual son importantes, y aunque no significan que el país esté reconciliado, no podemos pasar por alto la generosidad de espíritu característica de muchos de los que se presentaron frente a la Comisión. Muchos de ellos se sintieron mejor con la experiencia y muchos de ellos buscaron estrecharle la mano a aquellos que causaron su sufrimiento.

La Comisión no sólo jugó un papel importante en ayudar a que algunas personas rearmaran sus vidas e incluso dieran una mano de amistad a sus agresores, sino también en reconocer a menudo y de manera franca que la reconciliación no puede ser lograda por una única comisión con tiempo y recursos limitados. Esto lo hemos dicho una y otra vez, y en nuestro informe final entregamos una serie de recomendaciones para dar continuidad al proceso de reconciliación por parte de todos los sudafricanos. Nuestra posición era tan firme al respecto que en las recomendaciones pedimos que el Presidente de Sudáfrica llamara a una cumbre nacional para la reconciliación, no sólo para considerar las recomendaciones hechas por la Comisión, sino también para involucrar a todos los sectores que fuere posible, a todo nivel de gobierno y de la sociedad civil.

La Comisión aceptó que si la reconciliación ha de tener una oportunidad, es imprescindible desarrollar una fuerte cultura de derechos humanos, y recomendó algunas acciones para posibilitar esto. Una de las recomendaciones fue que los informes, las conclusiones y el material de audio y video debían estar disponibles no sólo para los líderes comunitarios, sino para todo el país, de manera que especialmente los jóvenes pudieran tener información de primera mano sobre la experiencia de la Comisión.

Una recomendación particularmente de peso que hizo la CVR fue que:

“El gobierno acelere el cierre de la brecha intolerable entre los más y menos favorecidos en nuestra sociedad dando, entre otras cosas, una atención más urgente a la transformación de la educación, a la provisión de viviendas, al acceso a agua potable y servicios de salud, y mediante la creación de mayores oportunidades de trabajo. El reconocimiento y la protección de los derechos socio-económicos son cruciales para el desarrollo y sustento de una cultura de respeto por los derechos humanos”²⁴.

La Comisión fue mas allá al decir que todos los sudafricanos debían reconocer que el sector público por sí solo no puede lograr los objetivos de la justicia económica; el sector privado tiene una importante responsabilidad, y la Comisión lo instó a considerar iniciativas especiales en la forma de un fondo para la capacitación, empoderamiento y creación de oportunidades para los menos favorecidos y más desposeídos en Sudáfrica.

La Comisión recomendó específicamente que:

²⁴ *Ibid.*, p. 308.

“Se cree una estrategia en la que los que se beneficiaron de las políticas del *apartheid* contribuyan para la superación de la pobreza. Se propusieron ante la comisión proyectos como la creación de un impuesto a la riqueza. Sin embargo, no es función de la Comisión prescribir una u otra estrategia, sino recomendar que el gobierno considere urgentemente articular todos los recursos disponibles para la guerra contra la pobreza”²⁵.

En otras palabras, la Comisión reconoció en declaraciones públicas así como en su informe escrito, que la reconciliación sin justicia económica resulta mezquina y falsa.

En su informe final, la Comisión incluye más de cuarenta páginas de recomendaciones para el gobierno y el Parlamento. Estas recomendaciones cubren un amplio espectro e incluyen áreas específicas que van desde el cuidado de salud, las cárceles, los negocios, las tierras, los niños y jóvenes, hasta instrumentos para respetar los derechos humanos y pedir disculpas a los Estados vecinos por la desestabilización que tuvo lugar durante el periodo del *apartheid*. Todas estas recomendaciones deben ser vistas como partes de una sola obra. La reconciliación se distorsiona cuando se entiende sólo en términos de relaciones individuales o eventos que sólo tienen una conexión directa con la sanación y la educación. Las estructuras de la sociedad pueden y deben ser efectivas en el proceso de la reconciliación; de manera que nosotros encontramos imperativo incluir recomendaciones relacionadas con estas estructuras.

Dentro del trabajo de la Comisión y sus recomendaciones al gobierno está implícito el hecho que, aunque la reconciliación entre individuos es importante y fundamental, asumir que todo el mundo se vaya a reconciliar con su vecino es esperar lo imposible. Es cierto que a través de la educación y las comunidades religiosas en particular, las personas pueden experimentar cambios de actitud con respecto a sus conciudadanos. Existe bastante evidencia que demuestra que esto ha sucedido y que continúa sucediendo, pero ésta es más una excepción que la regla. Sería equivocado, de hecho sería peligroso, afirmar que la reconciliación y la unidad no son responsabilidad del gobierno o de las estructuras políticas, y que simplemente se logran mediante un comportamiento amable entre las personas en actos y encuentros individuales. Francamente esto no es suficiente. En Sudáfrica existe una red de divisiones, racismo y estereotipos; la mayoría de los blancos no confía en los negros, y ciertamente a muchos blancos no les agradan los negros. Cualquier cosa que marche mal dentro de la nueva administración se verá entonces como responsabilidad de los negros con el argumento de que son inferiores o incapaces de gobernar. Hay abundante evidencia que muestra que aún hoy en día muchos blancos siguen aferrándose a instintos racistas del pasado que por tiempos han llevado con ellos. Por otro lado, la mayoría de los negros no confía en los blancos. Los ven como un símbolo de la opresión del pasado y constantemente están en alerta a nuevos signos de racismo que puedan surgir en ellos.

Hoy en día en Sudáfrica el tratamiento que fue impuesto a la mayoría de los negros en el pasado, es simplemente inaceptable. Aun cuando muchos blancos dicen muchos lugares comunes sobre la reconciliación sin creer en ellos, hay beneficios que surgen de estos cambios de actitud. Es posible que el hacendado que paga a sus trabajadores un mejor salario y provee

²⁵ *Ibid.*

mejores condiciones de trabajo y vivienda no se sienta contento con ello, pero entiende que es necesario y como consecuencia cambia su comportamiento. La manera en que los blancos tratan a los negros en las instituciones, en las tiendas y en las calles de la ciudad es completamente diferente a lo que se veía años atrás. Su comportamiento ha cambiado para bien, resultando en un compromiso con la coexistencia, un reconocimiento casi inconsciente de que compartimos un mismo espacio, un mismo país, y que entonces simplemente nos tenemos que llevar bien. Pero los cambios en el comportamiento no constituyen una experiencia profunda, fundamental, ni casi religiosa de la reconciliación. La aceptación de la coexistencia es solamente un paso en el que debemos trabajar por lograr: una más profunda, sentida y permanente preocupación por el otro como conciudadano y como ser humano. Pero debemos enfrentarnos a la realidad de que en muchos casos no son los corazones los que han cambiado sino las circunstancias.

Esto trae la importante pregunta de cómo el gobierno puede ayudar a que haya una mayor cooperación y cambio de conducta por parte de aquellos que estuvieron en el poder durante tanto tiempo. En su informe final, la Comisión mencionó una serie de obstáculos que deben ser abordados para lograr la reconciliación. En una sección sobre la prevención de violaciones graves a los derechos humanos en el futuro, la Comisión reconoció que:

“Un factor que va en contra del establecimiento de una cultura de derechos humanos es la alta incidencia de crímenes graves. La seguridad de las personas y la propiedad privada es un derecho humano fundamental. Para enfrentar las exorbitantes tasas de criminalidad, se pide al gobierno considerar urgentemente la introducción de la policía comunitaria a todo nivel”²⁶.

Otro problema que la Comisión encontró y que complica el proceso de reconciliación es la corrupción generalizada tanto en el sector público como privado en Sudáfrica: “Si es que va a haber una respuesta entusiasta por parte del público general en la guerra contra la pobreza y el crimen, también debe haber una correspondiente actitud intransable contra la ineficiencia, la corrupción y la mala administración a todo nivel en los sectores públicos y privados”²⁷. Si la gente blanca en particular es capaz de ver que el gobierno está comprometido con y ha sido razonablemente exitoso en reducir la tasa de criminalidad y en la eliminación de la corrupción, especialmente cuando existe en los ministerios de gobierno, entonces esto no puede ser sino un incentivo para la cooperación y el compromiso con la convivencia.

Las recomendaciones de la Comisión serán sólo palabras sobre papel a no ser que el gobierno y el Parlamento sean serios al evaluar su relevancia y su valor en la búsqueda continua de la unidad nacional y la reconciliación. Hasta el momento en que se escribía este documento aún no estaba claro si el gobierno tomaría la CVR con la seriedad necesaria para evaluar sus recomendaciones, descartar las que encontrara innecesarias o no dignas de consideración y aceptar aquellas con las que se pudieran lograr cambios significativos en la sociedad. A no ser que existan presiones por parte de la sociedad civil, es muy posible que el Estado tienda a seguir el adagio que dice “deja para después lo que puedas, haz hoy lo que debas”.

²⁶ *Ibid.*, p.309.

²⁷ *Ibid.*

Una pregunta interesante es si una nación puede o no reconciliarse, si es posible que se sane. ¿Sólo es posible que individuos o grupos de individuos se reconcilien, se sanen, perdonen o empiecen de nuevo? O ¿se puede hablar de manera significativa sobre la curación y reconciliación de una nación? Para poder contestar esta pregunta, que no sólo involucra a Sudáfrica sino a todas las naciones que han experimentado una historia de violencia y conflictos, es necesario comenzar considerando varias formas de entender la reconciliación. Dos de las más importantes aproximaciones son la visión cristiana y la filosofía africana de *ubuntu*.

Para el cristianismo, la reconciliación no es algo que se gana. Es más bien un regalo de Dios, que puede ser aceptado pero que no es merecido. Sin embargo, la reconciliación con Dios siempre implica también reconciliarse con el vecino. Hay varios pasos que tienen lugar en el proceso de reconciliación: la confesión, el arrepentimiento, la reparación y el perdón. El enfoque de la religión cristiana tradicional está en la alianza que existe entre Dios y el individuo, y el puente que une esa relación es Jesucristo. En el mejor de los casos la reconciliación involucra sacrificio y compromiso. En el peor de los casos, es una excusa para ser pasivo, para aliarse con los poderosos en contra de los débiles y desposeídos. Hay muchos casos en los que la Iglesia se ha unido a los que explotaron y empobrecieron poblaciones enteras en lugar de hacerlo con los que viven en la miseria y que fueron esclavizados. Cuando el llamado de la reconciliación es para olvidar u ocultar, entonces se vuelve falso. En Argentina por ejemplo, el concepto de la reconciliación fue recibido con profundo escepticismo. La Iglesia Católica Romana, la religión dominante, apoyó a la junta militar y los autores de violaciones a los derechos humanos fueron los primeros en hablar de reconciliación. Este tipo de reconciliación falsa ha sido ampliamente rechazado.

Walter Wink nos recuerda que la reconciliación puede ser completamente pervertida por autoridades religiosas que incitan a los oprimidos a aceptar una sociedad construida sobre patrones de violencia e injusticia. Otra perversión de la reconciliación es aquella que reza el evangelio de la salvación personal a expensas de la acción social. Wink cita un poema del poeta filipino J. Cabazares para apoyar su argumento:

*Háblanos de reconciliación
Sólo si primero tú experimentas
La rabia de nuestro morir*

*Háblanos de reconciliación
Si tu vivir no es la razón
De nuestro morir*

*Háblanos de reconciliación
Sólo si tus palabras no son el producto de tu
Plan perverso
Para silenciar nuestra lucha por la libertad*

*Háblanos de reconciliación
Sólo si tu intención no es la de aferrarte*

Más a tu trono

Háblanos de reconciliación

*Sólo si dejas de apropiarte de todos los símbolos
y significados de nuestra lucha*²⁸.

Desmond Tutu y otros líderes cristianos han emprendido una larga lucha en Sudáfrica contra el uso de la religión para mantener el *status quo* y justificar la opresión, y han apoyado más bien la idea de la acción social y la reconciliación en nombre de la religión.

La teología de Tutu hace eco de la filosofía africana conocida como *ubuntu*. La jueza Yvonne Mokgoro nos ayuda a apreciar la riqueza del significado de esta palabra de origen *Nguni*. Ésta describe una forma africana de ver el mundo, una guía de conducta social así como una filosofía de la vida²⁹. *Ubuntu* representa el ser personas, la humanidad, la solidaridad de grupo y la moralidad; su creencia básica es “*umntu ngumntu ngabantu, motho ke motho ba batho ba bangwe*”, que literalmente se traduce “un ser humano es un ser humano gracias a los otros seres humanos”³⁰.

Anton Lembede, el presidente fundador de la Liga de Jóvenes del ANC, afirma que los africanos:

“ven el universo como un todo, como una entidad orgánica, dirigiéndose progresivamente hacia una mayor armonía y unidad en donde sus partes individuales existen solamente como aspectos interdependientes del todo, alcanzando su plenitud en la vida colectiva, donde la satisfacción comunal es la medida absoluta de todos los valores. Su filosofía de la vida mira hacia la unidad y la agrupación, hacia una mayor responsabilidad social”³¹.

La definición que Lembede hace de la humanidad es particularmente importante dada su posición en la Liga de Jóvenes del ANC. Como presidente, influenció de manera importante el enfoque holístico del ANC, enfoque que refleja la filosofía de *ubuntu*. Es particularmente llamativo ver la influencia que Lembede ejerció sobre Nelson Mandela, Oliver Tambo, y Walter Sisulu, quienes también jugaron papeles protagónicos en la fundación en la Liga de Jóvenes del ANC. Cuando uno tiene en cuenta las posiciones de liderazgo que han tenido Mandela, Tambo y Sisulu, no sorprende que durante las negociaciones de los años '90 y mientras se escribía la Constitución provisional, hubo tanto énfasis en el perdón, la reconciliación, y *ubuntu*. Mandela ejemplificó esta humanidad no sólo en sus palabras y discursos sino con su vida.

²⁸ J. Cabazares en Walter Wink, *Healing a Nation's Wounds* (Uppsala, Suecia: Life & Peace Institute, 1996), p.23. [Traducción libre del traductor].

²⁹ Yvonne Mokgoro, *Ubuntu and the Law in South Africa*, 4. Buff. Hum. Rts. L. Rev. 15 (1998).

³⁰ Yvonne Mokgoro, *The Protection of Cultural Identity in the Constitution and the Creation of National Unity in South Africa: A Contradiction in Terms?* 52 SMU L. Rev. 1549, 1557 (1999). La frase está citada en Xhosa y Setswana.

³¹ Anton Lembede, citado en Peter Dreyer, *Martyrs and Fanatics, South African and Human Destiny* (New York, Simon and Schuster, 1980), 154.

En Sudáfrica se pueden encontrar muchos ejemplos en los que el compromiso por la reconciliación, bien sea religioso o secular, ha transformado vidas y ha traído consigo un cambio de comportamiento y un intento genuino por enderezar los males de la sociedad. A pesar de la historia de conflicto y prejuicios que ha azotado a nuestro país, hay innumerables ejemplos de blancos y negros encontrándose y trabajando juntos.

Si aceptamos la reconciliación en la mejor de sus interpretaciones, ¿puede ésta trascender al individuo para involucrar a comunidades o a la nación? ¿Puede una nación confesarse? ¿Puede una nación arrepentirse y retribuir el daño causado? ¿Puede una nación pedir perdón? Pepe Zalaquett, un conocido activista chileno de los derechos humanos y miembro de la Comisión de Verdad de su país, sugiere que existe una correlación entre el trabajo de la Comisión chilena y la “misma filosofía que sostiene las creencias Judeo-Cristianas sobre expiación, penitencia, perdón y reconciliación”³². Hannah Arendt, una filósofa judía, que ciertamente no vio la fe Judeo-Cristiana como la máxima autoridad, sí vio a Jesús de Nazareth como la persona que “descubrió el papel del perdón en el ámbito de las relaciones humanas”. Ella añade que, el hecho de que Jesús haya hecho este descubrimiento en un contexto religioso y haya usado este lenguaje para describirlo, “no es razón para tomarlo con menos seriedad en un sentido estrictamente secular”³³. Donald W. Shriver, en su importante libro *An Ethic for Enemies*, nos recuerda que Arendt hizo uso de dos términos, “promesa” y “perdón”, para explicar cómo las sociedades pueden superar un mal pasado con el fin de cambiar para mejor. En sus palabras, Arendt dice:

“El remedio contra lo irreversible e impredecible del proceso iniciado por el actuar (humano) no surge de otra y posiblemente más elevada facultad, sino que es una de las potencialidades de la acción en sí misma. La posibilidad de redimirse del problema de la irreversibilidad - la incapacidad de deshacer lo que uno ha hecho aún cuando uno no sabía y no tenía cómo saber lo que estaba haciendo - es la facultad de perdonar. El remedio para lo que es impredecible, para la incertidumbre caótica sobre el futuro, se encuentra en la capacidad de hacer y sostener las promesas. Las dos aptitudes se complementan en la medida que una de ellas, el perdonar, ayuda a deshacer las acciones del pasado, cuyos “pecados” cuelgan como la espada de Damocles sobre cada nueva generación; y la otra, el comprometernos a través de promesas, sirve para crear islas de seguridad en el océano de la incertidumbre, que es por definición el futuro, sin las cuales ni siquiera la continuidad, ni la durabilidad de cualquier clase, sería posible en las relaciones”³⁴.

³² José Zalaquett, “Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: the Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations”, en Neil Kritz (ed.), *Transitional Justice* (Washington DC: US Institute for Peace, 1995), Vol. 2, pp. 495-96.

³³ Hannah Arendt, *The Human Condition: A Study of the Central Conditions Facing Modern Man* (Garden City, NY: Doubleday Anchor Books), p. 214. Pienso que Hannah Arendt exagera. Es más exacto decir que Jesús otorgó un lugar central al concepto del perdón en un sentido individual y comunitario. Por cierto hay numerosas referencias en el Antiguo Testamento que aluden al perdón, tanto individual como en la comunidad.

³⁴ Donald Shriver, *An Ethic For Enemies: Forgiveness in Politics* (New York: Oxford University Press, 1995), p. 34.

La obra de Karl Jaspers nos puede ayudar a entender el potencial que tiene para una nación, y no sólo individuos, el reconciliarse. En sus conferencias y escritos discute el tema de la culpa de los alemanes luego de la Segunda Guerra Mundial. En un notable ensayo, hace una diferenciación entre la culpa criminal, la culpa política, la culpa moral y la culpa metafísica. La culpa criminal es asignada por una corte cuando a una persona se le encuentra culpable de violar la ley. Por su parte, la culpa política tiene que ver con los actos de los políticos, en particular aquellos responsables por las decisiones que llevaron a la violación de derechos humanos, así como los empleados públicos y otros que promovieron y apoyaron esas políticas. La culpa moral es un concepto más amplio que incluye acciones criminales, políticas y militares así como la “indiferencia y la pasividad”³⁵. Quienes aceptan la responsabilidad moral están arrepentidos y se hacen responsables por las consecuencias de sus acciones o la falta de ellas: “es una sensación de intranquilidad que contradice el “silencio agresivo” de aquellos que en su “auto-aislamiento orgulloso” se niegan a admitir culpabilidad de cualquier índole”³⁶. La culpa metafísica es un problema entre el individuo y su Dios.

Martin Niemoller, un líder sobresaliente de la Iglesia Confesionista en Alemania, fue enviado a un campo de concentración por su oposición a Hitler. Es interesante que a pesar de su notable valentía y coraje habló no sólo en términos de los crímenes de los nazis sino de la culpa moral de toda la nación, incluyéndose a sí mismo: “Nosotros hemos permitido que todas estas cosas pasen sin protestar en contra de estos crímenes y sin apoyar a sus víctimas”³⁷. En otra parte escribe, “No podemos culpar solamente a los nazis. Ellos encontrarán sus acusadores y jueces. Debemos culparnos a nosotros mismos y sacar conclusiones lógicas”³⁸.

Así, la responsabilidad y el reconocimiento de la culpa, que bien podrían equivaler a la confesión, deben venir no sólo de aquellos que cometieron actos criminales sino también de los líderes políticos del momento. En el contexto sudafricano esto significa que P.W. Botha, F.W. de Klerk, y otros prominentes líderes del Partido Nacional deberían haber aceptado y asumido la responsabilidad de su participación directa en las violaciones a los derechos humanos.

Hay muchos ejemplos de otros líderes que se han disculpado por las violaciones a los derechos humanos, aún cuando no estuvieron directamente involucrados en ellas. Willy Brandt, el Canciller de Alemania Occidental, firmó en 1970 un tratado que entregaba 40.000 millas cuadradas de territorio alemán a Polonia. De manera simbólica y práctica Brandt, en su rol de líder de la nación alemana, se disculpó ante los polacos que habían sufrido amargamente como resultado de las políticas nazis de la generación anterior. Muchos lo recordarán de rodillas, en silencio frente al Memorial de Guerra de Varsovia en un acto de confesión y arrepentimiento por las ofensas en contra del pueblo polaco. Lo que destacó de sus palabras y actuaciones es que desde sus inicios se opuso rotundamente a Hitler, y durante la guerra estuvo exiliado en Noruega. A modo de contraste, Botha y de Klerk, aún cuando estuvieron directamente involucrados en la implementación del *apartheid*, ofrecieron salvedades, excusas

³⁵ Karl Jaspers, *The Question of German Guilt* (New York: The Dial Press, 1947), p. 31.

³⁶ *Ibid.*, p. 112.

³⁷ Walter Niemoller, *Neuenfang 1945: Zur Biographie Martin Niemoller* (Frankfurt : Guttersloh, 1976).

³⁸ Walter Niemoller, “Letter of the Council of the Evangelical Churches in Germany to the Allied Control Council and the German State Governments”, 2 de mayo de 1946, publicado en *Wort zur Verantwortung der Kirche für das Öffentliche Leben*, ed. Friedrich Sohlmann (Lunenbergl Heliand Verlag, 1945-46).

y explicaciones en lugar de una expiación genuina. En otras palabras, es posible y deseable que las naciones se arrepientan a través de sus líderes que buscan perdón, pero en muchos casos esto no sucede por la intransigencia y falta de sensibilidad de los líderes en cuestión.

Otro ejemplo de un líder que ofrece disculpas en nombre de su país fue Richard von Weizsacker, un ex presidente de Alemania Occidental. Von Weizsacker prestó servicio en el ejército alemán que invadió Polonia en 1939 y que precipitó la Segunda Guerra Mundial. También prestó servicio en la ofensiva contra los rusos, donde resultó herido. Su padre, Ernst von Weizsacker, quien fue Secretario de Estado en el Ministerio nazi de Relaciones Exteriores, compareció en los juicios de Nuremberg. Von Weizsacker hijo dio un discurso frente al Parlamento alemán el 8 de mayo de 1985 cuando se cumplió el cuadragésimo aniversario de la derrota alemana en la guerra, un discurso que fue más poderoso y memorable por su participación directa en el período nazi. En su discurso condenó, sin ambigüedades, los crímenes nazis: “No podemos conmemorar el 8 de mayo sin estar conscientes de hasta qué punto la disposición a reconciliarse de nuestros antiguos enemigos les supuso exigirse a sí mismos. ¿Podemos identificarnos realmente con los familiares de aquellos sacrificados en el gueto de Varsovia o en la masacre de Lidice?” Refiriéndose a las millones de personas que sufrieron bajo el régimen nazi, comenta que “son personas a quienes nadie les preguntó nada, personas que han sufrido injusticias, personas que fueron objetos indefensos de los eventos políticos y para quienes no hay compensación ni demandas judiciales sobre sus reclamos que pueda aliviar lo que se les ha hecho”³⁹.

Von Weizsacker no se centra solamente en el Partido Nazi y sus líderes, sino que responsabiliza a los alemanes en general por muchos de los crímenes cometidos. Señala que no se trataba de que los alemanes no supieran lo que estaba pasando, sino más bien que existió una determinación por no saberlo. Insiste que se debe dar la espalda a la amnesia: “Quien cierre sus ojos al pasado se vuelve ciego ante el presente. Quien no quiera recordar la inhumanidad se vuelve susceptible a los peligros de una nueva infección”. Recuerda al Parlamento y al pueblo alemán que los judíos recuerdan y siempre recordarán lo sucedido:

“Como seres humanos buscamos la reconciliación. Es por eso mismo que tenemos que entender que no hay reconciliación sin memoria. La experiencia de millones de muertes es parte de la vida interna de todos los judíos del mundo, no sólo porque no pueden olvidar semejante atrocidad sino también porque la memoria es parte de las creencias judías”⁴⁰.

Finalmente, Von Weizsacker no se mantiene morboso ante los horrores del pasado y la necesidad de reconocer la responsabilidad sino que, hacia el final de su pronunciamiento, llama a la acción como resultado de la memoria y la responsabilidad. Hace un llamado a su audiencia para que no sólo recuerde que enfermos mentales fueron asesinados sino para que no olvide la necesidad de cuidar a aquellos psicológicamente enfermos hoy en día. En memoria de aquellos perseguidos por los Nazis por razones de raza, religión o por cuestiones políticas debe haber una voz de alerta constante para que nunca se cierren las puertas a aquellos que son perseguidos en tiempos modernos. Es responsabilidad de la comunidad alemana proteger a

³⁹ Geoffrey Hartmann (ed.), apéndice *Bitburg*, pp. 262-73.

⁴⁰ *Ibid.*

aquellos que son así perseguidos. En un llamado a rescatar los valores liberales, Von Weizsacker hace énfasis en la necesidad de proteger la libertad de pensamiento, incluyendo la crítica, aún cuando gran parte de ésta sea dirigida contra los mismos alemanes.

Hacia el final de su discurso, Von Weizsacker se dirige a los jóvenes, los nuevos alemanes, que no habían nacido cuando la Segunda Guerra Mundial comenzó. Les recuerda a estos jóvenes que Adolfo Hitler, de manera persistente promovió prejuicios, odio y enemistades. Apela a los jóvenes a no dejarse llevar por el odio o enemistad contra las personas, sean éstas rusas o americanas, judías o turcas, radicales o conservadoras, blancas o negras. Sus palabras finales son para los políticos: “Hagamos honor a la libertad, trabajemos por la paz, hagamos cumplir la ley, sirvamos a nuestros estándares internos de justicia. Hoy 8 de mayo, permitámonos mirar la verdad directamente a los ojos tanto como nos sea posible”⁴¹.

Este es un discurso notable que seguramente conmovió al Parlamento y al pueblo alemán. Ilustra el hecho que, si bien no se puede hablar de la reconciliación nacional como un movimiento de masas, cuando los líderes de una nación están listos y con voluntad de confesarse, de buscar perdón, de hacerse responsables por sus acciones, lo hacen no sólo por ellos sino por una nación también. Este ex soldado alemán habló con un gran coraje que ayudó a su país a buscar su propia redención.

El Canciller alemán Helmut Kohl recalcó lo que su Presidente buscaba al decir que “la reconciliación con los sobrevivientes y descendientes de las víctimas sólo es posible si aceptamos nuestra historia como realmente sucedió, si nosotros como alemanes reconocemos nuestra vergüenza y nuestra responsabilidad histórica y si percibimos la necesidad de actuar en contra de cualquier esfuerzo que debilite la libertad humana y la dignidad”⁴². Habría resultado muy sencillo para el Canciller Kohl señalar a aquellos directamente responsables. Podría haber dicho a la audiencia que mientras lamentaba los crímenes del pasado, él no había sido consciente de ellos en su momento, y que estaría muy equivocado si culpaba a la generación actual por ofensas del pasado. Por el contrario, se hizo responsable por los hechos, y al hacerlo como Canciller de su país, invitó y habilitó a aquellos que él representaba a aceptar su responsabilidad también. Es en un acto como éste que la reconciliación se hace posible.

Otro ejemplo que podemos tomar no viene de la Alemania nazi sino de los Estados Unidos de América. Un año después que la fuerza aérea japonesa atacara Pearl Harbour en 1941, los líderes estadounidenses ordenaron la internación de 120.000 ciudadanos norteamericanos de ascendencia japonesa. Personas inocentes que no tenían nada que ver con el ataque y cuyo único crimen era ser originarios del Japón, fueron encerradas, perdieron sus casas y sus propiedades, y fueron sujetas a humillaciones y persecución. Pasaron cuarenta años antes que el gobierno de los Estados Unidos los indemnizara. En 1976, cuando se celebraba el bicentenario de la Declaración de Independencia, el Presidente Gerald Ford ofreció disculpas oficiales a los americanos-japoneses y sus familias quienes fueron tan injustamente encarcelados:

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *New York Times*, 22 de abril de 1985. Es importante tener en cuenta que este discurso fue pronunciado cuando se liberó a Bergen-Belsen, donde más de 50.000 prisioneros rusos fueron asesinados por los alemanes.

“En este Bicentenario, conmemoramos el aniversario de muchos de los grandes eventos de la historia americana. Sin embargo, un recuento honesto debe incluir el reconocimiento tanto de nuestros errores como logros nacionales. Aprender de nuestros errores no es placentero, pero tal como un gran filósofo advirtió alguna vez, es algo que tenemos que hacer si es que queremos evitar repetirlos de nuevo.

“El 19 de febrero es el aniversario de un día triste en la historia americana... Hoy sabemos lo que debimos haber sabido en ese entonces - que haber realizado esa evacuación estuvo mal sino que los americanos-japoneses eran y siguen siendo americanos leales”⁴³.

Gerald Ford revocó la Orden Ejecutiva 9066 que aún se encontraba en los libros estatutarios; esta orden era la que había permitido que 120.000 personas fueran llevadas a los campos de internación. Y añadió que “hemos aprendido de esta tragedia que vivimos hace tanto tiempo que para siempre debemos atesorar la libertad y justicia para cada estadounidense, y asegurarnos que este tipo de acción nunca más vuelva a repetirse”⁴⁴.

Un último ejemplo es la disculpa solemne otorgada por el Papa Juan Pablo II en marzo 2000 por los errores de la Iglesia Católica Romana en los últimos 2000 años. Esto fue parte de la misa de domingo efectuada en la Basílica de San Pedro en Roma. En sus disculpas el Papa reconoció los errores y la crueldad que tuvieron lugar durante la historia de la Iglesia Católica Romana, incluyendo la Inquisición, la conversión forzada de los nativos de África y América Latina y el apoyo a las cruzadas, cuyas víctimas incluyeron Musulmanes, miembros de la Iglesia Ortodoxa Oriental y Judíos. Sus disculpas fueron bien recibidas, aunque algunos alegan que fueron realizadas en términos demasiado generales y que se hicieron algunas omisiones importantes. Por ejemplo, el Papa no mencionó nada con respecto a la discriminación contra los homosexuales. Y aún cuando sus disculpas con respecto a la discriminación contra las mujeres fueron oportunas, no hizo ninguna referencia a su oposición constante al aborto y al control de la natalidad, o a la negativa de que las mujeres formen parte del sacerdocio. Desafortunadamente, no hubo reconocimiento ni disculpas por el hecho que el Papa Pío XII no se haya manifestado en contra del Holocausto. Sin embargo, a pesar de estas limitaciones, la disculpa pública del Papa fue un acto de coraje y sus sucesores podrán construir sobre éste y abrir las puertas para una mayor reconciliación.

Suele ser en los momentos críticos de la historia de un país que sus líderes deciden ir en contra de la corriente y ofrecer disculpas, abriendo así las puertas de la reconciliación. Desafortunadamente, los grandes líderes con suficiente compasión y sensibilidad son escasos. Muchos simplemente han dejado pasar la oportunidad. Uno que viene a la mente es el Primer

⁴³ Citado por Donald W. Shriver, en *An Ethic for Enemies*, reproducido en *Redress! Japanese American Citizens League*; n.d. (c. 1983), p. 2. Shriver nos recuerda que fue recién en la Civil Liberties Act de 1988 que el Congreso pidió formalmente perdón por las internaciones, autorizando un fondo de US\$1,2 billones para el pago de US\$20.000 a cada uno de los 60.000 o más internados que seguían vivos en 1988. Esta ley también estableció una fundación de US\$50 millones para la promoción de los intereses culturales e históricos de los japoneses-americanos.

⁴⁴ *Ibid.*

Ministro de Australia, John Howard, quien se negó a ofrecer disculpas por el rapto de niños aborígenes por parte de organizaciones sociales, la iglesia y el Estado hace cien años. Cuando la historia sobre el robo de los niños fue publicada bajo el título de *The Stolen Generation*⁴⁵, los líderes aborígenes invitaron al Primer Ministro y al Parlamento a identificarse con la complicidad del Estado años atrás y ofrecer disculpas por ello.

En ese entonces, 1997, yo me encontraba en Melbourne, Australia como orador central en la Convención Australiana de Reconciliación. Antes de la conferencia ya había sido entrevistado por la prensa australiana varias veces. Traté arduamente de limitar mis comentarios al caso Sudafricano y su búsqueda de la reconciliación, pero no hubo manera de evitar las penetrantes preguntas en relación con los eventos que estaban sucediendo en Australia. Finalmente dije que había momentos en que los líderes de una nación pueden ayudar en el proceso de reconciliación ofreciendo una disculpa. La ironía en este caso era que el Primer Ministro Howard sería uno de los oradores principales en la apertura de la Convención. Él no fue para nada elogioso cuando nos encontramos en la sala antes de la conferencia. En su discurso expresó su pesar por las injusticias cometidas con los niños aborígenes, pero se negó a identificarse con las acciones del Estado en el pasado, a ofrecer disculpas o a ofrecer algún tipo de reparación. Así perdió una gran oportunidad para ayudar a sanar las profundas heridas sufridas por los aborígenes. Fue muy impresionante ver como miles de personas en la Convención se pararon y literalmente daban la espalda a su Primer Ministro.

Después de mi discurso fui entrevistado nuevamente por la prensa. Luego de expresar mi inmensa tristeza porque semejante oportunidad se hubiera dejado pasar, y después de comparar a Howard con Mandela dije, quizás injustamente, en respuesta a una pregunta, “yo pienso que el señor Howard fue muy valiente al presentarse frente a lo que inevitablemente sería un público hostil, pero él ha mostrado una completa falta de corazón”. Esta declaración fue tomada por la prensa a lo largo de Australia. Habría sido tan fácil para el Primer Ministro Howard identificarse con los sentimientos de rechazo vividos por el pequeño grupo de aborígenes que aún sobreviven en Australia. Ojalá él hubiera podido estar a mi lado cuando conocí a muchos de sus líderes antes y después de la gran Convención de la Reconciliación, para ver lo sentidos que estaban ellos con su actitud. Es posible avanzar en la reconciliación con un liderazgo valiente. Es posible también entorpecer el proceso con la falta de sabiduría y coraje.

Cuando a mi regreso a Sudáfrica escuché nuevamente los comentarios displicentes hechos por el anterior Presidente de Estado P.W. Botha y escuché a F.W. de Klerk matizando constantemente su propia expresión de pesar y negando insistentemente haber tenido conocimiento alguno de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas de seguridad, sentí nuevamente una sensación de tristeza porque una oportunidad había sido desperdiciada. Deseé que de Klerk se hubiera podido sentar con tantos sudafricanos negros que durante el tiempo en que la Comisión trabajó, repitieron una y otra vez su anhelo por un reconocimiento claro por parte de líderes pasados del Partido Nacional sobre su papel en los años de opresión.

⁴⁵ *Bringing them Home: Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from their Families*, Human Rights and Equal Opportunities Commission, Australia, 1997.

Michael Ignatieff, conocido escritor y periodista, enfatiza el mismo punto cuando se refiere a figuras políticas responsables por la guerra de los Balcanes:

“Si en lugar de escribir libros disputando minuciosamente las cifras sobre personas exterminadas en Jasenovac, el Presidente Franjo Tudjman de Croacia hubiera ido al lugar donde se erigieron los más notorios campos de exterminio croatas y se hubiera excusado públicamente por los crímenes que los Ustashe croatas cometieron contra los serbios, gitanos, judíos y miembros de la resistencia, habría liberado a su país en el presente de la carga que los Ustashe dejaron en el pasado... [S]i hubiera sajado la purulencia del pasado, es posible que la guerra de 1991 no hubiese ocurrido. Pero, por supuesto, decidió no hacerlo, porque consideraba que los serbios eran igualmente culpables de crímenes en contra de los croatas, sin embargo, a veces, un gesto de expiación es efectivo precisamente porque permite elevarse por encima de los crímenes cometidos contra el propio bando”⁴⁶.

En el mismo artículo Ignatieff advierte que

“Es arriesgado hacer la extrapolación de individuos traumatizados a toda la sociedad. Resulta ser una simple metáfora extravagante pensar en sociedades despertándose de una pesadilla. El único despertar del cual tiene sentido hablar es el que realiza uno por uno, individuo por individuo, en lo más recóndito de su identidad. Las naciones propiamente tales, no se pueden reconciliar unas con otras, sólo lo pueden hacer individuos con individuos. Sin embargo, los individuos pueden ser ayudados a sanar y a reconciliarse mediante rituales públicos de expiación”⁴⁷.

Con este tipo de filosofía en mente fue que Desmond Tutu hizo un llamado a los líderes políticos de Sudáfrica para hacer un acto simbólico de expiación. En una muestra de gran sensibilidad y conocimiento en relación a la psicología humana, no pidió esto sólo de los antiguos líderes del *apartheid*. Pidió a Nelson Mandela hacer un acto público de desagravio en la calle Church donde miembros del ANC pusieron una bomba, cobrando la vida de civiles. Pidió a Mangosuthu Buthelezi hacer un acto similar en KwaMakhutha en KwaZulu-Natal, donde mujeres y niños fueron masacrados por los seguidores del Partido de la Libertad Inkatha-IFP. Pidió al líder del Congreso Panafricanista-PAC, Stanley Mogoba, realizar un servicio especial en la Iglesia de San James en Ciudad del Cabo para simbolizar el desagravio por la masacre que tuvo lugar allí en 1993, cuyos autores fueron miembros del PAC. Finalmente le pidió a de Klerk ir al lugar donde sucedieron los asesinatos de Boipatong. Tutu hizo un llamado a todos, “No sería maravilloso si los líderes de esos partidos políticos pudieran ir al lugar donde miembros de su bando cometieron notorias atrocidades y decir ‘Lo siento - Perdónenos’. Sin justificaciones, sin ‘peros’”⁴⁸.

⁴⁶ Michael Ignatieff, *Index on Censorship: Wounded Nations, Broken Lives* 25 (1996), p. 112. La masacre ocurrió en Jasenovac durante la Segunda Guerra Mundial.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁸ Desmond Tutu, declaración para los medios de comunicación, pronunciada el 8 de mayo de 1997.

Trágicamente, ninguno de los líderes aceptó su reto. Pienso que la causa de la reconciliación sufrió mucho como consecuencia de esto.

En el libro *The Healing of a Nation?*, que consagra el proceder de la conferencia de 1994 realizada con anterioridad a la creación de la Comisión de Verdad y Reconciliación, Antjie Krog se refiere a la guerra Anglo-Boer, que tuvo lugar en Sudáfrica entre 1899 y 1902. Al introducir este tema en relación con las condiciones para la reconciliación, cita el poema de Eugene Marais que, según explica, fue interpretado en su momento como los pensamientos de un guardia solitario que se encontraba cerca a un *veld*** quemado durante la guerra:

*Oh frío es el ligero viento
Y delgado.
Y reluciente en la oscuridad
Y desnudo,
Tan basto como la piedad de Dios,
Yace el veld bajo la luz de las estrellas y la sombra.
Y alto en las cimas,
Expandiéndose entre zonas quemadas,
El pasto sembrado se mueve
Como manos que nos llaman.*

*Oh que triste es la tonada
Del pulso del viento del este,
Como los lamentos de una niña
Abandonada por el amor.
En cada hoja de hierba curvada
Brilla una gota de rocío,
Pero rápidamente se desvanece
En la escarcha del frío!⁴⁹*

Krog señala que 26.000 mujeres y niños murieron en campos de concentración británicos y en otras partes durante la guerra Anglo-Boer. Después de la guerra, se nombró una Comisión Real, pero ésta no investigó los crímenes cometidos contra la población local. La interesante pregunta que Krog hace es, “¿No habrá sido quizás el solo hecho de que los abusos de la guerra nunca fueron expuestos, ... un factor clave en el carácter que definió las leyes del *apartheid*?” y continúa preguntándose de manera perspicaz qué hubiera pasado si la comisión británica hubiera dejado constancia de los informes sobre injusticias cometidas durante la guerra. Yendo más al grano, pregunta qué hubiera pasado si los británicos se hubieran hecho responsables por los males que causaron en el pasado y si hubieran pedido perdón. Especula si acaso la historia de Sudáfrica hoy sería diferente si se hubiera hecho algún tipo de reconocimiento público en cuanto a la humanidad y equidad intrínseca en todos sus habitantes. Está claro que los abusos de los británicos, aunque nunca hayan sido oficialmente

** *Veld* o *Veldt* es traducido por el *Oxford Spanish Dictionary*, tercera edición, como una meseta de escasa pluviosidad en la República Sudafricana [nota del traductor].

⁴⁹ Alex Boraine y Janet Levy (eds.), *The Healing of a Nation?*, p. 113 [Traducción libre del traductor].

reconocidos o condenados por los mismos británicos, sí fueron documentados oficialmente por los afrikaners. Estos recuentos afianzaron la visión de los afrikaners como un grupo amenazado y victimizado, y la fuerte determinación de que nunca más serían víctimas, surgió en ellos. Más aún, los ingleses se convirtieron en los chivos expiatorios de los afrikaners; en palabras de Krog, los ingleses “se convirtieron en el diablo de manera que nosotros, los afrikaners, pudiéramos ser los ángeles”⁵⁰.

Es difícil saber con algún grado de certeza si una confesión pública por parte del gobierno británico sobre la muerte de mujeres y niños en campos de concentración hubiera alterado drásticamente la historia de Sudáfrica, particularmente en lo que se refiere a raza y poder. Pero no cabe duda que el resentimiento que muchos afrikaners sintieron ayudó a dar forma a su propia determinación de sobrevivir a cualquier costo. Este fuerte sentido de nacionalismo fue alimentado por el nacionalismo alemán en la década de los '30, conduciendo en última instancia a la política del *apartheid*. Quizás la historia hubiera sido diferente, pero nunca lo podremos saber. Sin importar lo que ha sucedido en Sudáfrica, no me cabe duda que si los británicos hubieran creado una comisión de verdad después de la guerra Anglo-Boer, o al menos hubieran hecho algún acto público de desagravio por los terribles resultados de sus campos de concentración, esto hubiera ayudado a sanar las profundas heridas que dejó la guerra.

En un intento por evaluar qué contribución, si es que hubo alguna, hizo la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica a la noble tarea de “unidad, reconciliación y reconstrucción” - citando palabras de la Constitución -, sería de gran ayuda recordar la filosofía fundamental contenida en ésta, sin la cual nunca hubiera sido posible la existencia de una comisión:

“Esta Constitución nos proporciona un puente histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividida y caracterizada por las luchas, conflictos, incalculable sufrimiento e injusticia y un futuro basado en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia, una coexistencia pacífica y el desarrollo de oportunidades para todos los sudafricanos, independientemente de su color, raza, clase, creencias o género.

“La búsqueda de la unidad nacional, el bienestar para todos los ciudadanos sudafricanos y la paz, requiere de la reconciliación entre la gente de Sudáfrica y de la reconstrucción de la sociedad”^{***}.

Si hay algo que puede afirmar la Comisión es su éxito en desenmascarar las verdades con respecto a las violaciones de derechos humanos que estuvieron ocultas durante tanto tiempo. Si la Comisión nunca hubiera emprendido este penoso, precario y siempre incompleto camino de dejar al descubierto decepciones y engaños, ¿cuáles habrían sido las consecuencias? El juez Ismail Mahomed, en su sentencia del caso *Azapo y Otros vs. el Presidente de la República de Sudáfrica*, responde estas preguntas:

⁵⁰ Antjie Krog, en Alex Boraine y Janet Levy (eds.), *The Healing of a Nation?*, pp. 113-15.

^{***} *Constitución Interina de Sudáfrica, 27 de abril de 1994, capítulo 16 “National Unity and Reconciliation” [nota del traductor].*

“La alternativa al otorgamiento de inmunidad penal a los perpetradores, sería mantener intacto el derecho abstracto de procesar a personas particulares sin la evidencia que sostenga con éxito dicho proceso; sería mantener a los familiares de las víctimas, en muchos casos, substancialmente ignorantes de lo que pasó exactamente a sus seres queridos, no saciar de manera efectiva su anhelo por la verdad, perpetuar su legítimo sentimiento de resentimiento y pena y, de la misma manera, permitir que los culpables de esos hechos continúen quizás físicamente libres, pero inhibidos en su capacidad de volverse miembros activos, plenos y creativos del nuevo orden por causa de una combinación amenazadora de miedo confuso, culpa, incertidumbre y algunas veces incluso terror”.

Continúa diciendo:

“Tanto las víctimas como los culpables que caminen sobre el “puente histórico” descrito en el epílogo cojearán más que caminarán hacia el futuro con pasos pesados y arrastrados, atrasando e impidiendo una transición rápida y entusiasta hacia la nueva sociedad, al final del puente, que es la visión a la que se hace referencia en el epílogo”.

Tal como Mahomed mismo deja en claro, lo contrario es igualmente cierto y poderoso:

“Las familias de personas torturadas ilegalmente, mutiladas o traumatizadas se empoderan para descubrir la verdad, los autores de dichos crímenes se exponen a la oportunidad de obtener cierto alivio del peso de la culpa y la ansiedad que probablemente ha vivido con ellos por muchos y largos años. El país inicia el proceso largo y necesario de sanar las heridas del pasado, transformando la rabia y las penas en un entendimiento maduro y creando un clima emocional y estructural esencial para “la reconciliación y la reconstrucción” que informa los muy difíciles, y algunas veces dolorosos, objetivos de la amnistía articulados en el epílogo”⁵¹.

Esto apunta al núcleo de lo que la Comisión pretendió hacer. En sus audiencias públicas para víctimas y autores de crímenes, algunas verdades se han revelado, alguna sanación ha sido otorgada, y alguna reconciliación se ha logrado. Esto no quiere decir que exponer la verdad necesariamente trae consigo la reconciliación de entrada. La única afirmación que hago es que sin esa verdad hubiera sido menos posible que la reconciliación fuera aceptada y trabajada que lo que de hecho fue: la exposición de la verdad dio un golpe certero a la negación y alentó profundamente a las víctimas y sobrevivientes a dejar el pasado atrás y retomar nuevamente sus vidas sin la sombra constante de la incertidumbre y la pérdida de dignidad y reconocimiento.

Más aún, la reconciliación no es algo que se alcance y que pueda ser colgado en la pared como un cuadro que representa el pasado o incluso el futuro. Es un proceso - proceso que se inició antes que la Comisión cobrara vida. El proceso de reconciliación comenzó en la

⁵¹ Caso CCT 17/96 de la Corte Constitucional.

mesa de negociaciones con la aceptación básica por parte de todos de que hay que compartir este territorio llamado Sudáfrica con los que antes fueron nuestros enemigos. Un ex prisionero del régimen comunista en su Polonia natal habla de manera muy elocuente y razonada sobre la transformación de actitudes:

“La imagen del enemigo es una carga moral y política porque usted está negociando con alguien a quien sólo ayer le llamaba opresor, asesino o terrorista. Usted le prometió a sus seguidores que esa persona recibiría un castigo severo como compensación por la opresión que vivieron. Sus seguidores, entre tanto, le dicen que la justicia requiere de castigo. Y preguntan: ‘¿Cómo puede usted negociar y hablar con una persona que es responsable por todos los desastres de nuestra gente?’”

Su respuesta es, “yo estoy negociando porque he elegido la lógica de la paz y he abandonado la lógica de la guerra. Esto quiere decir que el que ayer fue mi enemigo, hoy debe convertirse en mi compañero y ambos viviremos en un Estado en común. Puede ser que él continúe siendo mi opositor, pero es un opositor dentro de la paz, no dentro de la guerra”⁵².

La reconciliación en Sudáfrica comenzó no sólo cuando enemigos se sentaron en una misma mesa sino también cuando las víctimas contaron sus historias y los autores de las atrocidades confesaron lo que hicieron. Es un proceso que debe continuar por mucho tiempo, aún después de que la Comisión haya completado su tarea.

Ya he mencionado los peligros de una reconciliación mezquina. En particular cuando viene de aquellos directamente responsables del infierno del *apartheid* y que claman “paz, paz” cuando no hay paz. Una forma certera y segura de evaluar la reconciliación es viendo si está acompañada, o al menos si apunta, a la justicia económica. Wilmot James, ex director ejecutivo del Instituto Sudafricano para la Democracia (Institute for Democracy in South Africa - IDASA), plantea en *Siyaya*, la publicación trimestral de la organización, que “La CVR hizo un trabajo de base invaluable y ahora la tarea de la nación es asegurar la curación emocional con compensaciones materiales”⁵³. Como se ha enfatizado anteriormente, en Sudáfrica existen anacronismos inaceptables, y sólo cuando la gran mayoría de las personas que fueron perjudicadas por el *apartheid*, no sólo emocional sino económicamente, comiencen a creer que existe un horizonte nuevo al que pueden aspirar, les será posible aceptar con algo de entusiasmo el compromiso de la reconciliación.

También he hecho hincapié en la diferencia entre la reconciliación individual y nacional. Se han dado ejemplos que iluminan los muchos casos en que hubo reconciliación individual en el transcurso de las audiencias de la CVR. Queda aún por responder la pregunta de si es posible hablar de manera concreta sobre la curación de una nación. La respuesta sigue siendo ambigua. Es posible que hablar de la sanación de una nación que sufrió heridas

⁵² Adam Michnik, en Alex Boraine et al. (eds.), *Dealing with the Past*, p. 16. Michnik es co-editor de *Gazetta*, el sucesor del diario clandestino Solidaridad, con sede en Varsovia, que ahora es el principal periódico de Europa oriental. Es reconocido internacionalmente como un filósofo y teórico clave del movimiento Solidaridad de Polonia.

⁵³ *Siyaya*, Primavera de 1998, p. 60.

profundas por tanto tiempo, o hablar de la unión de una nación que ha estado dividida por tanto tiempo, signifique hablar el lenguaje no de los hechos, sino de la fe. Pero eso no lo hace ilegítimo. Es retar a la sociedad a ser lo que es llamada a ser, aún cuando no esté cerca de serlo. Es la promesa de lo que es posible hacia el futuro. Es el lenguaje de la poesía. Pero no podemos cometer nunca el error de asumir que estamos hablando de algo que de hecho está presente. Ese es el peligro de hablar de Sudáfrica como la “nación arco iris”. Cuando Tutu hace esto, él lo entiende como un potencial, como una promesa, como una esperanza, pero muchas veces es un término que es malentendido o mal interpretado como la afirmación de que éste es el punto donde nos encontramos ahora y se deja de lado como simple retórica barata. Michael Ignatieff, a quien cité anteriormente, lo explica bien: “Las sociedades y naciones no son como los individuos, pero los individuos que tienen autoridad política dentro de la sociedad pueden tener un enorme impacto sobre los misteriosos procesos mediante los cuales los individuos llegan a aceptar el dolor del pasado de su sociedad”⁵⁴. Sin embargo, pienso que él se equivoca al limitar la intervención a los individuos con autoridad política. Hay otros que tienen autoridad moral, como Tutu, quien puede hacer la misma diferencia significativa mediante un liderazgo lleno de coraje. Yo pienso que también es posible que un impacto de esta naturaleza pueda ser logrado no sólo por individuos que tienen autoridad política sino también por instituciones como la Comisión de Verdad y Reconciliación en Sudáfrica. Creo que la CVR contribuyó a un proceso nacional de reconocimiento y toma de responsabilidad por hechos pasados, lo que ha abierto una gran posibilidad de lograr alguna medida de reconciliación, no sólo para los individuos, sino también para la nación.

⁵⁴ *Index on Censorship: Wounded Nations, Broken Lives* 25, (1996), p. 122.

Capítulo Primero

La Democracia y el Mal Menor*

Michael Ignatieff

El día señalado, la muchedumbre desarmada de la juventud gótica fue reunida con todo cuidado en la plaza del foro; las calles y avenidas fueron copadas por tropas romanas y los techos de las casas estaban cubiertos de arqueros y tiradores armados con hondas. A la misma hora, en todas las ciudades del Oriente, se dio la señal de ejecutar una matanza indiscriminada con lo que las provincias de Asia fueron liberadas, mediante la cruel prudencia de Julio, de un enemigo interno, quien en un plazo de pocos meses podría haber llevado el fuego y la espada desde el Helesponto al Éufrates. La consideración imperiosa de la seguridad pública indudablemente puede autorizar la violación de toda ley positiva. Hasta donde puede operar aquella consideración o cualquier otra para violar las obligaciones naturales de humanidad y justicia es una doctrina respecto de la cual todavía prefiero permanecer en la ignorancia.

- Edward Gibbon, *Decadencia y caída del Imperio Romano* (1/76) 2.36
[versión libre del traductor]

I

¿Qué males menores puede cometer una sociedad cuando cree que enfrenta el mal mayor de su propia destrucción? Esta es una de las preguntas más antiguas en política y una de las más difíciles de responder. El viejo refrán romano (la seguridad del pueblo es la ley primera) fija pocos límites a las exigencias de la seguridad por sobre la libertad. En nombre de la seguridad del pueblo, la República Romana estaba preparada a sacrificar las demás leyes. Porque, ¿qué leyes sobrevivirían si Roma misma perecía? La suspensión de las libertades civiles, la detención de los extranjeros, el asesinato en secreto de los enemigos: todo se podía permitir, como último recurso, si la existencia del Estado estaba en peligro. Pero si en ocasiones la ley debe hacer concesiones frente a la necesidad, ¿es necesario que la ética también se someta? ¿No hay límite moral a lo que puede hacer una república cuando su existencia está

* Traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de Michael Ignatieff, titular del derecho de autor.

amenazada? Cuando Edward Gibbon relató cómo los romanos masacraron a los extranjeros indefensos en sus ciudades orientales en el año 395 d.c., como advertencia preventiva a los bárbaros que se reunían en masa en las puertas de su imperio, se negó a considerar si las acciones requeridas por la necesidad política podían seguir siendo un anatema para los principios morales. Esta es una pregunta que no sólo debe plantearse, sino que es preciso responderla.

Si la sociedad atacada el 11 de septiembre de 2001 hubiera sido una tiranía, quizás estas antiguas preguntas no habrían sido pertinentes, porque una tiranía se permite cualquier cosa. Pero la nación atacada esa mañana luminosa era una democracia liberal, un orden constitucional que establece límites al uso de la fuerza por parte de cualquier gobierno. Las constituciones democráticas permiten alguna suspensión de derechos en estados de emergencia. En consecuencia, los derechos no siempre son una “carta de triunfo”. Pero tampoco lo es la necesidad. Incluso en momentos de peligro real, las autoridades políticas deben demostrar que la restricción de derechos es justificada. Fundamentar tal restricción exige que el gobierno someta sus medidas a la revisión adversarial* por parte del poder legislativo, los tribunales y los medios de comunicación libres. Un gobierno que busca responder a un ataque o un peligro esperado está obligado a fundamentar las medidas extraordinarias que juzga necesarias ante el poder legislativo, a argumentar a favor de las mismas mediante razones que podrían convencer a personas razonables y a modificar las medidas frente a las críticas. Incluso una vez aprobadas las medidas extraordinarias por el poder legislativo, éstas pueden ser revisadas por los tribunales.

El primer desafío que una emergencia terrorista plantea a una democracia es este sistema de justificación adversarial. La maquinaria de la deliberación legislativa y la revisión judicial se mueven lentamente. Las emergencias requieren de acción rápida. En consecuencia, exigen el ejercicio de las prerrogativas del Poder Ejecutivo. Los presidentes y los primeros ministros deben tomar medidas primero y luego hacer preguntas. Pero el exceso de tales prerrogativas puede ser perjudicial para la democracia en sí.

En casos de emergencia, no queda otra alternativa que confiar en nuestros líderes y dejarlos actuar rápidamente cuando nuestras vidas corren peligro, pero no sería correcto confiar en ellos para que decidan la cuestión de mayor alcance de cómo equilibrar la libertad y la seguridad a largo plazo. Para estos dilemas mayores, debemos confiar en la deliberación democrática a través de nuestras instituciones. La justificación adversarial es una respuesta institucional, desarrollada a través de los siglos, frente a la dificultad inherente en tomar decisiones públicas apropiadas precisamente sobre este tipo de conflicto de valores¹. Es

* Nota del editor: el autor utiliza a lo largo de este texto el adjetivo inglés “adversarial” para referirse a una revisión, control o debate sobre decisiones de la autoridad efectuado de modo independiente y crítico por parte de otros poderes del estado o por la opinión pública. Hemos preferido emplear en castellano el adjetivo homónimo “adversarial”, aunque estrictamente se trata de un neologismo, en razón de que el uso dado por el autor y otros autores puede estarle dando una connotación de expresión técnica que la traducción “confrontacional” no reflejaría adecuadamente.

¹ Cass R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do* (Nueva York: Oxford University Press, 2001), 6-8, 13-47. Dennis Thompson y Amy Gutmann, *Democracy and Disagreement* (Cambridge: Harvard University Press, Belknap Press, 1996), 41-49.

altamente probable que los ciudadanos no estén de acuerdo acerca de hasta dónde tiene derecho a llegar el gobierno en una emergencia específica. Debido a que discrepamos profundamente respecto de estos asuntos, las instituciones democráticas proporcionan una resolución, mediante un mecanismo de equilibrio de poderes, para garantizar que la respuesta de ningún gobierno pueda llevarnos directamente tanto a la anarquía como a la tiranía.

Frente a una emergencia terrorista, no estamos de acuerdo, en primer lugar, acerca de lo sucedido: principalmente, el tipo y grado de riesgo que representa la amenaza terrorista. Sería más fácil si estos hechos fueran evidentes, pero rara vez lo son. La seguridad pública requiere realizar extrapolaciones acerca de futuras amenazas a partir de hechos discutibles respecto de las amenazas actuales. Lo que es peor aún: los hechos nunca se presentan ante el público simplemente como propuestas neutras susceptibles de ser examinadas en forma desapasionada. Nos llegan junto con una evaluación. A menudo se adaptan los hechos para justificar el curso de acción que se está proponiendo. Quienes favorecen medidas represivas habitualmente representan el riesgo como un hecho de alcance mayor; en cambio, los que se oponen a estas medidas tienden a minimizarlo. Los desacuerdos no terminan ahí. Incluso cuando estamos de acuerdo respecto de los hechos, podemos seguir estando en desacuerdo acerca de si los riesgos justifican las restricciones a la libertad.

Estos desacuerdos se extienden hasta el significado mismo de la democracia. Para la mayoría de los estadounidenses, la democracia sencillamente significa lo que señaló Abraham Lincoln: el gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo. Desde este punto de vista, la democracia es sinónimo de gobierno de la mayoría. La soberanía popular, por medio de representantes electos, debe ser el árbitro final de lo que le está permitido al gobierno cuando intenta defender nuestras libertades y nuestras vidas. Las democracias efectivamente cuentan con declaraciones de los derechos de los ciudadanos, pero éstas existen para servir a vitales intereses mayoritarios. Cuando el poder ejecutivo suspende los derechos, por ejemplo, lo hace en beneficio de la mayoría de los ciudadanos. Los intereses públicos que estos derechos defienden son definidos por los representantes elegidos por el pueblo y los tribunales deben interpretar lo que significan respetando lo que el poder legislativo y el pueblo dicen que significan². Defender el derecho de un individuo, por ejemplo, a la libertad de asociación en tiempos de tranquilidad, sirve para proteger la libertad de todos. Pero proteger a la misma persona en tiempos de emergencia puede ser perjudicial para todos. Una emergencia terrorista es precisamente una situación en que el hecho de permitir una libertad individual (para planificar, complotar, evadir la detección) puede constituir una amenaza para un interés esencial de la mayoría. Una democracia no tiene propósito más importante que la protección de sus miembros y los derechos existen para proteger ese propósito. Como ha señalado el Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, las libertades civiles significan la libertad de un ciudadano y no la libertad en abstracto de un individuo en estado natural³. Dicha

² John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge: Harvard University Press, 1980), 4: "he ahí, la función principal, que es al mismo tiempo el problema medular de la revisión judicial: una entidad que no es electa ni tiene por otra vía responsabilidad política significativa, le está señalando a los representantes electos del pueblo que no pueden gobernar a su antojo... En Estados Unidos esta es una acusación que importa".

³ William H. Rehnquist, *All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime* (Nueva York: Knopf, 1998), 222.

libertad, por tanto, debe depender de la supervivencia del gobierno y debe estar subordinada a su preservación.

Lo que impide que un sistema de esta naturaleza sea víctima de la tiranía de la mayoría es el mecanismo de equilibrio de poderes y, en términos más generales, el proceso democrático de justificación adversarial en sí. Si bien la injusticia siempre se puede justificar si uno solamente la tiene que defender ante uno mismo, resulta un poco más difícil cuando hay que justificarla ante otras instituciones democráticas, como los tribunales, el poder legislativo o los medios de comunicación libres. En consecuencia, es posible que los presidentes y primeros ministros no consideren que una medida restrictiva es errónea, pero si saben que dicha medida tendrá que ser aprobada por los tribunales y el poder legislativo, lo pensarán dos veces.

Además del mecanismo constitucional de equilibrio de poderes, existe también el contrapeso democrático de los intereses sociales, religiosos y políticos que compiten entre sí en la nación en general. Una de las versiones más lúcidas de este argumento aparece en *Federalist* N° 51, en el que, al analizar el sistema de equilibrio entre el poder federal y estadual, los autores señalan que, si bien toda la autoridad en Estados Unidos se deriva del poder de la mayoría,

“la sociedad misma estará dividida en tantas partes, intereses y clases de ciudadanos, que los derechos de los individuos, o los de la minoría, correrán poco riesgo de combinaciones interesadas de la mayoría. En un gobierno libre, la protección de los derechos civiles debe ser la misma que la de los derechos religiosos. Se trata, por una parte, de la variedad de intereses y sectas; y se puede presuponer que esto depende de la extensión del país y del número de personas bajo el mismo gobierno”⁴.

En contra de esta *visión pragmática* existe una *visión moral* de la democracia que sostiene que es algo más que el gobierno de la mayoría sometido a la disciplina del mecanismo de equilibrio de poderes. Es también un orden de derechos que pone límites al poder de la comunidad respecto de las personas. Estos límites no existen sólo por razones prudenciales, para impedir que el gobierno trate sin miramientos a los individuos. Los derechos también existen para expresar la idea de que los individuos tienen importancia intrínseca. Las democracias no sólo sirven a los intereses mayoritarios sino que otorgan respeto intrínseco a los individuos. Este respeto se expresa en la forma de derechos que garantizan ciertas libertades. Las libertades tienen importancia, a su vez, porque constituyen una condición previa para vivir con dignidad. En este caso la dignidad se refiere simplemente al derecho de vivir la propia vida de la mejor manera posible, dentro de los límites establecidos por la ley, y de tener derecho a voz, por pequeña que sea la participación, en cuanto a cómo se manejan los asuntos públicos. Dicho de otro modo, el gobierno para el pueblo es algo más que el gobierno para la felicidad y la seguridad de la mayoría. La limitación esencial del gobierno democrático es que, en primer lugar, debe servir a los intereses mayoritarios sin sacrificar la libertad y la dignidad de los individuos que forman la comunidad política y que, en ocasiones, pueden oponerse a la forma en que se los gobierna. Los derechos ciertamente tienen su origen

⁴ *The Federalist* N° 51 <http://memory.loc.gov/const/fed/fedpapers.html> (con acceso el 4 de diciembre de 2003).

en la soberanía de los pueblos, pero la gente (y sus representantes) deben orientarse hacia los intereses mayoritarios respetando las limitaciones que imponen los derechos.

Aharon Barak, presidente de la Corte Suprema de Israel, describe estos dos conceptos de democracia como “formal” y “sustantivo”⁵. Otros académicos han contrastado una lectura “pragmática” de la Constitución de los Estados Unidos con una lectura “moral”⁶. En épocas normales, estos dos significados de la democracia (una que recalca la soberanía popular y la otra que hace hincapié en los derechos; una que privilegia los intereses colectivos y la otra que favorece la dignidad individual), son interdependientes. No se puede tener una democracia sin derechos y los derechos no podrán estar seguros a menos que se cuente con una democracia. Pero en emergencias terroristas, la relación entre ellas se rompe. Lo que hace que la seguridad aparentemente prevalezca sobre la libertad en emergencias terroristas es la idea, indudablemente cierta, de que la libertad de la mayoría depende completamente de su seguridad. Un pueblo que vive atemorizado no es libre. En consecuencia, la seguridad de la mayoría tiene una reivindicación imperativa. En este sentido, los derechos son expedientes políticos establecidos por una mayoría para su defensa y, por lo tanto, tal mayoría tiene libertad de coartarlos, cuando la necesidad lo impone. Por otra parte, aquellos que defienden una definición de la democracia basada en los derechos argumentarán que los derechos pierden toda su eficacia, no solamente para las personas que están en situación de riesgo sino que también para la mayoría, si son revocables en caso de necesidad.

Ambas partes recurren, entonces, a la historia para reivindicar sus posiciones. Aquellos que conciben la democracia primordialmente en términos de interés de la mayoría, apuntan a las reiteradas restricciones a la libertad en las emergencias nacionales que se han producido anteriormente, desde la suspensión del habeas corpus por parte de Lincoln durante la Guerra Civil hasta la detención de extranjeros ilegales después del 11 de septiembre, y afirman que las democracias sobreviven, en parte, porque no dejan que los derechos entorpezcan la aplicación de medidas enérgicas. Por otra parte, las medidas enérgicas no impiden que los derechos rijan nuevamente en tiempos de seguridad. Las medidas provisionales son precisamente eso y no necesariamente tienen que dañar en forma permanente el tejido constitucional de la democracia. Quienes colocan los derechos en primer lugar responderán que sí, la democracia sobrevive, pero que la violación de los derechos compromete innecesariamente la obligación que la democracia tiene con la dignidad y la libertad. La detención de los japoneses-estadounidenses durante la Segunda Guerra Mundial sería un ejemplo de tiranía mayoritaria y uso indebido de una prerrogativa del poder ejecutivo, motivado por el temor y el prejuicio racial⁷. Una parte de los que debaten se preocupa porque la excesiva preocupación por los derechos dejará a la democracia atada de manos, mientras que la otra parte insiste que si se

⁵ Véase la descripción de cómo una Corte Suprema busca equilibrar los dos significados en tiempos de terrorismo, en A. Barak “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy”, *Harvard Law Review* 116, N° 1 (noviembre 2002): 16-162 y particularmente 36-46 y 148-60.

⁶ Ronald Dworkin, “Philosophy and Monica Lewinsky”, *New York Review of Books*, 9 de marzo de 2000; Ronald Dworkin, “Posner’s Charges: What I Actually Said” (2000), <http://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/dworkin/> (con acceso el 4 de diciembre de 2003). Ronald Dworkin, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge: Harvard University Press, 1996), vs. Richard Posner *The Problematics of Moral and Legal Theory* (Cambridge: Harvard University Press, Belknap Press, 1999).

⁷ Peter Irons, *Justice at War* (Nueva York: Oxford University Press, 1983) 9-13, 57-64. David Cole “An Ounce of Detention”, *American Prospect*, 9 de septiembre de 2003.

restringen los derechos, aunque sean solamente aquellos de algunos individuos, la democracia traiciona su propia identidad.

Los partidarios de las libertades civiles piensan que éstas definen lo que es la democracia. Pero el apoyo público recurrentemente débil y superficial por las posiciones en pro de las libertades civiles sugiere que muchos estadounidenses están en desacuerdo. Estos creen que el interés de la mayoría debería predominar por encima de las libertades civiles de quienes se sospecha que son terroristas⁸. Para estos demócratas, los derechos son límites prudenciales a la acción del gobierno, revocables en tiempos de peligro; los partidarios de las libertades civiles estiman que son compromisos fundacionales frente a la dignidad individual que debieran limitar igualmente la acción gubernamental tanto en tiempos de seguridad como de peligro. Para unos, lo que importa, en términos esenciales, es que subsistan las democracias. Para otros, lo que importa más es que las democracias subsistan sin traicionar lo que representan.

Hay un desacuerdo adicional en cuanto a si un país que enfrenta una emergencia terrorista debe basar su política pública exclusivamente en su Constitución y sus leyes o si está obligado a tomar en consideración la opinión de los demás Estados y lo establecido por los acuerdos y convenciones internacionales. Algunos sostienen que los compromisos de la democracia con la dignidad se limitan a sus propios ciudadanos y no se extienden a sus enemigos. Otros señalan que una democracia no es una isla moral autosuficiente. En consecuencia, como han señalado muchos académicos, la Constitución Política de Estados Unidos extiende su protección a “personas” y no solamente a ciudadanos⁹. Por lo tanto, los extranjeros tienen derechos bajo las leyes de Estados Unidos, como también, evidentemente, bajo las convenciones internacionales de las que Estados Unidos es signatario. Los combatientes enemigos tienen derechos en virtud de las Convenciones de Ginebra e incluso los terroristas conservan sus derechos *humanos* dado que éstos son inherentes al hecho de ser humano y por lo tanto irrevocables. Otros piensan que este enfoque valora más la coherencia que la justicia. La justicia, para las víctimas de las atrocidades terroristas, requiere que los terroristas sean tratados como “enemigos de la raza humana” y perseguidos sin consideración alguna por sus derechos humanos¹⁰.

Cuando los ciudadanos de una democracia insisten que lo más importante en una emergencia terrorista es la seguridad de la mayoría, generalmente están diciendo que los derechos son, en el mejor de los casos, una restricción lateral y, en el peor de los casos, un impedimento molesto frente a una acción decisiva y vigorosa. Quienes piensan de este modo probablemente piensan también que los acuerdos internacionales, tales como las

⁸ *Resultados de la Encuesta USA Today/CNN Gallup* (agosto de 2003), http://www.lifeandliberty.gov/subs/s_people.htm (con acceso el 4 de diciembre de 2003). En respuesta a la pregunta “En su opinión, ¿cree usted que el gobierno del Presidente Bush se ha excedido, ha estado más bien en lo correcto o no ha restringido las libertades civiles suficientemente en la lucha contra el terrorismo?” entre un 55 y un 60 % de los encuestados respondieron “ha estado más bien en lo correcto”, cifras que permanecieron relativamente estables desde junio de 2002. El 48% de la muestra opina que la Ley Patriótica (*Patriot Act*) logra un equilibrio entre libertad y seguridad “relativamente adecuado”.

⁹ David Cole, *Enemy Aliens*, (Nueva York: New Press, 2003).

¹⁰ Sobre la idea de un enemigo de la raza humana, véase la discusión que aparece en el libro de Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A report on the Banality of Evil* (Nueva York: Viking, 1963).

Convenciones de Ginebra o la Convención contra la Tortura, no debieran plantear limitaciones a lo que puede hacer Estados Unidos en una guerra contra el terrorismo. Dado que la amenaza va dirigida principalmente en contra de Estados Unidos, el país debe responder de acuerdo con su propio sistema de leyes y no de acuerdo con las normas de los demás. Sin embargo, el hecho de adoptar esta posición equivale también a suponer que la vida de los propios ciudadanos vale más que la vida de la gente de otros países. Como ha señalado Ronald Dworkin, ello es equivalente a basar la política en la premisa de que los estadounidenses están primero¹¹. Los que no concuerdan con esta idea generalmente están comprometidos con la noción de que los compromisos éticos de una democracia son universales y son válidos tanto para sus ciudadanos como para sus enemigos.

Estos debates también tienen que ver con el hecho de que algunas medidas simplemente son incorrectas. Los consecuencialistas afirman que las medidas cuyo objeto es salvar vidas y conservar la seguridad de los ciudadanos no pueden ser incorrectas si efectivamente logran hacerlo. Lo serían solamente si no funcionan, es decir, si producen una cadena de daños adicionales; por ejemplo, más ataques terroristas. La mayoría de los partidarios de las libertades civiles creen que algunas acciones siguen siendo incorrectas aunque funcionen. De este modo, torturar a una persona para que revele acciones terroristas es errado a pesar de que se logre extraer información útil y, en consecuencia, ninguna democracia debiera involucrarse jamás en actividades de tortura. Hay una tercera postura que está entre las otras dos, que sostiene que las consecuencias pueden ser tan importantes al salvar a miles de personas de los ataques terroristas que bien podría valer la pena someter a un individuo a un interrogatorio sin tregua, aunque sin violencia física, para extraer información esencial. Pero este tipo de interrogatorio, que llevaría a los sospechosos a los límites de su tolerancia psicológica, seguiría siendo una violación de su dignidad. Sería un mal menor comparado con permitir que miles de personas murieran, pero la necesidad de hacerlo no significaría que no es incorrecto.

Esta tercera postura, que corresponde al título de este libro, afirma que la necesidad nos puede llevar a tomar medidas en defensa de la democracia que se apartan de los compromisos fundacionales con la dignidad que son propios de la democracia misma. Si bien no podemos evitar esto, la mejor manera de minimizar los daños es que mentalmente mantengamos una clara distinción entre lo que la necesidad permite justificar y lo que la moral de la dignidad puede justificar y no permitir jamás que las justificaciones de la necesidad (riesgo, amenaza, peligro inminente) desbaraten el carácter moralmente problemático de las medidas necesarias. Justamente porque las medidas son moralmente problemáticas deben ser estrictamente focalizadas, aplicadas al número más pequeño posible de personas, utilizadas como último recurso y sujetas al escrutinio adversarial de un sistema democrático abierto.

La postura del mal menor sostiene que, ante una emergencia terrorista, ni los derechos ni la necesidad debieran ser una “carta de triunfo”. La democracia está comprometida tanto con la seguridad de la mayoría como con los derechos del individuo. No se puede permitir que la moralidad de las consecuencias o la moralidad de la dignidad tengan un predominio exclusivo en la toma de decisiones de políticas públicas. Dado que cada uno de estos

¹¹ Ronald Dworkin, “Terror and Attack on Civil Liberties”, *New York Review of Books*, 6 de noviembre de 2003.

principios éticos conlleva legítimas exigencias, el marco resultante será complejo, por decir lo menos, y no habrá “cartas de triunfo”, ni justificaciones o títulos que ganen todo lo que está sobre la mesa de juego. Lo que funciona no siempre es lo correcto. Lo que es correcto no siempre funciona. Es posible que los derechos tengan que ceder ante la seguridad en algunos casos pero más vale que haya buenas razones y claras restricciones para limitar los derechos; de lo contrario, los derechos rápidamente pierden todo su valor. Al mismo tiempo, una Constitución política no es un pacto suicida: los derechos no pueden limitar a un punto tal el ejercicio de la autoridad que tornen imposible toda acción decisiva. Por último, las normas internacionales son importantes. Las naciones no son islas morales: deben cumplir con las normas internacionales, tanto en lo que se refiere a respetar los tratados y las convenciones que han firmado como también, como decía Thomas Jefferson, para mostrar “un decente respeto por las opiniones de la humanidad”.

La moralidad del mal menor ha sido diseñada para los escépticos, para gente que acepta que los líderes deben tomar acciones perentorias basada en información que dista mucho de ser precisa; para quienes piensan que puede ser necesario sacrificar cierto grado de libertad en momentos de peligro; para quienes quieren una política que funcione pero que no están dispuestos a hacer que lo que funcione sea el único criterio para decidir lo que se debe hacer. Este tipo de ética es un acto de equilibrio: se busca lograr una adjudicación entre las afirmaciones de riesgo, dignidad y seguridad de tal forma que realmente se aborde los casos particulares de amenaza. Una ética de equilibrio no puede privilegiar los derechos, la dignidad o la seguridad pública por encima de todo lo demás. Privilegiar un aspecto y excluir los demás, es la jugada que produce el error moral. Todos son principios importantes, todos deben ser sopesados igualmente en la balanza y ninguno debe prevalecer sobre los demás.

Esta es una ética de prudencia en lugar de principios primarios; una que evalúa qué se debe hacer frente a una emergencia con un sesgo conservador en contra de la transgresión de los estándares establecidos sobre debido proceso, igualdad ante la ley y dignidad básica. Un sesgo conservador supone que, ante emergencias terroristas, la primera respuesta suele ser errónea. Las normas del debido proceso que se han asentado a lo largo del tiempo no deben ser descartadas apresuradamente. Estas normas son más que meros procedimientos, anclados en la tradición legal. Reflejan compromisos importantes con la dignidad individual. En concreto, la protección de la ley significa que nadie debe ser detenido en forma indefinida, sin tener acceso a asistencia legal o revisión judicial. Más aún, las personas sólo pueden ser detenidas por lo que han hecho, no por quienes son ni por lo que piensan, profesan o creen. Un principio conservador clave sería que las detenciones a granel y las redadas generales de sospechosos siempre son un error porque violan el principio de la ley en cuanto a la individualidad de la culpa. Es invariablemente incorrecto arrestar o detener gente sobre la base del principio de culpa por asociación, sobre la base de raza, origen étnico o filiación religiosa. Toda política de detención debe estar orientada a aquellos individuos contra quienes se pueda demostrar que existe una causa probable. De acuerdo con estas normas, Estados Unidos no pasó la prueba al detener a casi cinco mil extranjeros, principalmente hombres solteros de origen árabe o musulmán, después del 11 de septiembre. No se ha encontrado que ninguno de los detenidos reunía las condiciones necesarias para ser acusados de actos

terroristas. En retrospectiva, todo el ejercicio pareciera haber sido tan innecesario como injusto¹².

Si bien un sesgo conservador nos permitirá discernir la mayoría de las reacciones excesivamente apresuradas ante las emergencias terroristas, puede no ser adecuado cuando estamos ante la necesidad de enfrentar a terroristas que controlan armas de destrucción masiva. Si la amenaza es de magnitud suficiente, quizás sea necesario efectuar detenciones preventivas de los sospechosos, junto con realizar acciones militares o policiales para desarmar, inhabilitar o neutralizar la amenaza. Es poco realista pensar que los compromisos con la dignidad, acompañados de un sesgo conservador en contra de apartarse de las normas legales comprobadas, serán suficientes para hacer frente a cualquier eventualidad en el futuro. Luego de otro ataque terrorista en que se produzcan bajas en cantidad equivalente o mayor a las que se produjeron el 11 de septiembre, gran parte de los miramientos se disiparían. Sin embargo, ni siquiera una situación de necesidad extrema puede pasar por alto los procesos democráticos y la obligación de equilibrar las medidas drásticas con el compromiso básico de ofrecer una plena justificación pública.

Si una guerra contra el terrorismo puede requerir males menores, ¿qué impedirá que lentamente se conviertan en el mal mayor? La única respuesta es la democracia misma. La democracia liberal ha perdurado porque sus instituciones están diseñadas para hacer frente a formas moralmente peligrosas de poder coercitivo. Esto plantea la cuestión de hasta dónde debe llegar el gobierno en el fuego cruzado de la revisión adversarial. Los procedimientos de la revisión adversarial no solamente enfrentan a una rama del gobierno contra la otra, sino que al interior de una misma rama existen y debieran haber equilibrios y contrapesos, cortafuegos que garanticen la independencia de las instituciones que llevan a cabo la revisión al interior de las agencias. Por ejemplo, el *General Accounting Office* controla los gastos de otras agencias federales del gobierno estadounidense. Una unidad del Departamento de Justicia criticó recientemente la forma en que otra unidad manejó a los detenidos por disposición del Poder Ejecutivo con posterioridad al 11 de septiembre, con lo cual esta última modificó su forma de operar¹³.

En este proceso de revisión adversarial el test de la razón no es el test de la perfección. Los ciudadanos generalmente aceptan las decisiones resultantes, no porque sean las correctas sino porque son razonables y porque la revisión democrática permite un verdadero debate adversarial y abierto de opiniones. Por supuesto, hasta el proceso más abierto puede producir resultados perversos. El Senador Joseph McCarthy acosó y difamó a personas sospechosas de ser simpatizantes comunistas a plena luz de la publicidad y, durante un tiempo, contó con el apoyo de la mayoría. Si bien los procedimientos abiertos son falibles, por lo menos generan la posibilidad de corregir los errores. Aunque McCarthy persiguió a gente inocente en procedimientos abiertos, también su caída fue provocada por el mismo tipo de procedimiento¹⁴. En última instancia, si los procedimientos abiertos no logran producir

¹² Cole, *Enemy Aliens*.

¹³ U.S. Justice Department Inspector General Report on Administrative Detention (junio de 2003), <http://www.usdoj.gov/oig/special/03-06/index.htm> (con acceso el 4 de diciembre de 2003).

¹⁴ Robert D. Marcus y Anthony Marcus, eds., "The Army-McCarthy Hearings, 1954" en *American History through Court Proceedings and Hearings* vol. 2 (St. James, N.Y.: Brandywine Press, 1998), 136-51.

respuestas que cuenten con el consentimiento de los ciudadanos son ellos quienes deben obligar a las instituciones, por medio de la crítica pública y los procesos electorales, a producir mejores respuestas. Un aspecto impactante de la democracia es el papel que desempeña la desconfianza en lograr mantener honesto al sistema. El sistema de equilibrio y contrapesos y la separación entre los poderes del Estado supone la posibilidad de deshonestidad o incapacidad en una institución u otra. La seguridad última en una democracia radica en que las decisiones que logran atravesar el filtro de este largo proceso tienen menos posibilidades de ser erróneas que aquellas que se toman, de una vez, en la cumbre.

La guerra librada contra el terrorismo desde el 11 de septiembre causa tensiones a la democracia misma porque, en la mayor parte, se lleva a cabo en forma oculta, utilizando medios que están al borde de la ley y la moralidad. Sin embargo, las democracias han demostrado ser capaces de mantener bajo control el ejercicio secreto del poder. El secreto se puede controlar siempre que “la decisión que impone reserva no sea, en sí misma, secreta”¹⁵. El poder legislativo puede realizar audiencias sobre asuntos sensibles de inteligencia a puerta cerrada; los jueces pueden exigir que los fiscales estatales justifiquen que las audiencias se deban realizar en absoluta reserva o que no se entregue determinada información a la parte acusada. Las líneas rojas deben ser claras: jamás se justifica relegar o deportar a un extranjero o a un ciudadano mediante procedimientos realizados en secreto. La publicidad en cualquier proceso en el que esté en juego la libertad humana es sencillamente un factor definitorio de lo que es la democracia. El problema no consiste en definir dónde está la línea roja sino en hacer que se cumpla. Una democracia en la que la mayoría de la gente no vota pero en la que muchos jueces otorgan una deferencia desmedida a las decisiones del poder ejecutivo y en el que el gobierno se niega a permitir una revisión abierta y adversarial de las medidas que adopta, tiene pocas probabilidades de mantener el equilibrio adecuado entre la seguridad y la libertad. La guerra contra el terrorismo no es solamente un desafío para la democracia; es un cuestionamiento de la vitalidad de su capacidad para la revisión adversarial.

II

Habiendo establecido los requisitos rudimentarios de un criterio del mal menor en la guerra contra el terrorismo, debo decir algo sobre la palabra *mal*. En primer lugar, no todo mal es perpetrado por personas malas ni con malos propósitos. Algunas de las peores cosas que se han hecho a los seres humanos se hacen con la mejor intención del mundo. El mal característico de las democracias generalmente es producto de la ceguera de las buenas intenciones. El mal al que me estoy refiriendo es el que cometen los funcionarios de los estados democráticos liberales que saben que no deben hacer el mal, que trabajan para instituciones creadas como protección en contra del mal. Sin embargo, es posible que actúen mal porque creen que estas acciones se justifican para prevenir males mayores o porque, dado el tamaño de las burocracias modernas, apenas conocen las consecuencias de sus acciones.

¹⁵ Dennis E. Thompson, *Political Ethics and Public Office* (Cambridge: Harvard University Press, 1987), 118; también Dennis Thompson, “Democratic Secrecy”, *Political Science Quarterly* 114, N° 2 (verano de 1999): 181-93. Véase también *US. Senate Final Report of the Select Committee to Study Governmental Operations with Respect to Intelligence Activities* (Washington D.C.: U.S. Government Printing Office, 1976), 11-14.

No obstante, ¿por qué habrían de tener alguna relación las democracias con el mal? ¿Por qué exponer a sus funcionarios a tal peligro moral? ¿Por qué no evitar riesgos permaneciendo del lado de la pura legalidad? La respuesta es que estamos frente a gente mala y que para atajarlos quizás debemos responderles con la misma moneda. En tal caso, ¿cómo evitar que los males menores se conviertan en males mayores?

Permítanme admitir que el proceso mismo de justificar un acto como el menor de dos males es un ejercicio de riesgo moral. Podemos hacerlo legítimamente sólo si realmente sabemos lo que estamos haciendo y no intentamos fingir que el carácter necesario de un acto malvado sirve de excusa para su naturaleza moralmente dudosa. De este modo, el hecho de matar a una persona inocente para salvar a cientos de otros podría ser un mal menor, pero sería de todos modos un acto incorrecto. La ley podría aceptar que opera una circunstancia atenuante de responsabilidad, pero ello no eliminaría la naturaleza criminal del acto. La Corte Suprema de Israel ha dictaminado que un agente del Estado puede invocar la necesidad como defensa, si se le acusa de torturar a una persona; esta excusa podría servir para atenuar la sanción por violar la ley pero no justificaría la tortura misma, que sigue siendo un acto criminal¹⁶.

No es mi intención minimizar el riesgo moral del hecho de recurrir a medios malvados. A veces podemos predecir este riesgo con precisión, pero, en general, no es posible. El hecho de escoger el mal menor con el fin de evitar un mal mayor quizás no sirva para impedir que igualmente se produzca el mal mayor. Por ejemplo, al intensificar un conflicto militar, un comandante puede optar por aumentar lo menos posible el grado de fuerza utilizado con el fin de mantener al mínimo los daños y lograr un objetivo militar con el menor costo posible. Sin embargo, este enfoque puede hacer que el rival redoble su voluntad de resistir, produciendo con ello el resultado involuntario de un conflicto que cuesta más vidas, posiblemente para ambos lados, que lo que habría ocasionado una escalada corta e intensa¹⁷. Las consecuencias negativas no son siempre previsibles y, por lo tanto, al escoger la opción del mal menor, posiblemente estemos disparando al azar a sabiendas que, lamentablemente, las buenas intenciones no pueden eximirnos de la responsabilidad cuando se producen consecuencias negativas.

Una razón adicional por la cual el hecho de utilizar el recurso del mal menor conlleva riesgo moral es que los seres humanos son sumamente hábiles para inventar buenas intenciones, ingeniándose las para desarrollar excusas aceptables en relación con consecuencias atroces. Eurípides, el dramaturgo de la Grecia antigua, nos proporciona un relato particularmente decidor de esta situación en *Medea*. Esta obra relata la historia de una

¹⁶ *Israeli Supreme Court Judgment on the Interrogation Methods Applied by the GSS* (6 de septiembre de 1999), http://www.us-israel.org/jsource/Society_&_Culture/GSS.html (con acceso el 4 de diciembre de 2003):

Además, la defensa basada en la “necesidad” tiene como efecto permitir a quien actúa bajo las circunstancias de la “necesidad” eludir la responsabilidad criminal. La defensa basada en la “necesidad” no posee un valor normativo adicional. Asimismo, no autoriza el uso de medios físicos con el fin de permitir a los investigadores ejecutar sus obligaciones en circunstancias de necesidad. El propio hecho de que un acto en particular no constituya un acto criminal (debido a la defensa de que es una “necesidad”) no autoriza en sí mismo a la administración a perpetrar este acto y al hacerlo, violar los derechos humanos. [Versión libre del traductor].

¹⁷ Michael Ignatieff, *Virtual War: Kosovo and Beyond* (New York, Metropolitan, 2000), conclusión.

mujer que asesina a sus dos hijos con el fin, según ella, de evitarles el horror de ser asesinados por extraños:

Mujeres, es mi tarea matar mis hijos tan pronto como pueda y abandonar esta Tierra, y no, por dejar pasar el tiempo, soportar que mis hijos Sean asesinados por otra mano menos bondadosa con ellos. La fuerza ha determinado que deben morir y Dado que esto debe ser así, yo, su madre, los mataré¹⁸.
[versión libre del traductor]

Pero, como ella también quiere vengarse del padre de los niños porque la ha abandonado, no es posible ver a Medea desde un punto de vista moral totalmente incondicional. Quizás les esté ahorrando sufrimiento a sus hijos pero también es dable pensar que los está sacrificando por su propia furia. Incluso llega a confesarlo:

*Sé bien el mal que pienso hacer,
Pero más fuerte que todas mis reservas es mi furia,
Una furia que derrama sobre los mortales el más grande de los males.*
[versión libre del traductor]

Por otra parte, desde el punto de vista de sus hijos, ¿quién puede decir que ser asesinado por la propia madre es más misericordioso que ser asesinado por extraños? Solamente si tenemos la certeza de que serían torturados, abusados y luego asesinados por extraños podemos justificar su acto como un mal menor. Porque Eurípides es un gran dramaturgo nos deja, en nuestra calidad de público, en la duda acerca de este punto y, por esta razón, dos mil años más tarde, cuando salimos del teatro seguimos preguntándonos si Medea es un monstruo que se justifica a sí misma o un trágico ángel de misericordia.

Tal como nos muestra Eurípides, los seres humanos son capaces de justificar cualquier cosa como un mal menor si tienen que hacerlo solamente frente a sí mismos. En el caso de Medea, el público ve con mayor claridad que la misma Medea, si bien no logra desentrañar sus motivos. En esta obra, el mal aparece como la incapacidad de tomar distancia, a través de la razón, de la fuerza primigenia del sentimiento, de modo que toda la emoción fuerte se vuelve automáticamente autojustificatoria.

El mal también puede presentarse de manera racional, en la forma de una opción cuidadosa y deliberada de hacer daño, motivada por un cálculo racional pero equivocado de un bien anticipado. De cualquier modo, en el dolor histórico o en el cálculo frío, el curso del mal menor puede conducir a la tragedia o al crimen. Pero como insiste Eurípides, estas elecciones son elementos ineludibles de la experiencia humana. Una guerra contra el terrorismo presenta tales opciones a los dirigentes: infligir daño a algunos para salvar a otros, engañar a algunos para tenderle una trampa a otros, matar a algunos para conservar la libertad de otros. La democracia ha sido diseñada para enfrentar opciones trágicas y esto lo hace entendiendo que si bien cualquiera puede justificar cualquier cosa, supuesto que lo justifique sólo ante sí mismo,

¹⁸ Eurípides, *Medea*, traducción al inglés de Rex Warner (New York: Dover Publications, 1993), 40.

es menos probable que lo lleve a la práctica si se ve obligado a justificarlo en procedimientos adversariales frente a sus conciudadanos.

Sin embargo, esto no significa que los demócratas no cometan actos malvados a veces. Ningún sistema político es capaz de salvarnos del peligro moral. Efectivamente, como lo entendió hace mucho Maquiavelo, las decisiones dudosas no son simples incidentes accidentales en la vida política: forman parte inherente de la acción política. Maquiavelo se hizo famoso por insistir que las cualidades morales que admiramos en la vida privada, a saber la probidad, la honradez, la clemencia, pueden convertirse en desventajas en la vida pública y que el hecho de aplicar los escrúpulos privados a las decisiones que es necesario tomar cuando está en juego la seguridad de la república podría conducir a ésta al desastre¹⁹. Gracias a Maquiavelo nos resulta conocida la ironía de que un político que en la vida privada condenaría los homicidios, no dudaría en ordenar a sus fuerzas armadas que maten en masa a los enemigos de la república. El mismo líder político que sentiría vergüenza de mentirle a su propia familia, no debería dudar en actuar con doblez frente al poder legislativo cuando la seguridad pública requiere que se mantenga oculta una misión secreta para proteger la república.

Si bien Maquiavelo afirma que toda la vida política necesariamente implica males menores, no se pregunta si la democracia impone límites particulares a los tipos de males que los demócratas pueden considerar. Aunque el derecho internacional fija normas para los Estados, independientemente de si son libres o si son tiranías, bien o mal gobernados, parece evidente que los Estados democráticos se sujetarán a sí mismos a estándares más elevados de dignidad y debido proceso.

Lo hacen así porque los Estados liberales buscan crear un espacio libre para la deliberación democrática y para establecer límites estrictos a los poderes coercitivos del gobierno²⁰. Este es el doble sentido en el cual las democracias se oponen a la violencia: en

¹⁹ Nicolás Maquiavelo *El Príncipe*, traducción al inglés y edición de Robert M. Adams (Nueva York: Norton, 1977), 44-45. “De aquellas cosas por las cuales los hombres y especialmente los príncipes son alabados o censurados”: “No debe preocuparse gran cosa porque se le reproche en razón de vicios sin los cuales difícilmente podría salvar el Estado, porque si consideramos esto con frialdad, hallaremos que, a veces, si sigue lo que parece virtud causaría su ruina, en tanto que lo que parece vicio sólo le traería seguridad y prosperidad”. Isaiah Berlin, “The Originality of Machiavelli”, en *Against the Current* (New York: Viking, 1980).

²⁰ Isaiah Berlin “Two Concepts of Liberty” en *Four Essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1969), 165:

Si yo deseo conservar mi libertad, no es suficiente decir que no debe ser violada a menos que alguna persona, como el gobernante absoluto o la asamblea popular o el rey o el parlamento o los jueces o alguna combinación de autoridades o las leyes mismas (porque las leyes pueden ser opresoras), autoricen su violación. Debo establecer una sociedad en la cual haya ciertas fronteras que nadie debe estar autorizado a traspasar. Se podrán dar diferentes nombres o naturalezas a las reglas que determinen dichas fronteras; podrán denominarse derechos naturales, la palabra de Dios, Derecho Natural, demandas de la utilidad o “los intereses permanentes de la humanidad”; puedo creer que éstos son válidos *a priori*, o afirmar que constituyen mis propios fines últimos o los fines de mi propia sociedad o mi cultura. Lo que tendrán en común estas reglas o mandamientos es que sean aceptados tan ampliamente y arraigados tan profundamente en la verdadera naturaleza de los seres humanos tal como se han desarrollado en el curso de la historia como para que, a estas alturas, constituyan una parte esencial de lo que consideramos un ser humano normal. La creencia genuina en la inviolabilidad de un grado mínimo de libertad individual implica una posición absoluta de esta naturaleza porque está claro

forma positiva, buscan crear instituciones libres en las cuales las políticas públicas son decididas libremente en vez de mediante el temor y la coerción; negativamente, buscan reducir a un mínimo la coacción y la violencia necesarias para mantener el orden entre personas libres.

Esto no rige para otros competidores de la democracia en el siglo veinte. En la Alemania de Hitler o en la Rusia de Stalin, la ley, la política y la cultura estaban organizadas de forma de eliminar la idea misma de que la violencia gubernamental era problemática. Los actos de exterminio de Hitler y Stalin, lejos de ser un mal, eran proclamados como hechos necesarios para la creación de una utopía: un mundo de unidad de clase y justicia social o bien, en el caso del Reich de los Mil Años, una nación depurada de enemigos raciales²¹. Si tales eran las utopías para las que debían servir la lucha de clases y el exterminio racial, la violencia ejercida a su servicio difícilmente podía ser considerada un crimen. En consecuencia, la sola idea de que la violencia puede ser un mal menor sólo tiene sentido en sociedades muy diferentes de las recién descritas.

Gracias a los derechos que encarnan, a las reglas del debido proceso que respetan, a la segregación de poderes que buscan ejercer y al requisito de consentimiento democrático, todas las democracias liberales están guiadas por un compromiso constitucional de minimizar el uso de medios dudosos, a saber la violencia, la fuerza, la coacción, y el engaño, para gobernar a sus ciudadanos. Debido a que operan de este modo en tiempos normales se sienten en la obligación de hacerlo así también en tiempos de emergencia. De lo contrario, estas sociedades no serían fieles a sí mismas. Cuando los ciudadanos consienten a ser gobernados, lo hacen a condición de que la restricción de su libertad, que es necesaria para conservar un dominio público libre y seguro, debe mantenerse al mínimo. Esto significa que en una democracia liberal incluso el gobierno basado en el consentimiento es coercitivo. Dicha coacción abarca desde el cobro de impuestos y la imposición de multas hasta las sanciones de tipo criminal o civil. La coacción puede ser necesaria para mantener el orden social pero en una teoría democrática del gobierno es un mal y debe ser mantenida al mínimo indispensable²². De lo

que poco se puede esperar del gobierno de las mayorías; la democracia como tal no está lógicamente comprometida con ella e históricamente, en ocasiones, no ha cumplido con protegerla aunque haya permanecido fiel a sus propios principios. Se ha observado que pocos gobiernos han enfrentado serias dificultades para lograr que sus súbditos generen la voluntad que el gobierno desea. “El triunfo del despotismo consiste en obligar a los esclavos a declarar que son libres”. Puede no requerirse fuerza alguna, los esclavos pueden proclamar su libertad muy sinceramente, a pesar de lo cual siguen siendo esclavos. Quizás el valor principal que tiene para los liberales los derechos políticos “positivos” de participación en el gobierno es que son un medio para proteger lo que ellos consideran el valor fundamental, a saber el valor de la libertad individual “negativa”. [versión libre del traductor]

²¹ Michael Ignatieff, “Genocide: An Essay”, en Simon Norfolk, *For Most of It I have No Words* (Londres, Dewi Lewis, 1998).

²² John Stuart Mill “On Liberty” (1869) en *On Liberty*, ed. Edward Alexander (Peterborough, Ont.: Broadview Press., 1999), pp. 51-52):

El objeto de este Ensayo es afirmar un sencillo principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que tengan de compulsión o control, ya sean los medios empleados la fuerza física en forma de penalidades legales o la coacción moral de la opinión pública. Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia

contrario, ¿por qué habría una sociedad liberal de asignar tanto valor a los derechos si no buscara proteger a los individuos del ejercicio abusivo del poder coercitivo?

Esta descripción de la democracia liberal puede sonarle extraña a algunas personas porque recalca los poderes coercitivos del gobierno y no hace hincapié en su papel positivo y creador de bienes públicos, tales como escuelas, obras viales, seguridad pública, hospitales y servicios de seguridad social, que permiten que las personas ejerzan su libertad. Estos son bienes positivos, creados gracias al consentimiento de los gobernados. Sin embargo, el consentimiento de la mayoría no elimina el problema de las restricciones impuestas a la minoría. Dichos bienes positivos son pagados mediante una medida represiva, los impuestos, que la mayoría de los ciudadanos, aunque no todos, aceptan en favor del bien mayor. No todos los ciudadanos estarán de acuerdo respecto de qué porción de sus ingresos personales debiera ser objeto de impuestos para financiar esta infraestructura pública ni cuán extensa debiera ser la misma. Las discusiones en torno a este punto constituyen la mayor parte de la política pública y el arbitraje de estas disputas, por medio de la legislación y las elecciones, inevitablemente deja a algunos ciudadanos convencidos de que su libertad ha sido indebidamente restringida. Sencillamente no hay consenso acerca de la magnitud adecuada de los bienes públicos o del poder del gobierno. En los márgenes, la limitación intrínseca al gobierno será considerada, al menos por algunos ciudadanos, como un mal menor ante el cual es necesario someterse como una condición de la vida pública.

Podría plantearse la pregunta de si los usos coercitivos necesarios del poder del gobierno deben siquiera ser considerados un mal. Puede que los impuestos no sean populares pero difícilmente pueden considerarse un mal. Sin embargo, otros actos del gobierno, como los castigos, que infligen daño en forma directa a las personas, sí hacen pensar en el mal, o al menos así sucede en nuestro tipo de sociedades. Solamente las democracias liberales tienen sentimientos de culpa respecto del castigo. Las sociedades totalitarias han adoptado la coerción con entusiasmo como un instrumento social positivo destinado a crear tipos sociales deseados, trabajadores ideales, ciudadanos obedientes, funcionarios entusiastas del partido. Solamente en las sociedades liberales la gente cree que el dolor y el sufrimiento que implica privar a la gente de su libertad nos debe hacer pensar dos veces antes de imponer esta

protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle produciría un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano. [Traducción tomada de la página de Internet del Movimiento Libertario de Costa Rica] (N. del T.)

limitación incluso a aquellos que se lo merecen²³. El hecho de que sea necesario y justo no lo hace menos doloroso. Es necesario castigar a los criminales, pero el sufrimiento que causa dicho castigo sigue siendo, sin embargo, un mal.

Podría decirse que este ejemplo no logra distinguir entre las acciones necesarias que causan daño y las innecesarias ocasionadas por intenciones aviesas o la negligencia grave. Dicho de otro modo, un mal necesario no puede realmente ser necesario dado que una característica del mal es que no es necesario sino que infundado. Si uno desea seguir manteniendo la idea del mal menor es porque capta la noción, esencial para la teoría liberal, de que la coerción necesaria sigue siendo problemática en términos morales.

Insistir que el ejercicio justificado de la coerción se puede definir como un mal menor equivale a decir que se puede calificar el mal. Si dos actos son malos, ¿cómo podemos afirmar que uno es menor y el otro mayor? Calificar el mal de esta manera aparentemente lo disculparía. Sin embargo, es esencial a la idea del mal menor que uno pueda justificar el hecho de recurrir al mal sin negar que es malo, justificable solamente porque otros medios resultarían insuficientes o no estarían disponibles. El propósito de utilizar el término *mal* en lugar de la palabra *daño* está orientado a recalcar los elementos de riesgo moral que una teoría liberal de gobierno considera que son intrínsecos al mantenimiento del orden en cualquier sociedad que se basa en la premisa de la dignidad de los individuos.

En consecuencia, incluso en tiempos de seguridad, las democracias liberales buscan limitar el uso de la fuerza necesaria para su conservación. Estos límites intentan equilibrar el conflicto entre los compromisos con la dignidad individual encarnados en los derechos y los compromisos del interés mayoritario encarnados en la soberanía popular. En tiempos de peligro, este conflicto de valores se vuelve intenso. La supresión de las libertades civiles, la vigilancia de las personas, los asesinatos focalizados, la tortura y la guerra preventiva colocan al compromiso liberal con la dignidad en una tensión tan evidente y los daños que entrañan son tan serios que, incluso si tales medidas son requeridas por razones imperiosas del interés mayoritario, sólo se debe hablar de ellas en el lenguaje del mal.

Sostengo que en una guerra contra el terrorismo el tema no es si podremos evitar por completo los actos malvados sino si lograremos escoger los males menores e impedir que se conviertan en males mayores. En mi opinión, deberíamos hacerlo asumiendo algunos compromisos iniciales con el principio conservador (conservando las instituciones libres que tenemos), con el principio de dignidad (resguardando a las personas de los daños graves) y luego razonando para determinar las consecuencias de varios cursos de acción, anticipando los daños y llegar así a un juicio racional acerca de cuál curso de acción tiene menos probabilidades de ser menos dañino para los dos principios. Cuando hayamos quedado satisfechos de que una medida represiva es auténticamente el último recurso, justificada por los hechos tal y como podemos entenderlos, habremos escogido el mal menor y tendremos derecho a seguir con esa opción aunque el costo sea más elevado de lo que pensamos

²³ Véase mi texto *A Just Measure of Pain: Penitentiaries in the Industrial Revolution* (Nueva York: Pantheon, 1978) donde aparece una discusión sobre las teorías Beccarianas y post-Beccarianas acerca del castigo durante la Ilustración europea.

inicialmente, aunque no de manera indefinida. En algún momento, cuando llegemos al punto en que sea necesario “destruir la aldea para salvarla” podremos llegar a la conclusión de que nos hemos deslizado del mal menor al mal mayor. En ese caso no tendremos otra opción que reconocer nuestro error y revertir el curso. En las situaciones de incertidumbre factual en las cuales se deben tomar la mayoría de las decisiones relacionadas con el terrorismo, probablemente sea inevitable el error.

Es tentador suponer que la vida moral puede obviar este “deslizamiento” simplemente evitando los medios malvados por completo. Pero es posible que esta opción angelical sencillamente no exista. O combatimos el mal con el mal o sucumbimos. Así que si recurrimos al mal menor, debemos hacerlo, en primer lugar, plenamente conscientes de que el mal está involucrado. En segundo lugar, debemos actuar bajo un estado demostrable de necesidad. En tercer lugar, debemos escoger medios malos solamente como último recurso, una vez que hayamos intentado todo lo demás. Por último, debemos cumplir con una cuarta obligación: debemos justificar públicamente nuestras acciones frente a nuestros conciudadanos y someternos a su juicio en cuanto a su corrección.

III

El desafío de evaluar cuáles medidas podrían ser lícitas consiste en encontrar una posición viable entre el cinismo y el perfeccionismo. El cinismo afirmaría que una reflexión ética es irrelevante: los agentes del Estado harán lo suyo y lo mismo harán los terroristas y solamente la fuerza y el poder determinarán el resultado. La única pregunta que cabe formular respecto de estos medios es si funcionan. Los cínicos están equivocados. Todas las batallas entre los terroristas y el Estado son batallas de opinión y, en esta lucha, las justificaciones éticas son cruciales para resguardar la moral de los propios partidarios, para conservar la lealtad de las poblaciones que, de lo contrario, podrían alinearse con los terroristas y para mantener el apoyo político entre los aliados. Probablemente una campaña antiterrorista podría ser manejada solamente por cínicos, por profesionales entrenados en el manejo de las apariencias morales, pero incluso los cínicos saben que es necesario cumplir algunas promesas morales para tener credibilidad. La detención preventiva para sacar a los extranjeros sospechosos de la población puede desbaratar las redes terroristas pero puede producir tanta ira entre grupos inocentes que éstos dejarían de cooperar con la policía. La tortura podría despedazar una red de células terroristas pero también generaría odio y resentimiento entre los sobrevivientes de la tortura e incrementaría su apoyo entre la población descontenta. Simplemente no hay manera de separar la cuestión técnica de qué es lo que funciona, de la cuestión política de qué impacto tendrán tales métodos en la lucha por la opinión, lo cual es la esencia de cualquier campaña en contra del terrorismo. Con medidas extremas, tales como la tortura, la detención preventiva y el arresto arbitrario generalmente se gana la batalla pero se pierde la guerra. Incluso los cínicos saben que las victorias pírricas son más que inútiles.

En cuanto al perfeccionismo moral, esta sería la doctrina que un Estado liberal nunca debería involucrarse con medios de dudosa moralidad y debiera salvaguardar a sus funcionarios del peligro de tener que decidir entre males menores y males mayores. Una posición de perfeccionismo moral también sostiene que los Estados pueden proteger a sus

funcionarios de este peligro simplemente si adhieren a las normas morales establecidas en las convenciones de derechos humanos y las leyes de la guerra.

Hay dos problemas con la postura perfeccionista, sin considerar siquiera si es un tema realista. El primer punto es que articular estándares morales irrevocables, no derogables, es relativamente fácil. El problema radica en decidir cómo aplicarlos en casos específicos. ¿Dónde está el límite entre la interrogación y la tortura, entre el homicidio focalizado (*targeted killing*) y el asesinato ilegal, entre la prevención y la agresión? Incluso cuando las distinciones legales y morales entre estos aspectos quedan claras en abstracto, las abstracciones son bastante poco útiles cuando los líderes políticos tienen que escoger entre ellas en la práctica. Además, el problema con los estándares perfeccionistas es que son contradictorios entre sí. La misma persona que se estremece, correctamente, ante la perspectiva de torturar a un sospechoso, podría estar dispuesta a asesinar al mismo sospechoso en un ataque preventivo contra una base terrorista. Asimismo, el compromiso perfeccionista al derecho a la vida podría excluir estos ataques por completo y limitar la respuesta a perseguir judicialmente a los ofensores a través de procesos legales. Las respuestas judiciales al problema del terrorismo tienen su función, pero no son un sustituto de las operaciones militares cuando los terroristas poseen bases, campos de entrenamiento y armamento pesado. Adherir a un compromiso perfeccionista al derecho a la vida ante un ataque terrorista puede lograr la coherencia moral a costa de dejarnos en la indefensión ante los malhechores. Además, la seguridad es un derecho humano y el respeto por un derecho podría llevarnos a traicionar otro derecho.

Una moralidad del mal menor es antiperfeccionista en sus supuestos. Acepta como inevitable que no siempre es posible salvar a los seres humanos del daño sin matar a otros seres humanos; no siempre es posible conservar la plena revelación y transparencia democráticas en las operaciones antiterroristas; no siempre es deseable que los líderes democráticos eviten el engaño y la deslealtad; no siempre es posible preservar la libertad de la mayoría sin suspender las libertades de una minoría; no siempre es posible prever que acciones bien intencionadas tengan consecuencias terribles, etc. Lejos de hacer que la reflexión ética sea irrelevante, estos dilemas hacen que el realismo ético sea mucho más esencial para la reflexión democrática y las buenas políticas públicas. El hecho de que líderes democráticos liberales puedan ordenar que se mate subrepticamente a terroristas, puedan ocultar información a su electorado, puedan ordenar la suspensión de las libertades civiles, no necesariamente significa que “todo vale”. Incluso si las libertades deben ser suspendidas, este hecho puede ser temporal; si miembros del poder ejecutivo deben ocultar información del poder legislativo en público, pueden estar obligados a revelarlo en una sesión privada o posteriormente. La desinformación pública, cuyo único propósito es engañar al enemigo, puede ser justificada pero nunca es justificable engañar deliberadamente a un electorado democrático con el fin de exagerar el riesgo o minimizar el peligro. Es necesario observar el mismo acto de equilibrismo en otros casos. Si dar muerte focalizadamente a terroristas resulta necesario, puede ser limitado por reglas estrictas de procedimiento y sometido a fiscalización y supervisión por parte del poder legislativo. El interrogatorio de terroristas sospechosos puede realizarse sin recurrir a la tortura. Trazar estos límites significa mantener en vista claramente la cuestión de si estos medios refuerzan o traicionan la identidad democrática que se supone deben defender.

Evitar que los males menores se conviertan en males mayores es más que un asunto de responsabilidad democrática. También es cuestión de conciencia individual. Hannah Arendt argumentó en una ocasión que ser capaz de pensar por sí mismo es un requisito para evitar el mal, especialmente en las grandes burocracias en las cuales se premia la falta de pensamiento independiente. Afirmó que el único común denominador que unía a los opositores al régimen Nazi en Alemania era la capacidad de preguntarse, en todo momento, qué tipo de persona era uno o deseaba ser. Aquellos que se negaban a matar a otros, decía Arendt, “rehusaban asesinar no tanto porque todavía respetaban el mandamiento “No matarás” sino porque no estaban dispuestos a convivir con un asesino, esto es, ellos mismos”²⁴.

Ninguna sociedad puede evitar los crímenes oficiales y la brutalidad a menos que este sentido de responsabilidad sea compartido ampliamente por los funcionarios públicos. Las reglas y los procedimientos no bastan. El carácter es decisivo y hay razones para pensar que las democracias estimulan el tipo correcto de carácter. A la gente que se cría en sociedades que tienen derechos constitucionales se les enseña a creer que sus opiniones son importantes, que tienen derecho a cierta justicia y al debido proceso en los trámites oficiales y que tienen responsabilidad frente a los derechos de los demás. Pero no podemos estar seguros que la democracia nos enseña a todos a hacer lo correcto.

Por otra parte, independientemente de cuán adecuado haya sido nuestro aprendizaje moral, todos necesitamos la fiscalización de parte de buenas instituciones. Una guerra contra el terrorismo pone en tensión a las instituciones. No siempre es posible someter a los agentes de inteligencia y Fuerzas Especiales a una plena fiscalización y control. Sin embargo, los agentes mismos son ciudadanos y su responsabilidad ante el orden constitucional que defienden sigue siendo el tribunal de último recurso que los salvará a ellos y a nosotros de caer en la barbarie. Para saber sobre abusos de poder, dependemos en gran parte de quienes denuncian situaciones irregulares, funcionarios honrados que no pudieron tolerar lo que se les pidió que hicieran²⁵. Cualquier democracia que desee llevar a cabo una guerra limpia contra el terrorismo necesita proteger los derechos de estos denunciantes en las agencias más secretas del gobierno, para que cuenten la verdad a los funcionarios electos por voluntad popular y a los medios de comunicación. La única manera de evitar que se generen zonas de impunidad en nuestro gobierno es que los poderes legislativos insistan en su derecho de supervisión, que los medios de comunicación sigan exigiendo su derecho a tener acceso y que la ley respalde el derecho de los denunciantes a contar la verdad.

Pero estos no son los únicos contrapesos morales en una guerra contra el terrorismo. Los instrumentos de derechos humanos, ratificados internacionalmente, junto con la Carta de las Naciones Unidas y las Convenciones de Ginebra, amplían el público ante quien debe formularse una justificación, más allá del electorado de los Estados democráticos que se encuentran bajo ataque directo, extendiéndolo a una red más amplia de Estados y entidades internacionales, cuyos puntos de vista deben ser tomados en consideración. Sus opiniones

²⁴ Hannah Arendt, “Personal Responsibility under Dictatorship”, en *Responsibility and Judgment*, ed. Jerome Kohn (Nueva York: Schocken Books, 2003), 44.

²⁵ Daniel Ellsberg, *Secrets: A Memoir of Vietnam and the Pentagon Papers* (Nueva York: Viking, 2002). Para informarse sobre la carrera de un denunciante en la CIA, véase Robert Baer, *See No Evil: The True Story of a Ground Soldier in the CIA's War on Terrorism* (Nueva York: Crown Publishers, 2002).

importan porque las democracias liberales constituyen tanto una comunidad de valores como también una comunidad de intereses, y la acción conjunta y exitosa contra el terrorismo pronto se volvería imposible si los Estados hacen caso omiso de sus aliados, no toman en cuenta sus objeciones frente a las políticas nacionales y buscan obtener ventajas unilaterales o eximirse de sus compromisos internacionales²⁶.

Las normas internacionales importan pero no debemos suponer que las naciones siempre están de acuerdo en cuanto a su significado. Los países europeos no concuerdan con Estados Unidos acerca de la legitimidad de la pena de muerte y se han negado a extraditar a sospechosos de terrorismo a EE.UU., país en el cual podría imponérseles la pena capital. Las convenciones internacionales prohíben la tortura pero el punto preciso en el que un interrogatorio intenso traspasa la línea roja y se convierte en tortura es debatible. Las Convenciones de Ginebra protegen la idea de la inmunidad de los civiles, pero quiénes deben ser considerados civiles sigue siendo materia de controversia. Las convenciones internacionales fijan las normas pero cada país puede interpretarlas de manera diferente. La forma en que lo hacen los dirigentes políticos depende de lo que parecen permitir los electorados locales. Pero un estándar político no necesariamente equivale a una ética relativista o carente de normas. La opinión pública simplemente no está dispuesta a aceptar cualquier cosa. Las normas que rigen en una guerra contra el terrorismo no son monopolio del gobierno. Son susceptibles de influencia por parte de un activismo moral. Los activistas de derechos humanos y los integrantes de ONG partidarias de las libertades civiles buscarán alzar la vara de lo que es moralmente permisible mientras que los grupos que representan a los militares y la policía pueden desear bajarla. En una democracia liberal, los estándares de una guerra contra el terrorismo serán determinados por la competencia moral adversarial.

Como contribución a este proceso de fijación de los estándares, deseo proponer las siguientes pruebas para los encargados de la formulación de políticas. En primer lugar, una guerra democrática contra el terrorismo necesita someter a todas las medidas de coacción a la *prueba de la dignidad*: ¿violan la dignidad individual? Los compromisos fundacionales con los derechos humanos siempre deberían excluir la posibilidad del castigo cruel e inusual, la tortura, las penas de trabajos forzados y las ejecuciones extrajudiciales, como también la entrega de los sospechosos a países en los que se cometen abusos contra los derechos humanos. En segundo lugar, las medidas de coacción deben pasar la *prueba conservadora*: ¿es realmente necesario apartarse de las normas del debido proceso? ¿Le hacen daño a nuestra herencia institucional? Dicha norma eliminaría la posibilidad de la suspensión indefinida del *habeas corpus* y exigiría que cualquier detención, ya fuera por autoridades militares o civiles, fuera objeto de revisión judicial. Los que han sido privados de sus derechos, tanto los ciudadanos como los que no lo son, jamás deben perder su derecho a tener acceso a un abogado. Una tercera evaluación de las medidas antiterroristas debería ser consecuencialista. ¿Servirán para incrementar la seguridad de los ciudadanos a largo plazo? Esta prueba de la *eficacia* debe enfocarse no solamente en el corto plazo sino también en las implicaciones políticas de largo plazo que tendrán las medidas. ¿Fortalecerán o debilitarán el apoyo político de aquel Estado que adopte tales medidas? Una consideración adicional es la *prueba del*

²⁶ Véase Michael Ignatieff, ed., *American Exceptionalism and Human Rights* (Princeton: Princeton University Press, 2004).

último recurso: ¿se han probado medidas menos represivas que no han dado resultado? Otro tema importante es si las medidas han pasado la prueba del *examen abierto y adversarial* por parte de entidades legislativas y judiciales, ya sea en su momento o en cuanto lo permita la necesidad. Por último, “el respeto decente por las opiniones de la humanidad” junto con una necesidad más pragmática de obtener el apoyo de otras naciones en una guerra global contra el terrorismo requiere que cualquier Estado que combate el terrorismo respete sus obligaciones internacionales como también las opiniones ponderadas de sus aliados y amigos. Si todo esto da por resultado una serie de limitaciones que dejan atados de manos a nuestros gobiernos, así sea. Es parte de la naturaleza misma de la democracia que ésta no solamente lucha con una mano atada a la espalda sino que es su deber hacerlo así. También es parte de la naturaleza de la democracia que prevalezca frente a sus enemigos precisamente porque procede de esta manera.

Genealogía de la Justicia Transicional*

Ruti G. Teitel**

INTRODUCCIÓN

Este artículo propone una genealogía de la justicia transicional¹. La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político², caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores³. La genealogía que se presenta en este artículo traza la búsqueda histórica de la justicia durante períodos de cambio político, revisa el desarrollo de los acontecimientos políticos de la segunda mitad del siglo XX y analiza la evolución de la concepción de justicia transicional⁴. Este artículo afirma que una genealogía de la justicia transicional demuestra, a través del tiempo, una relación cercana entre el tipo de justicia que se persigue y las restricciones políticas relevantes. Actualmente, el discurso está dirigido a preservar un estado de derecho mínimo identificado principalmente con la conservación de la paz.

La genealogía propuesta está estructurada de acuerdo a ciclos críticos que se pueden separar en tres fases⁵. Este artículo comienza describiendo brevemente dichas fases, para

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. © (2003) The President and Fellows of Harvard College and Harvard Human Rights Journal.

** Profesora Titular de la Cátedra Ernst C. Stiefel de Derecho Comparado, New York Law School, NYU. Deseo manifestar mis agradecimientos a Camille Broussard y Elisa Gerontianos por su colaboración en la investigación y a Carlene Walsh por su asistencia en el procesamiento de texto. También deseo expresar mi reconocimiento a Danielle Celermajer, Bronwyn Leebow, Markus Mueller, Cliff Simms y Jonathan Stein por sus valiosos comentarios. En la conferencia realizada durante la primavera boreal de la European Law Research Center en el año 2002, se presentó una versión anterior de este artículo bajo el título *The Globalization of Modern Legal Thought, Production and Reception, 1850–2000*, Facultad de Derecho, Universidad de Harvard.

¹ El libro de Ruti G. Teitel, *Transitional Justice* (2000) contiene un análisis integral de la justicia transicional.

² Véase Guillermo O'Donnell y Philippe C. Schmitter, *Transitions From Authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain Democracies* 6 (1998) (en el cual definen la transición como el intervalo entre un régimen político y otro).

³ Véase *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes* (Neil J. Kritz ed., 1997) que contiene una recopilación útil.

⁴ Véase Teitel, nota 1 *supra*; Ruti Teitel, "Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation", 106, *Yale L.J.* 2009 (1997).

⁵ En este caso, el término "fases" debe entenderse primordialmente en sentido heurístico y se ha empleado para ayudar a entender la periodización de las diversas fases políticas y legales. Esto no significa que haya

luego desarrollar más detalladamente cada una de éstas, así como también las interrelaciones dinámicas críticas de las tres fases al interior de la genealogía⁶. La noción de genealogía presentada en este artículo se estructura y se sitúa en el desarrollo interno de una historia intelectual⁷. Por lo tanto, la genealogía se organiza a lo largo de un esquema del desarrollo de ideas asociadas con las tres fases de la justicia transicional. Estas fases reflejan, en última instancia, el vínculo de la genealogía con una tendencia intelectual más amplia hacia un creciente pragmatismo y politización del derecho⁸.

Los orígenes de la justicia transicional moderna se remontan a la Primera Guerra Mundial⁹. Sin embargo, la justicia transicional comienza a ser entendida como extraordinaria e internacional en el período de la posguerra después de 1945. La Guerra Fría da término al internacionalismo de esta primera fase, o fase de la posguerra, de la justicia transicional. La segunda fase o fase de la posguerra fría, se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y modernización que comenzó en 1989. Hacia finales del siglo XX, la política mundial se caracterizó por una aceleración en la resolución de conflictos y un persistente discurso por la justicia en el mundo del derecho y en la sociedad. La tercera fase, o estado estable, de la justicia transicional, está asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que echan las bases para establecer como normal un derecho de la violencia.

La fase I de la genealogía, la fase de la posguerra, comenzó en 1945. A través de su símbolo más reconocido - los juicios de Nuremberg conducidos por los aliados¹⁰ - ésta refleja el triunfo de la justicia transicional dentro del esquema del Derecho Internacional. Sin embargo, este desarrollo no perduró, debido a su asociación con las condiciones políticas excepcionales del período de la posguerra: la menoscabada soberanía de Alemania sentó esfuerzos internacionales en favor de reconstrucciones nacionales. Las condiciones políticas en este caso fueron únicas y ni perdurarían ni volverían a ocurrir de la misma forma en que tuvieron lugar. Por lo mismo, esta primera fase de la justicia transicional, asociada con la cooperación entre los Estados, con procesos por crímenes de guerra y con sanciones, culminó

separaciones acústicas que dividan estas etapas. Ciertamente, existen superposiciones entre las tres fases que aquí se proponen.

⁶ Respecto a las respuestas “críticas” de la justicia transicional a las represiones políticas anteriores, véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 220-25.

⁷ En lo que se refiere a la genealogía, véase Michel Foucault, “Nietzsche, Genealogy, History” (Donald F. Bouchard & Sherry Simon trans.) en *The Foucault Reader* 80 (Paul Rabinow ed., 1984). En cuanto a la política genealógica, véase Wendy Brown, *Politics out of History*, págs. 91–120 (2001); Michael Clifford, *Political Genealogy After Foucault: Savage Identities*, págs. 149–70 (2001).

⁸ Sobre pragmatismo, véase Marion Smiley, “Democratic Justice in Transition”, 99 *Mich. L. Rev.* 1332 (2001) (analiza visiones pragmáticas de la justicia transicional y examina el libro *Justicia Transicional* de Ruti Teitel). Véase también Jack Snyder y Leslie Vinjamuri, *Principles of Pragmatism in Strategies of International Justice*, presentado en el Seminario de Seguridad Nacional del Instituto Olin, Universidad de Harvard (diciembre de 2001) (en el archivo del autor).

⁹ Respecto a ejemplos históricos, véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 31 y 39-40; en cuanto a antecedentes más antiguos, véase también Michael Walzer, *Regicide and Revolution: Speeches On The Trial Of Louis XVI* (Michael Walzer ed., Marion Rothstein trans., 1992) (que contienen un relato histórico).

¹⁰ Sobre el período de la posguerra, véase *From Dictatorship to Democracy: Coping With The Legacies of Authoritarianism and Totalitarianism* (John H. Herz ed., 1983). Indudablemente, hay ejemplos anteriores en el siglo, pero son respuestas de pequeña escala. Véase Philippe C. Schmitter, *Transitions From Authoritarian Rule: Comparative Perspectives* (Guillermo O’Donnell et al. eds., 1986).

poco después del fin de la guerra. Comenzando en los años '50, la Guerra Fría y el estable equilibrio bipolar de poder condujeron a un *status quo* político general y a un impasse con respecto al tema de la justicia transicional. Sin embargo, el legado de los juicios de posguerra que penalizaron los crímenes de Estado como parte de un esquema de derechos universales, supera ampliamente la fuerza real de los precedentes históricos y forma la base del Derecho moderno de los Derechos Humanos¹¹.

La fase II está asociada con un período de acelerada democratización y fragmentación política que ha sido caracterizado como la “tercera ola” de transiciones¹². A lo largo del último cuarto del siglo XX, el colapso y desintegración de la Unión Soviética llevó a procesos simultáneos de democratización en muchos lugares del planeta. La retirada de fuerzas guerrilleras sustentadas por el régimen soviético hacia el final de los años 70 contribuyó al término de los regímenes militares en Sudamérica¹³. Estas transiciones fueron inmediatamente seguidas por transiciones post-1989 en Europa del Este, África y Centroamérica¹⁴. Si bien es cierto que estos cambios son comúnmente descritos como desarrollos aislados o como una serie de guerras civiles, no es menos cierto que muchos de estos conflictos fueron fomentados o apoyados por políticas internacionales de poder¹⁵ y, por lo tanto, fueron afectados por el colapso soviético, el cual puso término al período de equilibrio político de la Guerra Fría¹⁶.

Mientras la ola de transiciones de posguerra fría teóricamente presenta la posibilidad de un retorno a la fase I de justicia transicional internacional, la forma de justicia transicional que de hecho emerge, está asociada con el ascenso de la idea de la reconstrucción nacional¹⁷. Además, más que entender el estado de derecho en términos de hacer valer la responsabilidad de un reducido grupo de líderes, el modelo transicional de la fase II tiende a sustentarse en una comprensión de un estado de derecho más diverso, ligado a una comunidad política particular y sus condiciones locales¹⁸. Sin embargo, este acercamiento hacia una justicia más local e

¹¹ Sobre el impacto del precedente establecido por Nuremberg, véase Ruti G. Teitel, “Nuremberg and Its Legacy, Fifty Years Later”, en *War Crimes: The Legacy of Nuremberg* 44 (Belinda Cooper ed., 1999). En cuanto a un ejemplo del impacto de los precedentes de posguerra en la legislación sobre derechos humanos, véase Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights In Context: Law, Politics, Morals* (2000).

¹² Véase Samuel P. Huntington, *The Third Wave: Democratization in The Late Twentieth Century* (1991).

¹³ Acerca de las transiciones en América Latina, véase Philippe C. Schmitter et al., *Transitions From Authoritarian Rule: Latin America* (1986); Jaime Malamud-Goti, *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice* (1996); Lawrence Weschler, *A Miracle, a Universe: Settling Accounts with Torturers* (1998); véase también *Transition to Democracy In Latin America: The Role of the Judiciary* (Irwin P. Stotsky ed., 1993).

¹⁴ Véase nota 12 *supra*.

¹⁵ Sobre América Latina, véase Lars Schoultz, *National Security and United States Policy Towards Latin America* (1987) (hace un análisis de América Latina y el equilibrio de fuerzas a nivel mundial); véase también David Green, *The Containment of Latin America: A History of The Myths and Realities of The Good Neighbor Policy* (1971); *With Friends Like These: The Americas Watch Report on Human Rights and U.S. Policy in Latin America* (Cynthia Brown ed., 1985).

¹⁶ No se ha querido plantear aquí una teoría de causa única, sino más bien aclarar ciertos factores comunes a las múltiples transiciones que se registraron en los últimos 25 años del siglo pasado. Por razones de disciplina, los estudios en cada área tienden a ser aislados.

¹⁷ Hay excepciones en el vuelco hacia la justicia internacional respecto de los conflictos en los Balcanes y en Ruanda. Véase el texto *infra* que acompaña la nota 133.

¹⁸ Véase el texto *infra* que acompaña las notas 53-73.

incluso privatizada, genera una tensión con el potencial de una concepción de justicia más abarcadora asociada con la política transnacional.

Hacia finales del siglo XX emerge la tercera fase o estado estable de la justicia transicional. Esta tercera fase se caracteriza por el fenómeno de la aceleración de la justicia transicional de *fin de siècle*, asociado con la globalización y tipificado por condiciones de marcada violencia e inestabilidad política¹⁹. La justicia transicional se traslada desde la excepción de la norma, para convertirse en un paradigma del estado de derecho. En esta fase contemporánea, la jurisprudencia transicional normaliza un discurso ampliado de justicia humanitaria construyendo una organicidad del derecho asociado con conflictos omnipresentes, contribuyendo así al establecimiento de los fundamentos del emergente derecho sobre terrorismo.

I. FASE I: LA JUSTICIA TRANSICIONAL DE POSGUERRA

La primera fase de una genealogía de la justicia transicional abarca el modelo de justicia posterior a la Segunda Guerra Mundial. No obstante, la historia comienza más temprano en el siglo XX, luego de la Primera Guerra Mundial. Durante el período entre ambas guerras, el objetivo central de la justicia era delinear la guerra injusta y demarcar los parámetros de un castigo justificable impuesto por la comunidad internacional. Las preguntas que se enfrentaron en este contexto incluyeron si castigar a la Alemania por su agresión, hasta qué punto hacerlo, y qué forma debería tomar la justicia: nacional o internacional, colectiva o individual. En última instancia, la decisión de establecer procedimientos internacionales reflejó las circunstancias políticas predominantes, particularmente los límites que existían sobre la soberanía nacional y la gobernabilidad internacional reconocida en aquél período.

Una perspectiva genealógica sitúa la justicia transicional de la posguerra en su propio contexto histórico, específicamente en la justicia transicional de la Primera Guerra Mundial²⁰ y revela hasta qué grado esta concepción anterior da cuenta de la respuesta crítica de la justicia post Segunda Guerra Mundial²¹. Al menos dos respuestas críticas emergen respecto a la justicia transicional de la Segunda Guerra Mundial. Primero, la justicia nacional fue desplazada en favor de la justicia internacional. La administración del modelo de justicia transicional punitiva del período post Primera Guerra Mundial, caracterizada por fallidos juicios nacionales, fue dejada en manos de Alemania²². Visto con retrospectiva histórica, parecía bastante claro que los juicios nacionales del período post Primera Guerra Mundial no sirvieron para evitar la futura matanza ocurrida en la Segunda Guerra Mundial. En una evidente respuesta crítica al pasado, la justicia transicional del período post Segunda Guerra

¹⁹ Véase el texto *infra* que acompaña las notas 128-145.

²⁰ Véase Niall Ferguson, *The Pity of War: Explaining World War I* (2000).

²¹ Respecto de los juicios de posguerra llevados a cabo por los Aliados, véase Telford Taylor, *The Anatomy of The Nuremberg Trials: A Personal Memoir* (1992); Sheldon Glueck, *War Criminals: Their Prosecution and Punishment* (Kraus Reprint Co., 1976) (1944).

²² El relato se encuentra en Geo. Gordon Battle, "The Trials Before the Leipsic Supreme Court of Germans Accused of War Crimes", 8 *Va. L. Rev.* 1 (1921).

Mundial comenzó por evitar procesamientos a nivel nacional²³. En cambio, se buscó la responsabilidad criminal del liderazgo del Reich a nivel internacional²⁴.

La segunda respuesta crítica se refiere a las sanciones colectivas impuestas a Alemania a partir del fin de la Primera Guerra Mundial²⁵. Visto desde la perspectiva de la genealogía, estas respuestas transicionales claramente fracasaron y vinieron a identificarse como la base para el surgimiento de un sentido de frustración económica y resentimiento que impulsó el rol de Alemania en la Segunda Guerra Mundial²⁶. Las onerosas sanciones impuestas y sus crudas consecuencias - que además no discriminaban entre individuos -, hicieron surgir interrogantes normativas profundas²⁷. Este abordaje dio cabida a la respuesta crítica que siguió a la Segunda Guerra Mundial y al enfoque más liberal de enjuiciamiento en base a las responsabilidades individuales.

Mientras que el objetivo de la norma de la justicia transicional afirmado en esta fase era la determinación de responsabilidades [*accountability*], la impresionante innovación en aquel tiempo fue el giro hacia el Derecho Penal Internacional y la extensión de su aplicabilidad más allá del Estado, es decir, al individuo. Además, a través de cambios en el Derecho de la Guerra y sus principios de responsabilidad criminal, el sistema legal internacional permitió hacer responsable a los altos mandos del Reich por los crímenes de agresión y políticas represivas. Si bien es cierto que se sostiene que la disuasión tiene una perspectiva de futuro, queda también en claro que los procesamientos de Nuremberg estuvieron básicamente orientados a justificar y legitimar la intervención de los aliados en la guerra²⁸. Este uso de la justicia transicional reaparece nuevamente en la fase III²⁹.

El período inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial se considera el apogeo de la justicia internacional. El importante abandono de las respuestas transicionales nacionalistas previas y el acercamiento hacia una política internacionalista se consideró una garantía para el estado de derecho. No obstante, era debatible que establecer responsabilidades criminales a nivel internacional contribuyera a una mayor disuasión. Si bien se estima que la

²³ Sobre la historia de las deliberaciones, véase Robert I. Conot, *Justice at Nuremberg* (1983).

²⁴ No obstante, los juicios posteriores ante el Consejo de Control Número Diez serían convocados a nivel nacional. Véase *Government Printing Office, Trials of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10* (1953) (llamados comúnmente “libros verdes”).

²⁵ El Tratado de Versalles, en su Artículo 231, establece que: “Los gobiernos aliados y asociados declaran, y Alemania reconoce, que Alemania y sus aliados son responsables, por haberlos causado, de todos los daños y pérdidas infligidos a los gobiernos aliados y asociados y sus súbditos a consecuencia de la guerra que les fue impuesta por la agresión de Alemania y sus aliados”. Según la cláusula de “culpabilidad bélica” contenida en el Tratado, toda la responsabilidad por la guerra debía ser asumida por Alemania. Véase Tratado de Versalles, 28 de junio de 1919, Artículo 231, Parte VIII, Consol. T.S. 225; véase en general Nana Sagi, *German Reparations: A History of the Negotiations* (Dafna Alon trans., 1980).

²⁶ Véase Ferguson, nota 20 *supra*.

²⁷ El uso de sanciones económicas en el movimiento contemporáneo ha causado preocupaciones similares. Sobre el debate de la imposición de sanciones por parte de los Estados Unidos, véase Audie Klotz, *Norms Reconstituting Interests: Global Racial Equality and U.S. Sanctions Against South Africa*, 49 Int’l Org. 451 (1995).

²⁸ La justicia transicional se usó como norma para distinguir entre intervenciones militares justificadas e injustificadas. Véase Taylor, nota 21 *supra*, págs. 22–42 (donde se analiza las ideas de Nuremberg relativas a si el inicio de una guerra ofensiva debe considerarse un crimen en virtud del Derecho Internacional).

²⁹ Véase el texto *infra* que acompaña las notas 133-137.

justicia internacional incorpora la imparcialidad asociada con el estado de derecho³⁰, se piensa que otros valores del estado de derecho se derivan del establecimiento a nivel local de responsabilidades, el cual se asocia con la justicia nacional³¹. Más aún, luego de la Segunda Guerra Mundial, la aplicación de la justicia internacional conllevó irregularidades legales que tensaron el estado de derecho, especialmente dado su declarado objetivo liberalizador³². En última instancia, el modelo de la fase I ofrecería un precedente muy limitado. Con la bifurcación de la Guerra Fría, se volvió eminentemente claro que este modelo no podría ser exportado fácilmente. Si bien una especie de justicia internacional vuelve a surgir en la fase III³³, se trata de un modo más contemporáneo de internacionalismo que ha sido moldeado por los desarrollos causados por el fenómeno de la globalización³⁴.

El giro hacia el Derecho Internacional de la posguerra reflejó también el sentido de que el tema relevante de la justicia transicional era dar una respuesta legal internacional que fuera gobernada por el Derecho de los Conflictos Armados. A través de los años, este legado ha sido mixto: la fuerza de los precedentes se ha reflejado escasamente en otras instancias de justicia internacional³⁵, aunque esto posiblemente esté cambiando con la creación del *Tribunal Penal Internacional* [en adelante TPI] como instancia permanente³⁶. La fuerza constante del legado de la posguerra se ha hecho evidente en los desarrollos del Derecho Internacional que incorporó aspectos de los precedentes que establecieron los juicios internacionales por los abusos en tiempos de guerra poco después de la Segunda Guerra Mundial. Tal fue el caso de la Convención contra el Genocidio de 1948³⁷. Además, dimensiones de los precedentes de la posguerra, tales como su compromiso fundamental con los derechos individuales, también le ha dado forma al derecho local y al derecho comparado, tal como se ha vuelto evidente en la creciente ola de constitucionalismo relacionado a estas materias³⁸. En la fase de la posguerra, la exportación de distintas formas de justicia transicional ocurrió a través del trasplante legal de convenios, tratados, convenciones y constitucionalismo. El período de la posguerra fue

³⁰ Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 30–39; Stotsky, nota 13 *supra*.

³¹ Estos se analizan más adelante en la Parte II, notas 53–57, 58–73 y textos correspondientes. Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 36–40; véase en general Stotsky, nota 13 *supra*.

³² Véase David Luban, *Legal Modernism* 336 (1994).

³³ Véase Teitel, “Transitional Jurisprudence”, nota 4 *supra*.

³⁴ Véase el texto *infra* que acompaña las notas 132–137.

³⁵ Véase Teitel, nota 11 *supra*, pág. 44. Los procesamientos relacionados con la Segunda Guerra Mundial constituyen hasta hoy los precedentes más importantes de responsabilidad penal. Respecto de una bibliografía de los juicios por crímenes de guerra, véase *War Criminals and War Crimes Trials: An Annotated Bibliography and Source Book* (Norman E. Tuterow ed., 1986). Véase Symposium, *Holocaust and Human Rights Law: The Sixth International Conference*, 12 B.C. *Third World L.J.* 191 (1992).

³⁶ Véase notas 132–134 *infra* (respecto del Estatuto de Roma).

³⁷ Véase *Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal*, Res. A.G. 95(1), UN GAOR, Doc. A/64/Add.1 (1946). Un análisis del proceso de codificación y la labor de la Comisión de Derecho Internacional aparece en M. Cherif Bassiouni, “The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind”, en *Nouvelles Études Pénales, Commentaries on The International Law Commission’s 1991 Draft Code of Crimes Against The Peace and Security of Mankind* 11 (M. Cherif Bassiouni ed., 1993); *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 9 de diciembre de 1948, 78 UNTS 277 (vigente a contar del 12 de enero de 1951); Declaración Universal de Derechos Humanos, Res. A.G. 217A (III), 71 UN Doc. A/810 (1948). Un análisis más amplio de estos acontecimientos de la posguerra aparece en Ruti G. Teitel, “Human Rights Genealogy”, 66 *Fordham L. Rev.* 301 (1997).

³⁸ Esto se manifiesta en el movimiento constitucionalista del período de posguerra. Véase Louis Henkin, *The Age of Rights* (1990). Respecto del derecho emergente al sistema democrático, véase Thomas M. Franck, “The Emerging Right to Democratic Governance”, 86 *Am. J. Int’l. L.* 46, 53 (1992).

también el apogeo de la creencia en el derecho y el desarrollo y, dicho más generalmente, de la creencia en el derecho como instrumento de modernización del Estado³⁹.

La justicia internacional asociada con el período de la posguerra retorna transformada por las circunstancias contemporáneas post-conflicto, revelando la dinámica crítica de la justicia transicional. La justicia internacional se presenta nuevamente, pero es transformada por los precedentes pasados y por un nuevo contexto político. El tema y el campo de acción de la justicia transicional se han expandido para trascender su acción operativa por sobre los Estados y actuar sobre actores privados. La justicia transicional se ha extendido también más allá de su rol histórico en la regulación de conflictos internacionales, pudiendo ahora regular tanto los conflictos intraestatales así como las relaciones en tiempos de paz, estableciendo un mínimo estándar de estado de derecho en las políticas globalizadoras⁴⁰. El significado de estos desarrollos será discutido en la fase III.

II. FASE II: LA JUSTICIA TRANSICIONAL DE LA POSGUERRA FRÍA

Las últimas dos décadas del siglo XX se caracterizaron por una verdadera ola de transiciones políticas. El colapso de la Unión Soviética, el fin del balance bipolar del poder y la concomitante proliferación de procesos de democratización política y modernización marcó el comienzo de la fase de la posguerra fría de la justicia transicional⁴¹.

La decadencia y finalmente el colapso del Imperio Soviético encendió una ola liberalizadora que comenzó con las transiciones en el Cono Sur de Sudamérica a finales de los años '70 y comienzos de los '80. Ésta continuó a través de Europa del Este y Centroamérica⁴². Mientras estos acontecimientos regionales son generalmente representados como mutuamente independientes, una perspectiva genealógica ilumina la conexión entre estas transiciones políticas e ilustra cuántos conflictos locales fueron apoyados por el bipolarismo soviético y estadounidense⁴³. El término de este esquema histórico no implica que dichos conflictos también hayan terminado, pues continúan activos numerosos movimientos insurgentes interconectados⁴⁴.

Cuando ocurrían las transiciones políticas en los años '80, la interrogante encarada por los regímenes sucesores fue si acaso, y hasta qué punto, adherir al modelo de justicia

³⁹ John Henry Merryman, "Law and Development Memoirs II: SLADE", 48 *Am. J. Comp. L.* 713 (2000). Véase John Henry Merryman, "Comparative Law and Social Change", 25 *Am. J. Comp. L.* 457, 483 (1977); véase también Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve* (1999).

⁴⁰ Véase notas 128–140 *infra* y textos correspondientes.

⁴¹ Otras obras se refieren a este hecho como "la tercera ola" de democratización. Véase, por ejemplo, Huntington, nota 12 *supra*.

⁴² Véase notas 14–15 *supra*; Walter Lefebvre, *Inevitable Revolutions: United States and Central America* (1984).

⁴³ Un examen de esta tercera ola de transición, aparece en Huntington, nota 12 *supra*. Véase también Schoultz, nota 15 *supra*, págs. 112–204 (analiza cuestiones de geopolítica y derechos humanos en el contexto de la política de Estados Unidos hacia Centroamérica).

⁴⁴ Esto quedó sumamente claro después del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001. Véase Ahmed Rashid, *Jihad: The Rise of Militant Islam in Central Asia* (2002); véase también Harold Hongju Koh, "A United States Human Rights Policy for the 21st Century", 46 *St. Louis U. L.J.* 293 (2002); notas 130–131 *infra* y textos correspondientes.

transicional de la fase I⁴⁵. En las nuevas democracias que emergieron en Sudamérica después del colapso de las juntas militares represivas no había seguridad de que pudiera seguirse con éxito el enjuiciamiento de los líderes de ellas al estilo de Nuremberg⁴⁶. Esta cuestión se presentó primero en la Argentina después de la guerra de las Malvinas/Falklands⁴⁷, donde el régimen sucesor hizo lo posible por hacer una distinción entre el contexto nacional y aquel de justicia internacional de posguerra e impulsó juicios a nivel nacional⁴⁸. En distintos países de Latinoamérica los gobiernos de las nacientes democracias se enfrentaron con sus fuerzas armadas nacionales sobre la cuestión de cuál política de justicia aplicar⁴⁹. Esto produjo, a su vez, un inquietante recordatorio del período post Primera Guerra Mundial y volvió a surgir la pregunta de si acaso la justicia criminal promovía o no el progreso del estado de derecho. En la fase II, la modernización y el estado de derecho fueron equiparados con someter a proceso criminal, por parte del Estado-nación, a los inculcados para legitimar el nuevo régimen y hacer avanzar la reconstrucción de la nación.

La fase II, al igual que la fase I, presenta una capacidad limitada para ser transferida a contextos políticos de formas de soberanía radicalmente diferente⁵⁰. No obstante, a pesar de la ausencia general de juicios internacionales en la fase II, un examen de la jurisprudencia transicional demuestra que el Derecho Internacional puede jugar un rol constructivo, proveyendo una fuente alternativa de estado de derecho para guiar los juicios nacionales en una sociedad en transición⁵¹. En este sentido, las normas legales internacionales son útiles para construir una percepción de continuidad y consistencia en el estado de derecho⁵². El profundo y permanente significado del modelo de Nuremberg radica en que mediante la definición del estado de derecho en términos universalizadores, éste se ha convertido en el patrón estándar en el cual se enmarcan todos los debates posteriores sobre justicia transicional. Mientras la política de justicia de la fase I sencillamente asumió la legitimidad de castigar los abusos a los derechos humanos, en la fase II la tensión entre castigo y amnistía se complicó con la admisión y reconocimiento de dilemas inherentes a períodos de cambio político.

La justicia transicional, en su segunda fase, reflejó que los valores relevantes puestos en la balanza de la justicia no eran exactamente aquellos de los de un estado de derecho ideal.

⁴⁵ Respecto a uno de los principales defensores del “Modelo Nuremberg,” véase Aryeh Neier, “What Should Be Done About the Guilty?”, *N.Y. Rev. Books*, 1 de febrero de 1990; véase también Aryeh Neier, *War Crimes: Brutality, Genocide, Terror, and The Struggle for Justice* (1998).

⁴⁶ Véase Ruti G. Teitel, “How are the New Democracies of the Southern Cone Dealing with the Legacy of Past Human Rights Abuses?”, en Kritz, nota 3 *supra*; Jaime Malamud-Goti, “Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?”, *12 Hum. Rts. Q.* 1 n.1 (1990). Otros aspectos de este tema, tales como las reparaciones, se abordaron en una fase posterior.

⁴⁷ La guerra culminó con la derrota total de la junta militar del país y permitió que la transición avanzara. Para un análisis de la política de procesamientos en Argentina, véase Carlos Santiago Nino, *Radical Evil on Trial* (1996) (*Juicio al Mal Absoluto*); véase también Carlos S. Nino, “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina”, *100 Yale L.J.* 2619 (1991).

⁴⁸ Véase Nino, nota 47 *supra*.

⁴⁹ Véase Alice H. Henkin, “Conference Report”, en *State Crimes: Punishment or Pardon*, Papers and Report of the Conference, 4–6 de noviembre de 1988, Wye Center, Maryland 1 (1989).

⁵⁰ Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 36–39.

⁵¹ Véase *idem*, págs. 20–23 (donde se identifican y evalúan diversos ejemplos en los que se extraen del Derecho Internacional valores alternativos al imperio de la ley y se los incorpora a la legislación nacional de las sociedades en transición).

⁵² Véase Álvarez, nota 56 *infra*; Schabas, nota 56 *infra*.

Allí donde el propósito era promover y consolidar la legitimidad, los principios del pragmatismo guiaron la política de justicia y el sentido de adherencia al estado de derecho. La jurisprudencia transicional se vinculó a una concepción de justicia imparcial e imperfecta. Lo que es justo y equitativo en circunstancias políticas extraordinarias tendría que ser determinado desde la posición transicional en sí⁵³. Por consiguiente, emergieron múltiples concepciones de justicia en la fase II.

Las reflexiones sobre la justicia en la transición se entienden mejor cuando se está situado en las verdaderas realidades políticas y en el contexto político de la transición, los que incluyen las características del régimen predecesor, así como contingencias de tipo político, jurídico y social. La factibilidad de perseguir la aplicación de la justicia y la capacidad de ésta para contribuir al estado de derecho transicional, dependía de la escala de los crímenes previos, así como también del grado en que éstos se convirtieron en sistemáticos o fueron patrocinados por el aparato del Estado. El intento de hacer valer la responsabilidad en los hechos por medio del derecho penal, a menudo generó dilemas propios del estado de derecho, incluyendo la retroactividad de la ley, la alteración y manipulación indebida de leyes existentes, un alto grado de selectividad en el sometimiento a proceso y un poder judicial sin suficiente autonomía⁵⁴. Por ello, en la medida en que la imposición de la justicia penal incurrió en tales irregularidades, corrió el riesgo de desvirtuar la contribución que la justicia puede hacer para el reestablecimiento de un estado de derecho⁵⁵. En democracias débiles, donde la administración de sanciones y castigos puede provocar agudos dilemas sobre el estado de derecho, las contradicciones generadas por el uso de la ley pueden volverse demasiado grandes⁵⁶. Estos profundos dilemas fueron reconocidos en las deliberaciones que precedieron a las decisiones, en muchos países, de renunciar a procesos penales en favor de

⁵³ Véase Teitel, nota 1 *supra*, pág. 234.

⁵⁴ En aquellos casos en que la estrategia procesal se centra en personas determinadas, ésta habitualmente fracasa en su intento de condenar al sistema que define al régimen represivo moderno, anulando el propósito esencial de la justicia transicional. Véase Jon Elster, “On Doing What One Can: An Argument Against Post-Communist Restitution and Retribution”, en Kritz, nota 3 *supra*, págs. 566–68. Respecto a juicios selectivos, compárese Teitel, *Transitional Jurisprudence*, nota 4 *supra* (que presenta a los juicios selectivos como un límite en la política del castigo transicional), con Payam Akhavan, “Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal”, 20 *Hum. Rts. Q.* 774, 774–81 (1998) (que plantea argumentos a favor de los juicios selectivos por el impacto que produce el hecho de “decir la verdad”), y Diane F. Orentlicher, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, 100 *Yale L.J.* 2537 (1991) (ofrece un argumento a favor de los juicios selectivos por contribuir, a fin de cuentas, a imponer el imperio de la ley).

⁵⁵ Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 2016–30 (donde se analizan los problemas del imperio de la ley).

⁵⁶ Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 36–39, 46–51. Véase en general Ruti G. Teitel, “Persecution and Inquisition: A Case Study”, en Stotsky, nota 13 *supra*, pág. 141. El fracaso de los juicios en democracias novatas, tales como Ruanda, ejemplifican los conflictos que se suscitan entre los procesos nacionales de reconciliación y la justicia penal. Un análisis del sistema judicial ruandés y el debate acerca de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para crear un tribunal penal internacional en Ruanda aparece en Neil J. Kritz, U.S. Inst. of Peace, Special Report, *Rwanda: Accountability For War Crimes and Genocide (A Report On A United States Institute For Peace Conference)* (1995) que está disponible en <http://www.usip.org/oc/sr/rwanda1.html> (última visita realizada el 11 de enero de 2003). Véase también William Schabas, *Justice, Democracy and Impunity in Post-Genocide Rwanda: Searching for Solutions to Impossible Problems*, 7 *Crim. LF* 523, 551–52 (1996) (se cita la Res 955 CS, ONU SCOR, Ses. XLIX, 3453era reunión, Doc. ONU S/RES/995 (1994)). Compárese la solución internacional; véase José Álvarez, “Crimes of State/Crimes of Hate: Lessons from Rwanda”, 24 *Yale J. Int’l L.* 365 (1999) (que analiza los límites que enfrentan los tribunales penales internacionales).

métodos alternativos para el esclarecimiento de la verdad y el establecimiento de responsabilidades en los hechos⁵⁷.

Dadas las tensiones presentes en la administración de la justicia transicional en esta segunda fase, los principios de justicia asociados con la fase I fueron cada vez más cuestionados. En una respuesta crítica al proyecto de justicia de postguerra de la fase I, la fase II fue más allá de la justicia retributiva - del modo como se entiende históricamente. Los dilemas transicionales en juego en la fase II se enmarcaron en términos más abarcadores que la simple práctica de confrontar y demandar responsabilidades al régimen predecesor, e incluyeron interrogantes acerca de cómo sanar las heridas de una sociedad entera e incorporar diversos valores de un estado de derecho, tales como la paz y la reconciliación, los que habían sido tratados previamente en gran medida como externos al proyecto de justicia transicional. En consecuencia, el abandono de los juicios asociados con la justicia internacional reflejó un giro en la comprensión de la justicia transicional, la que vino a asociarse con las condiciones políticas más complejas y diversas de la reconstrucción de la nación.

La fase II de la posguerra fría se encuentra en una posición crítica relativa a la justicia transicional de la fase I. En el contexto de la fase II, con una creciente ola de transiciones a la democracia y de reconstrucciones de naciones, la justicia transicional significó realizar concesiones cruciales sobre el estado de derecho. Por ello, si bien inicialmente la justicia transicional de la fase I parecía asumir su potencialmente ilimitada extensión y universalidad en el derecho, ya en su segunda fase ésta fue reconocidamente más contextual, limitada y provisional. En última instancia, el énfasis en la responsabilidad local en las transiciones de la posguerra fría respondió a una perspectiva parcial y distorsionada de un conflicto bipolar históricamente mucho más extenso. Dado que en la fase II se confió en formas de justicia local o nacional y ello constituyó una respuesta crítica a la fase I, el modelo de la posguerra fría, en último término, no fue apropiada para posteriormente generar una globalización de la política en la cual los factores nacionales e internacionales contribuyeran interdependientemente al cambio político.

A. *Yuxtaponiendo la Verdad con la Justicia*

Esta sección profundiza en el vínculo entre la forma de justicia transicional escogida y el contexto político. En la fase II, la dinámica transicional central respondió a la justicia transicional de posguerra mientras, al mismo tiempo, se diferenciaba respecto de ese período. Las respuestas de la justicia transicional en la segunda fase, se apartaron de la justicia transicional internacional de posguerra hacia estrategias alternativas. Esto se ilustró con el surgimiento de un tipo de derecho con características híbridas y un giro hacia respuestas del derecho y de la sociedad.

⁵⁷ Sudáfrica es un ejemplo destacado. Un análisis de la función del Poder Judicial de Sudáfrica como factor en el acuerdo transicional de amnistía nacional aparece en Paul Van Zyl, "Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission", 52 *J. Int'l Aff.* 647 (1999). Se ofrece un análisis integral del papel histórico que le cupo al Poder Judicial bajo el régimen de apartheid en Stephen Ellmann, *In A Time Of Trouble: Law And Liberty In South Africa's State Of Emergency* (1995); David Dyzenhaus, "Transitional Justice", 1 *Int'l J. Const. L.* 163 (2003).

El modelo más destacado en esta fase es el que se conoce como *el modelo restaurativo*. En esta fase, el propósito principal de la justicia transicional fue construir una historia alternativa de los abusos del pasado. Emergió entonces una dicotomía entre verdad y justicia. Así, el paradigma de la fase II mayoritariamente evitó enjuiciamientos para, en cambio, concentrarse en un nuevo mecanismo institucional: *las comisiones de verdad*. Una comisión de verdad es un organismo oficial, habitualmente creado por un gobierno nacional para investigar, documentar y divulgar públicamente abusos a los derechos humanos en un país durante un período de tiempo específico. Si bien este nuevo mecanismo institucional fue usado por primera vez en la Argentina⁵⁸, este modelo investigativo es ahora asociado con la respuesta adoptada por la Sudáfrica post-Apartheid en los años '90⁵⁹. Desde entonces, se han propuesto o convocado comisiones de verdad y reconciliación de diversos tipos en todo el mundo y - frecuentemente - han generado un significativo apoyo internacional⁶⁰.

Lo atrayente de este modelo es su capacidad para ofrecer una perspectiva histórica más amplia, en lugar de meros juicios para casos aislados⁶¹. Las comisiones de verdad son preferidas donde el régimen predecesor hizo desaparecer personas u ocultó información sobre su política persecutoria, como fue el caso típico en Latinoamérica⁶². En contraste, las comisiones de verdad han sido de poco interés en la Europa post-comunista, donde el uso de la historia por parte de los gobiernos fue en sí mismo una dimensión destructiva de la represión comunista⁶³. En consecuencia, en la Europa del Este, la respuesta crítica principal de los regímenes sucesores no fue crear historias oficiales, sino que garantizar el acceso a los archivos históricos⁶⁴.

⁵⁸ Argentina estableció la primera comisión oficial transicional de investigación de la era moderna. Si bien era una comisión de verdad, su objetivo no era la reconciliación. La investigación realizada por la Comisión "Nunca Más" fue la primera fase de la justicia argentina posterior a la junta, tras el colapso del régimen militar después de la derrota en la guerra de Las Malvinas. Un relato de estos hechos aparece en Nino, nota 47 *supra*. Véase también *Nunca Más: The Report of The Argentine National Commission on The Disappeared* (Farrar et al. trans, 1986).

⁵⁹ Véase *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report* (Truth and Reconciliation Comm'n eds., 1999); Ley N° 34 de Promoción de Unidad Nacional y Reconciliación (1995) (Sudáfrica) (crea la Comisión de Verdad y Reconciliación). Véase Alex Boraine, *A Country Unmasked* (2000) que contiene un relato a fondo de esta historia desde un punto de vista biográfico.

⁶⁰ En Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity* (2001) se ofrece un análisis integral sobre las comisiones de verdad., Véase Boraine, nota 59 *supra* que contiene un análisis del modelo sudafricano. Para una interpretación crítica del proyecto de comisiones de verdad, véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 77-88.

⁶¹ Véase Teitel, nota 1 *supra*, pág. 70 (donde analiza los "régimenes de verdad" foucaultianos y su inevitable asociación con un régimen político).

⁶² Véase Teitel, nota 46 *supra*. Véase también *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile* (Phillip E. Berryman trans., 1993) disponible en http://www.nd.edu/~ndlibs/eresources/etexts/truth/table_of_contents.htm (última visita realizada el 11 de enero de 2003).

⁶³ Sobre Alemania Oriental y el tratamiento dado a los archivos oficiales después de la transición, véase Tina Rosenberg, *The Haunted Land: Facing Europe's Ghosts After Communism* 261-394 (1996). Véase también Timothy Garton Ash, *The File: A Personal History* (1998).

⁶⁴ Varios países de la región han promulgado leyes que permiten que las víctimas y otras personas tengan acceso a los archivos. Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 95-103; véase también Ruti Teitel, "Preface", en *Truth and Justice: The Delicate Balance: The Documentation of Prior Regimes and Individual Rights* (1993).

El modelo de la fase II pareció impulsar algunos de los objetivos de la justicia criminal del estado de derecho en sociedades en transición, en las cuales las instituciones legales funcionaban bajo condiciones de tensión transicional. Visto desde una perspectiva genealógica, el objetivo primordial de las comisiones de verdad no era la verdad, sino la paz. Esto planteó la interrogante sobre la relación esperada entre la paz y la promoción del estado de derecho y la democracia. Mientras los defensores del modelo sudafricano argumentaron que la paz era una condición previa necesaria para la democracia⁶⁵, la construcción de instituciones democráticas no fue su objetivo primario⁶⁶. Es para nada evidente que políticas cortoplacistas de manejo de conflictos puedan promover efectivamente el estado de derecho⁶⁷. No obstante, a menudo los propósitos de una comisión de verdad se consideran análogos a aquellos de la justicia criminal, ya que tanto los procesos judiciales como las comisiones de verdad pueden entenderse como animados fundamentalmente por la idea de la disuasión⁶⁸. De hecho, los mandatos de tales comisiones frecuentemente incluyen recomendaciones para prevenir la recurrencia de los abusos a los derechos humanos⁶⁹.

La respuesta de la fase II trascendió el enfoque unidimensional sobre responsabilidad individual en favor de una concepción más comunitaria. Sin embargo, el propósito de esta fase puede difícilmente considerarse como un proyecto de justicia social a gran escala⁷⁰. En cambio, los propósitos de la justicia transicional en esta fase se trasladaron desde la primera meta de establecer el estado de derecho por medio de hacer valer responsabilidades, hacia el

⁶⁵ Véase Boraine, nota 59 *supra*; Margaret Popkin y Naomi Roht-Arriaza, *Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America*, Law and Soc. Inquiry, Vol. 20 (Invierno de 1995); Kader Asmal et al., *Reconciliation Through Truth: A Reckoning of Apartheid's Criminal Governance* 12–17 (1997) (describe la Comisión de Verdad y Reconciliación como una instancia que “consigue la justicia mediante la verdad”).

⁶⁶ Véase George Bizos, *No One to Blame: In Pursuit of Justice in South Africa* 229–39 (1998) (analiza el debate del Congreso Nacional Africano acerca de los objetivos que logrará la Comisión de Verdad Sudafricana).

⁶⁷ En cuanto a argumentos relacionados, véase *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia* 13–31 (Carla A. Hesse & Robert Post eds., 1999); véase también Ruti Teitel, *Millennial Visions: Human Rights at Century's End*, *id.*, págs. 339–42.

⁶⁸ Véase Teitel, nota 1 *supra*, pág. 81. El establecimiento de las Comisiones de Verdad no implica necesariamente que sus investigaciones constituirán la respuesta completa y exclusiva del gobierno frente a las injusticias del pasado. Véase *Nunca Más*, nota 58 *supra* donde aparece un análisis del proceso argentino. En El Salvador y Sudáfrica, las confesiones ante la Comisión de Verdad y Reconciliación se recibieron a cambio de amnistías. Véase *The Truth Commission for El Salvador, From Madness to Hope: The 12-Year War in El Salvador*, UN SCOR, Anexo a carta fechada 29 de marzo de 1993, dirigida por Boutros-Boutros Ghali al Presidente del Consejo de Seguridad, UN Doc. S/25500 (1993), disponible en http://www.usip.org/library/tc/doc/reports/tc_elsalvador.html (última visita efectuada el 11 de enero de 2003); Thomas Buergenthal, “The United Nation’s Truth Commission for El Salvador”, 27 *Vand. J. Transnat’l L.* 497 (1994). El ejemplo contrario sería Argentina, cuya transición se inició con una comisión de verdad, que luego llevó a la formación de una política judicial penal y, finalmente, al inicio de procesamientos. Respecto de los acuerdos latinoamericanos, véase Weschler, nota 13 *supra*. Respecto al sistema sudafricano, véase Ley de Promoción de Unidad Nacional y Reconciliación, nota 59 *supra*. Sobre el otorgamiento de amnistías en Sudáfrica, véase Comisión de Verdad y Reconciliación, Transcripción de Dictámenes de Amnistía, que se encuentra en <http://www.doj.gov.za/trc/amntrans/index.htm> (última visita realizada el 11 de enero de 2003). Se pueden encontrar comentarios adicionales sobre el proceso de reconciliación en Abdullah Omar, “Truth and Reconciliation in South Africa: Accounting for the Past”, 4 *Buff. Hum. Rts. L. Rev.* 5 (1997).

⁶⁹ Véase Popkin & Roht-Arriaza, nota 65 *supra*.

⁷⁰ Sin duda, hay excepciones. Cuando se inició la transición sudafricana, la Liga Nacional Africana intentó implementar un programa redistributivo más amplio.

objetivo de preservar la paz⁷¹. Este cambio de énfasis redefine la comprensión de los propósitos de la transición.

Además, en esta fase, la modalidad de justicia transicional se convirtió comúnmente en un tema de orden privado. Incluso cuando fue investida con la autoridad gubernamental, la justicia transicional, realizada a través de las comisiones de verdad, frecuente y básicamente se convirtió en un vehículo para que las víctimas se reconciliaran y se recuperaran del daño sufrido en el pasado, muchas veces a través de la asesoría y la ayuda de varios actores no estatales. La justicia transicional se convirtió en una forma de diálogo entre las víctimas y sus victimarios. Hubo un alejamiento desde el foco de la fase I en torno a la universalización de juicios, hacia un enfoque en torno a la reconstrucción de la identidad política⁷² a través del estado de derecho sobre la base de los conceptos locales de legitimidad.

El problema del enjuiciamiento dio paso a otras formas de respuesta, sobre todo comisiones nacionales investigadoras que tenían la ventaja de ser capaces de investigar más sistemáticamente los crímenes del Estado⁷³. A pesar de apartarse de la justicia criminal internacional asociada con la primera fase, la respuesta de la fase II sí incorporó la retórica de los derechos humanos del modelo de posguerra, aunque en un abordaje más amplio, societal y restaurativo. El dilema central asociado con esta fase fue frecuentemente enmarcado en términos de derechos humanos tales como, si acaso las víctimas tienen el derecho a saber la verdad y si acaso el Estado tiene el deber de investigar para revelar dicha verdad⁷⁴. Dentro de este marco, la dinámica central de “*verdad versus justicia*” sugirió que necesariamente existían conflictos entre justicia, historia y memoria. Esta formulación dinámica se entiende mejor como una respuesta crítica al modelo de posguerra previo. No obstante, el intento de acomodar la retórica internacional de derechos humanos a una amplia variedad de objetivos

⁷¹ Véase Ruti Teitel, “Bringing the Messiah Through the Law”, en Hesse y Post, nota 67 *supra*, págs. 177–93 (analiza el conflicto entre el proceso político de pacificación y la imposición de la ley en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia).

⁷² En este vuelco hay una variedad de propósitos relacionados, incluyendo el recuerdo, el duelo y la recuperación. Existe una literatura creciente acerca de las alternativas al castigo. Véase, por ejemplo, *The Politics Of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies* (Alexandra Barahona de Brito et al. eds., 2001); Gary Jonathan Bass, *Stay The Hand of Vengeance: The Politics of War Crime Tribunals* (2000); Boraine, nota 59 *supra*; John Borneman, *Rule of Law, Justice and Accountability in Post-Socialist Europe* (1997); Hayner, nota 60 *supra*; Jennifer J. Llewellyn y Robert Howse, “Institutions for Restorative Justice: the South Africa Truth and Reconciliation Commission”, 49 *U. Toronto L.J.* 355 (1999); Mahmood Mamdani, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda* (2001); A. James McAdams, *Judging the Past in Unified Germany* (2001); *The (Un)Rule of Law and The Underprivileged in Latin America* (Juan E. Méndez et al. eds., 1999); Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence* (1998); Mark Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law* (1997); Popkin and Roht-Arriaza, nota 65 *supra*; Margaret Popkin, *Peace Without Justice: Obstacles to Building The Rule of Law in El Salvador* (2000); *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions* (Robert I. Rotberg y Dennis Thompson eds., 2000); Desmond Impilo Tutu, *No Future Without Forgiveness* (1999); Richard A. Wilson, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State* (2001).

⁷³ Hayner, nota 60 *supra*, ofrece un relato integral de las recientes comisiones de verdad y un argumento a favor de la investigación; véase también Kritz, nota 3 *supra*.

⁷⁴ Véase Popkin y Roht-Arriaza, nota 65 *supra*, pág. 79; véase también Rotberg y Thompson, nota 72 *supra*. Por cierto, no necesariamente existe un conflicto entre la investigación y la justicia, tal como se refleja en la primera comisión de verdad, convocada durante la transición política argentina de 1983. Véase *Nunca Más*, nota 58 *supra*, Prefacio.

sociales de gran espectro pone en relieve muchas contradicciones y arriesga un probable mal uso de dicha retórica⁷⁵.

Aún cuando limitada, la justicia transicional en su segunda fase posibilitó una suerte de justicia de preservación. La respuesta de la fase II permitió la creación de un registro histórico y al mismo tiempo dejó abierta la posibilidad de acciones y resoluciones judiciales futuras. El énfasis en la preservación significó aceptar las restricciones existentes sobre la soberanía política asociada con la democratización moderna, la globalización de la fragmentación política y otras restricciones políticas en el núcleo de la justicia transicional contemporánea.

B. *Canjeando Justicia por Paz*

En la fase II emergió un discurso dinámico que yuxtapuso e incluso sacrificó el objetivo de la justicia por la meta más modesta de la paz⁷⁶. Esta sección desarrolla ese discurso y reflexiona sobre su lugar en la genealogía, sobre todo en términos de su dinámica crítica con el modelo de justicia de la fase I. Esta sección, en última instancia, sostiene el que el modelo de la fase II expandió la categoría de justicia transicional, con implicancias para su futura normalización⁷⁷.

Una teoría del perdón⁷⁸ y la reconciliación⁷⁹, está asociada con el modelo de la fase II. El proyecto de verdad y reconciliación extrajo la mayor parte de su discurso normativo desde fuera del derecho, especialmente desde la ética, la medicina y la teología⁸⁰. Su propósito no era meramente la justicia, sino la paz, tanto para los individuos como para la sociedad como un todo⁸¹. El problema de la justicia transicional fue reconcebido a través de líneas morales y psicológicas para redefinir la identidad. La mezcla evidente de lenguaje legal, político y religioso, reflejó tanto la arrogancia como la limitación del derecho. La fase II tuvo sus raíces en la fase I y constituyó una respuesta crítica ante el proyecto más amplio de la justicia de la posguerra. Mientras en su primera fase el problema de la justicia transicional se enmarcó en

⁷⁵ Respecto al argumento de que sí existe dicha obligación, véase Velásquez Rodríguez, Inter-Am. CHR 35, en 166, OEA/ser. L/V/III.19, doc. 13 (1988) (“[E]l Estado debe evitar, investigar y castigar toda violación de derechos reconocida por la convención y ... restituir el derecho violado y entregar la indemnización que el hecho amerite.”). Véase también *Torture Victim Protection Act*, 28 USC § 1350 (1992).

⁷⁶ Véase Teitel, nota 1 *supra*, pág. 51.

⁷⁷ Véase el análisis *infra* en la Parte III.

⁷⁸ Véase Tutu, nota 72 *supra*, pág. 260; Minow, nota 72 *supra*; Jacques Derrida, *On Cosmopolitanism and Forgiveness* 55–59 (Mark Dooley y Michael Hughes trans., 2001).

⁷⁹ Respecto a una justificación filosófica ponderada de la justicia restaurativa, véase Elizabeth Kiss, *Moral Ambitions Within and Beyond Political Constraints: Reflections on Restorative Justice*, en Rotberg y Thompson, note 72 *supra*, pág. 68.

⁸⁰ Para un análisis del giro hacia el lenguaje terapéutico, véase Minow, nota 72 *supra*, págs. 21–22; Kenneth Roth & Alison Desforges, “Justice or Therapy?”, *Boston Rev.*, Summer 2002, disponible en <http://bostonreview.mit.edu/BR27.3/rothdesforges.html>. Un relato histórico del giro hacia el lenguaje moral y religioso aparece en nota 87 *infra*; Asmal et al., nota 65 *supra*, pág. 25.

⁸¹ Sobre los usos de la justicia para promover la paz, véase Teitel, nota 71 *supra*, págs. 177–93. La Comisión de Verdad y Reconciliación enfrentó “cuestiones cruciales de responsabilidad moral y política”. Asmal et al., nota 65 *supra*, pág. 25. Compárese Popkin y Roht-Arriaza, nota 65 *supra* (la verdad como vía hacia la paz), con Akhavan, nota 54 *supra* (los juicios como una vía hacia la paz). Véase Hayner, nota 60 *supra*, págs. 134–35 (donde se analizan los complejos resultados de la comisión de verdad para el propósito de la sanación individual).

términos de justicia versus amnistía, con la consideración de que la amnistía es una excepción respecto a la aplicación del estado de derecho, la segunda fase adoptó una política más amplia a favor de la amnistía con miras a la reconciliación⁸². La excepción se generalizó y reflejó un intento explícito de incorporar a la ley tanto la clemencia como la gracia.

Tanto los activistas políticos como los académicos buscaron salirse de la política y la historia contingente para comprender el conflicto en términos universales y atemporales⁸³. La fase II no resistió el ímpetu universalizador asociado con la fase I⁸⁴. Hubo algo de la fase I en su despliegue de los derechos universales como parte de la estructura justificadora de la fase II. El tipo de derecho que se propició presenta un lenguaje universalizador acerca de los objetivos del perdón y la posibilidad de redención política⁸⁵. Mientras el derecho, como se entiende convencionalmente, prácticamente desapareció, se dijo que el modelo alternativo tenía aplicación universal y se aseguraba que podría ser difundido en todo el mundo⁸⁶. Considérese el grado en que se está exportando la justicia transicional en el paradigma de la posguerra fría como una religión secularizada y sin ley⁸⁷.

En la fase II hubo una aparente fusión del dominio de la ética, generalmente considerada como pertinente a la esfera de lo privado más que al de las decisiones públicas⁸⁸, y el dominio de la política. Esto fue el indicio del derrumbe e interconexión de la esfera pública y la esfera privada, un fenómeno asociado a la globalización⁸⁹. Más aún, en la segunda fase, los actores políticos relevantes cambiaron desde aquellos con autoridad legal y política hacia aquellos con autoridad moral en la sociedad civil. Si bien en su primera fase la justicia se encontraba eminentemente en la esfera de acción del régimen sucesor y de los tribunales, en la segunda fase muchos de los actores y las instituciones relevantes estaban asentadas fuera del dominio del derecho y la política, e incluyeron iglesias, ONGs y grupos defensores de los derechos humanos que incorporaron una amplia gama de alternativas en la resolución de conflictos⁹⁰.

⁸² Las amnistías se han otorgado mayoritariamente en conformidad con la legislación, como ha ocurrido en gran parte del Cono Sur en América Latina. Véase Teitel, nota 46 *supra*. Otras amnistías, como ha sucedido en Sudáfrica, se han abordado de manera individual, aunque siguen correspondiendo a un proyecto de amnistía transicional más amplio. Véase nota 59 *supra*.

⁸³ Por ejemplo, ha habido una verdadera “explosión” editorial sobre el tema de la maldad. Véase, por ejemplo, Alan Badiou, *Ethics: An Essay on the Understanding of Evil* (2001); Susan Neiman, *Evil in Modern Thought: An Alternative History of Philosophy* (2002); John Kekes, *Facing Evil* (1990).

⁸⁴ Véase Steiner y Alston, nota 11 *supra* (se realiza un análisis sobre Nuremberg y la evolución del movimiento universal de derechos humanos); Véase también Henkin, nota 38 *supra*.

⁸⁵ Por cierto, este propósito se explicita en los Informes de la Comisión de Verdad. Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 69–72.

⁸⁶ Véase Boraine, nota 59 *supra*.

⁸⁷ Acerca del vínculo entre la corrupción de la autoridad política y legal y el desplazamiento hacia la autoridad moral y religiosa, véase Boraine, nota 59 *supra*, págs. 340–78; véase también *Looking Back, Reaching Forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa* (Charles Villa-Vicencio y Wilhelm Verwoerd eds., 2000) (que analiza el carácter religioso de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica).

⁸⁸ En lo referente a los avances actuales más amplios hacia un discurso público con motivación ética, véase *The Turn to Ethics* (Marjorie B. Garber et al. eds., 2000); véase también Zygmunt Bauman, *Postmodern Ethics* (1993).

⁸⁹ Véase David Held, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture* (1999); Ulrich Beck, *What is Globalization?* (Patrick Camiller trans., 2000).

⁹⁰ Véase notas 120, 123 *infra*.

Además, el modelo de la fase II adhirió apenas de manera endeble a los procesos legales convencionales. Esto se ilustró con el desplazamiento desde la sala de tribunales hacia la sala de audiencias públicas y el giro hacia testimonios confesionales discursivos. El lenguaje escogido tuvo implicancias jurídicas y políticas muy significativas. Un discurso ético-religioso introdujo una base moral a la justicia transicional. Sin embargo, el movimiento por la verdad y la reconciliación tendió a evitar juicios y, en cambio, apuntó a ir más allá de nociones legales de culpa y responsabilidad. Contribuyó a una verdadera teología política⁹¹, construyendo un discurso que incorporó imperativos morales y tuvo el potencial de poner en amenaza los parámetros del legítimo discurso político en estados liberales, que concibe la esfera pública como un dominio de debate libre e informado⁹². No obstante, la comisión de verdad se asoció también con una postura crítica ante la globalización, donde la percepción de un déficit democrático ha llevado a una búsqueda de un discurso legitimante y universalizador⁹³.

La evolución del discurso de la justicia transicional en la segunda fase hizo destacar una compleja interacción entre las dimensiones de lo universal, lo global y lo local. Mientras que, al enmarcar el problema en términos universalizadores de derechos humanos, la fase I sugiere una forma de justicia que está alejada de los intereses y necesidades de las sociedades, pero también la modalidad de la fase II asumió condiciones que no estaban formalmente presentes en muchos países, con resultados restaurativos frecuentemente dudosos. El examen retrospectivo de la genealogía ilumina las contingencias históricas y políticas presentes en las decisiones que se tomaron respecto de políticas específicas. También indica hasta qué punto el régimen jurídico de la fase II incorporó las ideas del estado de derecho que se vinculan estrechamente a la legitimidad de las instituciones locales, enfrentando, así, los múltiples propósitos asociados con períodos de cambio político.

Las consideraciones políticas asociadas con la respuesta transicional característica de la posguerra fría son ilustrativas. Se decía que el objetivo de los planes de acción y lineamientos transicionales sería la meta de la paz, más que la democracia. El giro hacia estrategias alternativas, ya fuesen teológicas o terapéuticas, fue animado por el objetivo de la reconciliación que miraba hacia el futuro. El perdón se convirtió en la contrapartida de la petición política de disculpas⁹⁴, entendida como un acto de contrición en el dominio de las

⁹¹ En el tema de la teología política, véase Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab trans., 1985). Sobre la relación entre religión y violencia, véase Hent de Vries, *Religion and Violence: Philosophical Perspectives From Kant to Derrida* (2002); véase también Jacob Taubes, *Die Politische Theologie Des Paulus* (Aleida Assman et al. eds., 1993). En lo referente a argumentos relacionados, véase Hannah Arendt, *The Human Condition* 38–78 (U. Chi. Press 2da. ed. 1998) (1958) (que explora las distinciones entre los ámbitos público y privado).

⁹² Véase Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society* (1985).

⁹³ La aparición de esta forma de discurso sobre la justicia transicional en este momento refleja su asociación con las políticas de globalización y los desafíos relacionados con la mantención de una esfera pública fuerte.

⁹⁴ Un análisis de algunas de las implicaciones filosóficas y sociológicas del perdón aparece en Nicholas Tavuchis, *Mea Culpa: A Sociology of Apology and Reconciliation* (1993); véase también Jeffrie G. Murphy y Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy* (1990); Michel Rolph-Trouillot, “Abortive Rituals: Historical Apologies in the Global Era”, en *Interventions: Righting Wrongs, Rewriting History*, vol. 2(2), págs. 171–86 (H. Bhabha & R. S. Rajan, eds., 2000).

políticas de unidad⁹⁵. Una gran variedad de mecanismos conciliatorios surgió en muchas sociedades en transición, con el ostensible propósito de estabilizar la situación política interna. Estas políticas se convirtieron en los signos de una época de restauración del estado de derecho en la política global.

Sin embargo, este tipo de políticas de reconciliación puede perfectamente acarrear consecuencias negativas en el largo plazo. Por ejemplo, la incitación a llegar a acuerdos sobre los reclamos por actos del pasado puede tener ramificaciones conservadoras. Tal enfoque puede socavar reformas políticas más amplias⁹⁶ y en general puede que no ayude a echar las bases para el desarrollo de la democracia⁹⁷. Además, dado que las respuestas discutidas aquí han implicado, en gran medida, decisiones políticas nacionales, éstas comúnmente pasan por alto las causas estructurales de mayor escala asociadas al equilibrio bipolar del poder. El discurso de la fase II se renegociaba al mismo tiempo que se daba el debate sobre las reformas del proceso de globalización. Esto parece ser más que una coincidencia histórica. Aún cuando la disparidad entre ricos y pobres asociada con la economía del libre mercado ha crecido⁹⁸, el ímpetu ha sido recurrir en forma creciente al discurso de la justicia transicional y a un proyecto que, hasta cierto punto, mira hacia el pasado y se limita a la restauración⁹⁹. En el presente, el grado en que la justicia transicional ha desplazado a otros proyectos de justicia señala la presencia de expectativas políticas disminuidas como respuesta a los experimentos fallidos de un pasado no tan lejano.

C. *La Justicia Transicional de Fin-de-Siècle y el Transcurso del Tiempo*

Esta sección examina la justicia transicional a lo largo del tiempo. Explora hasta qué punto el discurso de la justicia transicional se ha tornado omnipresente en la política. Con procesos de justicia transicional demorados, el significado mismo de la categoría de la transición se ha expandido a lo largo del tiempo hasta convertirse en una persistente metáfora¹⁰⁰.

Los acontecimientos descritos más arriba tienen implicancias para el autoconocimiento histórico humano. Hacia finales del siglo XX, parecía que toda justicia se había vuelto transicional, *ex-post*, y orientada hacia el pasado. Entre algunos de los teóricos del período,

⁹⁵ En lo que atañe al papel del perdón en la esfera política, véase Arendt, nota 91 *supra*, págs. 236–43. Respecto a Sudáfrica, véase Boraine, nota 59 *supra*, págs. 340–78 (analiza la necesidad de “[e]nfrentar la responsabilidad colectiva”). Sobre el papel esperado de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, véase Asmal et al., nota 65 *supra*, pág. 143.

⁹⁶ Compárese Robert Meister, *The Politics and Political Uses of Human Rights Discourse: A Conference on Rethinking Human Rights*, ponencia presentada en una conferencia en Columbia (Nov. 8–9, 2001) (centrada en el efecto que el modelo tiene en el proyecto revolucionario y no en el proyecto de construcción de la democracia), con Jung & Shapiro, nota 97 *infra*.

⁹⁷ En Sudáfrica, la política de reconciliación estaba asociada con la política de consociacionalismo. Véase *Constitución Política de Sudáfrica*. Cap. 15, No. 251 (1993) (la disposición relativa a “Unidad y Reconciliación Nacional”); Courtney Jung & Ian Shapiro, “South Africa’s Negotiated Transition: Democracy, Opposition, and the New Constitutional Order”, 23 *Pol. & Soc.* 269 (1995).

⁹⁸ Véase Joseph E. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents* (2002) en lo referente a un análisis de las tensiones actuales en la globalización del mercado.

⁹⁹ Un análisis de algunas de las contradicciones aparecen en Meister, nota 96 *supra*.

¹⁰⁰ Respecto de la normalización de la justicia transicional, véase Parte III(A) *infra* y notas 130–147.

las dinámicas post-soviéticas y la ola de transiciones relacionadas a éstas llevarían, como era esperado, a un proceso de estabilización política y, según Francis Fukuyama, “*al fin de la historia*”¹⁰¹. Otros teóricos sugirieron que el colapso comunista dejó pocas opciones políticas y, de ahí entonces, que la política era el pasado y todo lo que quedaba pertenecía a la historia. De esta manera, Jacques Derrida escribió sobre el marxismo como un fantasma en espera de su duelo¹⁰². Y si bien Derrida y Fukuyama compartían poco o nada en el ámbito de la política, ambos representaron a un amplio espectro de escritores políticos cuyos escritos, a finales del siglo, claramente relegaron a un mausoleo el tiempo en que la política involucraba un marcado proyecto revolucionario¹⁰³. Sin embargo, estas conclusiones que pronosticaban el fin de la historia o el final de la política parecían ciertamente fuera de lugar¹⁰⁴. Los académicos actuales no han captado aún la dinámica predominante de la justicia transicional ni su nexo con los cambios políticos en curso.

El persistente discurso de los últimos años del siglo XX fue aquel de la justicia transicional. Actitudes que buscaban un cierre, asociado tanto con el fin del siglo como con el fin del milenio, reflejaron un sentido dominante de meta-transición. Al final del siglo, hubo un evidente aumento de situaciones de la permanencia de antiguas injusticias y de una justicia transicional pospuesta. Hubo persistentes llamados a pedir disculpas, realizar reparaciones, publicar memorias, y todo tipo de ajuste de cuentas relacionadas con crímenes y sufrimientos pasados¹⁰⁵. Abundaron los ejemplos de demandas y arreglos, incluyendo aquellos relativos a patrimonios y propiedades perdidas durante la Segunda Guerra Mundial¹⁰⁶, reparaciones económicas por esclavitud¹⁰⁷ e incluso injusticias mucho más antiguas tales como las colonizaciones, la Inquisición y las Cruzadas¹⁰⁸.

¹⁰¹ Véase Francis Fukuyama, *El fin de la historia y el último hombre* (1992).

¹⁰² Véase Jacques Derrida, *Specters of Marx: the State of the Debt, the Work of Mourning, and the New International* (Espectros de Marx. El estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva Internacional) (Peggy Kamuf trans., 1994) (analiza lo que queda del marxismo tras la caída del comunismo).

¹⁰³ No obstante, véase Eric Hobsbawm, *On the Edge of the New Century* 95–107 (Allan Cameron trans., Antonio Polito ed., 2000) (analiza los cambios en el significado de la discusión política de izquierda y derecha y particularmente la política “progresiva”).

¹⁰⁴ Por cierto, existe una fragmentación y disgregación post-soviética manifiesta. En cuanto al argumento de que el mundo contemporáneo pareciera ser más violento actualmente, véase Ken Jowitt, *New World Disorder* (1992). Respecto del análisis del papel de la ley en circunstancias en que pareciera haber un conflicto perpetuo, véase Ruti Teitel, “Humanity’s Law: Rule of Law in the New Global Politics”, 35 *Cornell Int’l L.J.* 352 (2002).

¹⁰⁵ Véase en general John Torpey, “Making Whole What Has Been Smashed: Reflections on Reparations”, 73 *J. Mod. Hist.* 333, 334 (2001) (analiza la difusión global de la “política de reparación”); Sharon K. Hom & Eric K. Yamamoto, Symposium, “Race and the Law at the Turn of the Century: Collective Memory, History, and Social Justice”, 47 *UCLA. L. Rev.* 1747 (2000).

¹⁰⁶ En lo referente al Holocausto como modelo estándar y globalizado, véase Torpey, nota 105 *supra*, págs. 338–42. Véase también *Farmer-Paellmann v. FleetBoston Financial Corp.*, No. CV-02-1862 (EDNY, presentada el 26 de marzo de 2002); Anthony Sebok, “Prosaic Justice”, *Legal Aff.*, Sept.–Oct. 2002, págs. 51–53; Anthony Sebok, *The Brooklyn Slavery Class Action: More than Just a Political Gambit* (Apr. 9, 2002), en <http://writ.news.findlaw.com/sebok/20020409.html> (Findlaw’s Legal Commentary); *When Sorry Isn’t Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice* (Roy L. Brooks ed., 1999).

¹⁰⁷ Declaración de la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Intolerancias, Durban, Sudáfrica (31 de agosto al 8 de septiembre de 2001), en <http://193.194.138.190/pdf/Durban.pdf>.

¹⁰⁸ Respecto de un análisis histórico, véase por ejemplo Elazar Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices* (2002); *Justice Delayed: The Records of the Japanese American Internment*

Como lo ilustra la perspectiva genealógica, el interés en la búsqueda de la justicia no necesariamente declina con el transcurso del tiempo¹⁰⁹. Esto puede que suceda porque la justicia transicional se relaciona con condiciones políticas excepcionales, donde el Estado mismo está implicado en crímenes y entonces la búsqueda de la justicia necesariamente debe guardar a que el régimen cambie. En años recientes, esto ha sido caracterizado por algunos como el “Efecto Scilingo”, por una confesión entregada dos décadas después de que el régimen de las juntas militares acabó en la Argentina. Esta confesión reabrió la cuestión de la justicia para los crímenes cometidos durante la guerra sucia¹¹⁰. La justicia transicional implica un tratamiento no lineal de la dimensión temporal. Este fenómeno se refleja en acciones legales que frecuentemente adoptan la forma de demandas y litigios postergados, para extender la esfera de acción de la justicia transicional hacia la litigación caso a caso¹¹¹. En el ámbito internacional, este dilema se resolvió por medio de la adopción de la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad*, aunque ésta no necesariamente resolvió las tensiones políticas concomitantes¹¹².

Existe una complicada relación entre justicia transicional, verdad e historia. En el discurso de la justicia transicional, volver a visitar el pasado es entendido como el modo de avanzar hacia el futuro¹¹³. Existe una noción implícita de una historia que progresa. Desde la perspectiva de la historiografía intelectual y autoentendimiento humano, esta noción está cuestionada¹¹⁴. Sin embargo, las transiciones son períodos atípicos de quiebre que ofrecen una elección entre narrativas en disputa. El objetivo paradójico de la transición es deshacer la historia. La finalidad es reconcebir el significado social de conflictos pasados, en particular de las derrotas, en un intento por reconstruir sus efectos presentes y futuros¹¹⁵.

Cases (Peter Irons ed., 1989); véase en general Eric Yamamoto *et al.*, *Race, Rights, and Reparation: Law and the Japanese American Internment* (2001).

¹⁰⁹ Compárese Jeremy Waldron, “Superseding Historic Injustice”, 103 *Ethics* 4, n.1 (1992) (argumenta a favor de la “sucesión” de reclamaciones) con Teitel, nota 1 *supra*, págs. 138–39 (analiza la paradoja del paso del tiempo en lo que concierne a la justicia transicional, lo que generalmente involucra actos ilícitos por parte del Estado).

¹¹⁰ Véase Marguerite Feitlowitz, *A Lexicon of Terror* (1988) (analiza el “Efecto Scilingo” argentino en cuanto a demoras en la justicia).

¹¹¹ Véase nota 124 *infra* (con respecto a los litigios relacionados con Pinochet).

¹¹² Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad Res. A.G. 2391, UN GAOR, Sesión 23ra., Supp. No. 18, pág. 40, Doc. ONU A/7218 (1968).

¹¹³ Por cierto, esta idea aparece en toda la literatura de la comisión de verdad. En Sudáfrica se concebía el papel de la Comisión de Verdad y Reconciliación como un “puente” entre el pasado y el futuro. Véase Constitución Política de Sudáfrica, Cap. 15, N° 251 (1993) (la disposición relativa a “Unidad y Reconciliación Nacional”).

¹¹⁴ En su mayoría, dichas ideas de la historia están asociadas con proyectos perfeccionistas ya pasados de moda, tales como el marxismo. Respecto a presentaciones críticas posteriores, véase Walter Benjamin, “Theses on the Philosophy of History”, en *Illuminations: Essays and Reflections*, págs. 253–64, 257 (Hannah Arendt ed., 1968) (se opone al pensamiento histórico progresivo); véase también Foucault, nota 7 *supra* (que distingue a la genealogía de la historia progresiva).

¹¹⁵ Sobre la idea de “avenirse con la historia” o “vergangenheitsbewältigung,” véase Marc Silberman, “Writing What - for Whom? ‘Vergangenheits Bewältigung’ in GDR Literature”, 10 *German Stud. Rev.* 527, n.3 (1987); Richard Evans, “The New Nationalism and the Old History: Perspectives on the West German Historikerstreit”, 59 *J. of Mod. Hist.* 761, 785 n.4 (1987); véase también Gordon Craig, “The War of the German Historians”, *N.Y. Rev. Books*, Jan. 15, 1987, at 16–19; Charles Maier, *The Unmasterable Past* (1988).

Las transiciones presentan un dilema de determinación de mínimos. Por definición éstas son épocas de disputas en torno a narrativas históricas. Así, las transiciones presentan el potencial para la creación de contra-historias. La pregunta vuelve a plantearse con el transcurso del tiempo, lo que subraya el desafío de permanecer en la historia así como el de los límites de la transformación. De hecho, la posibilidad de una mínima mejoría con frecuencia se enfrenta con una resistencia a trabajar dentro de parámetros históricos y políticos para hacer posible el cambio. La noción que debe elegirse un mínimo o límite después de una tragedia masiva aparece en trabajos principalmente orientados a la búsqueda de respuestas en relación con el Holocausto¹¹⁶. En este contexto, a menudo hay resistencia a la idea misma de transición, la cual podría plantear la posibilidad de cambios políticos. El problema apunta al modo como conviene seguir comprometido después de una catástrofe masiva, ya sea mediante dar testimonio, tomar acciones políticas o contribuir al cuerpo de conocimientos sobre el tema¹¹⁷.

En la fase de la posguerra fría, la elaboración de la historia fue fundamental para construir una identidad política del Estado¹¹⁸ y la tarea de controlar la construcción de una historia alternativa podía involucrar múltiples actores, incluyendo historiadores, abogados, periodistas y víctimas¹¹⁹. Esto puso de relieve el problema normativo de quién debería escribir la historia de la transición. En este sentido, la justicia transicional de la fase II se desplazó desde un proyecto que dependía del rol principal del Estado hacia un proceso que con frecuencia lo pasa por alto. La transferencia del poder del Estado reflejó las condiciones políticas más abiertas asociadas con las transiciones de posguerra fría y la globalización. Dado que los regímenes predecesores fueron frecuentemente implicados en crímenes, el disminuido rol de la autoridad política en la fase II consiguió evitar muchos de los dilemas asociados con el proyecto de justicia más ambicioso de la fase I.

Este contexto transformador aumentó la posibilidad de contar con varios caminos alternativos e incluso de justicia transicional, relacionados con arreglos a disputas de carácter internacional, transnacional, nacional e incluso de orden privado. En la fase II había una variedad de nuevos actores políticos¹²⁰ y una distintiva privatización de la respuesta transicional. La tendencia hacia la privatización tomó muchas formas, desde su transferencia a la sociedad civil hasta dejarla en manos de personas individuales por vía del litigio¹²¹. Estos

¹¹⁶ Véase Jean Amery, *At the Mind's Limits: Contemplations by a Survivor on Auschwitz and its Realities* (Stella P. Rosenfeld y Sidney Rosenfeld trans., 1980).

¹¹⁷ Respecto al problema de la representación posterior al holocausto, especialmente en la literatura docta, véase por ejemplo *Probing the Limits of Representation: Nazism and the Final Solution* (Saul Friedlander ed., 1992).

¹¹⁸ Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 77–92.

¹¹⁹ En lo referente al testimonio de las víctimas, véase Lawrence L. Langer, *Holocaust Testimonials: The Ruins of Memory* (1993); Minow, nota 73 *supra*.

¹²⁰ Respecto al creciente protagonismo de las redes transnacionales, véase Martha Finnemore y Kathryn Sikkink, “International Norms Dynamic and Political Change”, *52 Int'l Org.* 887, 907 (1998); Margareth Keck & Kathryn Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics* (1998).

¹²¹ Esto se ve en la proliferación contemporánea de demandas contra las multinacionales. Véase “Developments in the Law—International Criminal Law: II. The Promises of International Prosecution”, *114 Harv. L. Rev.* 1957 (2001). Acerca del problema de la relación entre el Estado y la responsabilidad individual, véase *State Responsibility and the Individual: Reparations in Instances of Grave Violations of Human Rights* (Albrecht Randlezhofer y Christian Tomuschat eds., 1999); Guillermo A. O'Donnell, “Democracy, Law and Comparative Politics”, *36 Stud. Comp. Int'l Dev.* 7 (2001).

procesos estuvieron parcialmente relacionados con la globalización y plantearon la cuestión de hasta qué punto había principios normativos disponibles que guiaran la toma de decisiones transicionales. La política de la fase II reflejó una lucha entre soluciones locales y globales, aún cuando la globalización aumentó las interconexiones entre distintas decisiones políticas. El examen genealógico, interdisciplinario y comparativo, revela altamente divergentes concepciones del estado de derecho¹²², que a su vez reflejan perspectivas legales y culturales diferentes¹²³. Se planteó un profundo problema normativo en la interacción de justicia transicional, globalización y soberanía, es decir: si acaso y hasta qué punto la reacción frente a un agravio debería permanecer bajo el control del Estado donde la acción lesiva ocurrió. En la fase II, las acciones relacionadas a la justicia transicional fueron tomadas de modo cada vez más independiente de los actores estatales. Estas decisiones desestabilizaron determinaciones previas como bien lo ilustra el señero caso del proceso de extradición del general Augusto Pinochet¹²⁴. Más aún, este caso demostró también la expansión de la justicia transicional a través del tiempo¹²⁵. En un mundo que es cada vez más interdependiente en aspectos tan diversos como lo económico, lo tecnológico, lo político y lo jurídico, se ponen de manifiesto profundos problemas en la intersección de los principios de jurisdicción y soberanía. Dados los procesos de globalización en curso, es altamente probable que este fenómeno se acelere¹²⁶. Esto parece presagiar una categoría de justicia transicional expandida.

La vinculación de la justicia transicional de la posguerra fría con una política de globalización refleja de manera aguda la dimensión constructivista de las políticas más limitadas de la fase II. Mientras la primera fase concibió al estado de derecho en términos universalizadores asociados a la obligación de responder por acciones u omisiones lesivas para la humanidad, el modelo de la fase II, en cambio, se ocupó en hacer avanzar la idea opuesta de un estado de derecho vinculado con la legitimidad de la jurisdicción nacional y soberanía de los países. Al restringir la esfera de investigación, la fase II reveló la concepción política que se correlacionaba a esta forma de justicia transicional, en particular en la medida en que se implicó a actores locales más que internacionales, y a aquellos que estaban más bien abajo que arriba en los mandos de poder y de responsabilidad política. Esto fue un indicio de la fuerza constructiva de los postulados de la fase II y mostró también el grado en que el modelo de la fase II era susceptible a la politización y, a fin de cuentas, dependía de la promoción de valores alternativos, al margen de los derechos universales y la responsabilización por hechos indebidos que subyace al estado de derecho.

¹²² Mientras que el enfoque empleado en Estados Unidos tiende a delegar la solución de controversias a litigios tratados caso por caso, el enfoque europeo está orientado al establecimiento de normas generales a través de la legislación. Para ver un análisis comparativo que ilustra el imperio de la ley transicional, véase Teitel, nota 1 *supra*.

¹²³ Un ejemplo que ilustra estas diferencias en la justicia transicional son los litigios de posguerra, principalmente los relativos al Holocausto, lo que ha ocasionado una oposición a la supuesta exportación al extranjero del enfoque “americano” en lo referente al daño.

¹²⁴ Véase Regina v. Bow St. Metro. Stipendiary Mag., *ex parte* Pinochet Ugarte (No. 3) 1 A.C. 147 (2000).

¹²⁵ Un análisis de la relación entre la justicia transicional y el paso del tiempo aparece en el texto *supra* que acompaña a la nota 109.

¹²⁶ Comentarios sobre el potencial de una jurisdicción universal aparecen en la nota 138 *infra*; véase en general Human Rights Watch, 2001 World Report, en <http://www.hrw.org/wr2k1/index.html> (última visita realizada el 13 de enero de 2003).

En la medida que la segunda fase se distanció de las soluciones legales tradicionales, ésta desafió la idea de que aún hubiese algún umbral o límite respecto de lo que es el estado de derecho transicional¹²⁷. Estos cambios ilustran las implicancias normativas de desplegar un discurso de justicia. Tal discurso puede influir en otorgar legitimidad a la respuesta en la medida en que se origina en un régimen sucesor, con credenciales democráticas, y al infundirle a la respuesta transicional la legalidad tradicionalmente asociada a los procedimientos judiciales¹²⁸. Subsiste la pregunta de si acaso existe algún tipo de mínimo de la justicia transicional más allá del cual la indagación histórica, psicológica o religiosa debiese ser caracterizada como búsqueda de la justicia. Este examen genealógico sugiere que las reflexiones sobre esta materia no son actividades metafísicas, sino que deben ser entendidas en su contexto político e histórico. Aún así, hay fundamentos independientes para una crítica que influya en la naturaleza del discurso emergente y afecte la probabilidad de que éste o bien apenas colabore a los objetivos inmediatos de la resolución de conflictos o bien, por otro lado, contribuya a los objetivos de la democracia, la reconstrucción de la nación, y el progreso de objetivos políticos liberales¹²⁹.

III. FASE III: EL ESTADO ESTABLE DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

A. *Justicia Transicional en Todo Momento*

La presente fase puede ser caracterizada como la del estado estable y asentado de la justicia transicional. El discurso se trasladó ahora desde la periferia hasta el centro. Como se discutió más arriba, el nuevo milenio parece estar asociado con la expansión y normalización de la justicia transicional. Lo que era históricamente visto como un fenómeno legal asociado a condiciones post-conflicto extraordinarias, ahora parece ser cada vez más un reflejo de tiempos normales. La guerra en tiempos de paz¹³⁰, la fragmentación política, Estados débiles, guerras pequeñas y el conflicto permanente, todas son características condiciones políticas contemporáneas¹³¹. Estos acontecimientos contemporáneos han estimulado el intento de lograr una normalización de la justicia transicional, conduciendo en última instancia a consecuencias ambivalentes. En su condición de una teoría asociada al cambio político permanente, la justicia transicional se relaciona con una politización más alta del derecho y también con un cierto grado de concesiones en los estándares del estado de derecho.

El símbolo más reconocido de la normalización de la teoría transicional es el afianzamiento de la respuesta de la fase I en la forma del *Tribunal Penal Internacional* (TPI),

¹²⁷ Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 213–28 (promueve un imperio de la ley explícitamente transicional que no es meramente simbólico).

¹²⁸ Véase H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2nd ed. 1997); véase también Henkin, nota 38 *supra*, págs. 31–41.

¹²⁹ Sobre la evolución de la justicia transicional, véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 223–28.

¹³⁰ Véase David Halberstam, *War in a Time of Peace: Bush, Clinton, and the Generals* (2001).

¹³¹ Un análisis más completo acerca de la ley y la política en el contexto político posterior al 11 de septiembre aparece en Teitel, nota 104 *supra*.

la nueva institución internacional establecida a finales del siglo XX¹³². Este tribunal fue precedido por los tribunales criminales internacionales *ad hoc* convocados para responder a conflictos genocidas en los Balcanes y en Ruanda¹³³. Medio siglo después de la Segunda Guerra Mundial, el TPI simboliza el afianzamiento del modelo de Nuremberg: la creación de un tribunal internacional permanente designado para someter a proceso a autores de los crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad como una materia de rutina bajo el Derecho Internacional¹³⁴. El estándar global del estado de derecho actualmente parece estar basado en una expansión del Derecho de la Guerra¹³⁵. Sin duda, la vuelta atrás hacia el Derecho Internacional Humanitario incorpora la compleja relación entre el individuo y el Estado como un modelo legal que permite a la comunidad internacional hacer valer la responsabilidad de los líderes de un régimen y condenar las políticas de persecución, incluso cuando ocurren fuera del Estado en cuestión¹³⁶. Más aún, esta forma particular de justicia internacional ofrece el potencial de deslegitimación de un régimen, lo que puede apoyar e incluso incitar a una transición¹³⁷. No obstante, hay también muchos dilemas y límites que surgen del giro hacia el Derecho de la Guerra en tiempos de relativa paz, así como por la preferencia por un sistema legal internacional. Emerge entonces una tensión dinámica entre la fragmentación propia de distintas sentencias y el potencial de jurisdicción universal asociado con la justicia transicional¹³⁸, y el intento de centralizar en el TPI la función de establecer responsabilidades¹³⁹.

¹³² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Doc. ONU A/CONF.183/9 (1998) *reimpreso en* 37 I.L.M. 999 (1998) [en adelante Estatuto de Roma].

¹³³ Véase el Estatuto del Tribunal Internacional para el Procesamiento de Personas Responsables de Violaciones Graves a la Ley Humanitaria Internacional Cometidos en el Territorio de la Ex-Yugoslavia desde 1991, Doc. ONU S/25704/Anexos (1993); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, UN SCOR, Ses. XLVIII, 3217a Reunión., Doc. ONU S/RES/827 (1993), modificado por UN SCOR, Doc. ONU S/RES/1166 (1998); Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, U.N. SCOR, Ses. XLIX, 3453era Reunión, Doc. ONU S/RES/955 (1994), adjunto a Doc. ONU S/IN-F/50 (1996). Respecto al análisis de las expectativas de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, véase Teitel, nota 71 *supra*. Un análisis de las limitaciones de estos tribunales aparece en Álvarez, nota 56 *supra* (examina los límites de los tribunales internacionales).

¹³⁴ Véase Estatuto de Roma, nota 132 *supra*, Preámbulo, pág. 1002 (afirma que “los crímenes de guerra más graves que preocupan a la toda comunidad internacional no deben quedar impunes”).

¹³⁵ Véase Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre la Creación de una Corte Criminal Internacional, 17 de julio de 1998, Anexo 11, Doc. ONU A/CONF. 183/9, *reimpreso en* 37 ILM 999 (1998), disponible en <http://www.un.org/icc>.

¹³⁶ Véase texto *supra* que acompaña las notas 27–28.

¹³⁷ Véase Teitel, nota 71 *supra* (analiza el potencial normativo limitado de los tribunales externos); véase también Christopher Rudolph, “Constructing an Atrocities Regime: The Politics of War Crimes Tribunals”, 55 *Int’l Org.* 655, 684–85 (2001). Por cierto, esto representa algo de la teoría para el juicio de Milošević a la luz de las conclusiones a las que llegó la Comisión de Kosovo en cuanto a que la intervención de la OTAN en el conflicto fue “ilegal pero legítima”. La Comisión Internacional Independiente para Kosovo y el Informe Kosovo (2001) están disponibles en <http://www.kosovocommission.org>.

¹³⁸ Sin duda, es el legado de la Fase 1 de la justicia de posguerra el que se amplía en el contexto globalizante, en el que la mayor interconectividad internacional permite procesar a los infractores independientemente de su rango o ciudadanía. Véase el *Programa de la Universidad de Princeton sobre Derechos y Asuntos Públicos*, los *Principios de la Universidad de Princeton sobre la Jurisdicción Universal* (2001); Kenneth C. Randall, “Universal Jurisdiction under International Law”, 66 *Tex. L. Rev.* 785 (1988). Respecto a los efectos de la jurisdicción universal, compárese Andrea Bianchi, “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, 10 *Eur. J. Int’l L.* 237 (1999), con Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, “Pinochet and International Human Rights Litigation”, 97 *Mich. L. Rev.* 2129 (1999).

¹³⁹ En cuanto al posible papel del TPI y su interacción con la justicia transicional nacional, véase Leila Nadya Sadat y S. Richard Carden, “The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution”, 88 *Geo. L.J.* 381

La normalización de la justicia transicional actualmente toma la forma de la expansión del Derecho de la Guerra, como lo ilustra el incremento en la importancia del Derecho Humanitario¹⁴⁰. Los acontecimientos contemporáneos implican una apropiación del discurso del Derecho Humanitario con un doble significado. El establecimiento del Derecho Humanitario como el estado de derecho del presente restringe no sólo la forma en que se conduce la guerra¹⁴¹, sino que también parece expandir el sistema humanitario para responder a aspectos más amplios del Derecho de la Guerra, incluyendo la justificación de su posible iniciación. Más aún, el uso del sistema internacional humanitario para justificar la intervención de la OTAN en Kosovo parece haber establecido un precedente para expandir las bases legítimas para la intervención armada, específicamente, una base humanitaria para una guerra justa¹⁴². Un esquema jurídico en el que el Derecho de la Guerra forma la base de la justicia criminal internacional tiene resonancias más profundas y ofrece una estructura justificatoria más acabada. Ya sea unilateral o multilateralmente, el expandido Derecho Humanitario permite la identificación de fallas en la acción del Estado, pero también parece presionar para que el Estado cumpla con los derechos humanos. Esto demuestra el potencial para deslizarse desde una justicia transicional normalizada hacia la campaña en contra del terrorismo. El uso del Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho de la Guerra ha cambiado después del abandono de la teoría del Estado moderno a favor de la idea de un período de la globalización. La combinación contemporánea del Derecho de los Derechos Humanos, el Derecho Penal y, el Derecho Internacional de Guerra, implica una pronunciada pérdida para aquellos que buscaban desafiar la acción del Estado. A través del uso del modificado Derecho de la Guerra y la noción de hacer cumplir los derechos como una base para la intervención armada, el sistema humanitario expandido presenta nuevos dilemas para los derechos humanos que resaltan la tensión entre los objetivos de la justicia y la paz.

Bajo el rótulo de “autodefensa preventiva”, se está adoptando un discurso de aparente guerra permanente, para legitimar la próxima etapa de la guerra contra el terrorismo¹⁴³. Esta retórica intenta vaciar la distinción entre la guerra y la paz, y entre la ley y su excepción. La noción de justicia transicional permanente de la fase III es evidente en el despliegue del sistema humanitario, el que se ha expandido y fusionado con el Derecho de los Derechos Humanos¹⁴⁴. La apelación a un lenguaje de moralidad universal en el discurso legal humanitario guarda semejanza con los recientes desarrollos en la justicia transicional. La aparente normalización de la justicia transicional es también evidente en la capacidad para

(2000); Gwen K. Young, “Amnesty and Accountability”, 35 *U.C. Davis L. Rev.* 427 (2002). En lo referente al punto relacionado al precedente Pinochet, véase Richard J. Wilson, “Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law”, 21 *Hum. Rts. Q.* 927 (1999) (analiza las implicaciones de la universalidad).

¹⁴⁰ Mayores detalles de este acontecimiento se encuentran en Teitel, nota 104 *supra*.

¹⁴¹ Sobre la distinción entre *jus in bello* y *jus ad bello*, que ha dado origen al derecho humanitario moderno, véase *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (Christophe Swinarsky ed., 1984). Respecto al *jus ad bello*, véase Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* 21 (1977).

¹⁴² Véase Comisión Internacional Independiente para Kosovo, nota 137 *supra*.

¹⁴³ Véase Richard Tuck, *The Rights of War and Peace* 22–25 (1999) (analiza las justificaciones históricas para los ataques preventivos en la ley del imperio).

¹⁴⁴ Respecto a esta evolución, véase Teitel, nota 104 *supra*.

tolerar una mayor discreción política¹⁴⁵, la politización en los usos de la justicia, la aparición de procedimientos altamente irregulares y distanciamientos explícitos del derecho predominante¹⁴⁶, todo lo cual es justificado en términos humanitarios¹⁴⁷.

La expansión del discurso de la justicia transicional para incluir el problema del terrorismo se torna problemática por lo inadecuado de las analogías entre terrorismo y guerra o crisis política. La justicia transicional tiende a mirar hacia atrás para responder ante el último conflicto y, en consecuencia, no se adapta fácilmente para ser usada como una plantilla para garantizar seguridad en el futuro. Cualquier intento de generalizar livianamente a partir de situaciones excepcionales post-conflicto para dar forma a determinadas políticas es extremadamente problemático.

Es difícil resistir la normalización de la justicia transicional. Hay una significativa pérdida en el vocabulario desde el cuál hacer cualquier crítica, puesto que en el discurso expandido de la justicia transicional el Derecho de la Guerra se ha fusionado con el Derecho de los Derechos Humanos. Sólo el tiempo dirá, si acaso y hasta qué punto, estos acontecimientos presentarán un serio desafío al estado de derecho o si bien están asociados con el presente ciclo de política contemporánea.

B. *Justicia Transicional: Discontinuidad versus Continuidad*

La pregunta que nos queda, dadas las actuales tendencias en la normalización, es qué es lo que una perspectiva genealógica de la justicia transicional puede decirnos acerca de la concepción de justicia en tiempos normales y corrientes. ¿Hasta dónde existe la continuidad y hasta dónde la discontinuidad, tanto descriptivamente como normativamente? En años recientes este tema ha sido objeto de controversia, desencadenando una prolifera producción de escritos académicos. Algunos académicos han desafiado cualquier conceptualización de las transiciones como algo excepcional en la vida política, afirmando que las aspiraciones durante períodos de transición deben formularse sobre la base de una teoría general del estado de derecho¹⁴⁸.

El examen genealógico de este artículo sobre el fenómeno de la búsqueda de justicia transicional en períodos de cambio político sustancial sugiere que esto es una falsa dicotomía. Dos dimensiones políticas determinan qué es lo que significa estado de derecho en períodos de transición: el contexto transicional, específicamente las circunstancias vinculadas con condiciones legales y políticas asociadas con períodos de cambio político y otros factores

¹⁴⁵ Esto se aprecia en la falta de una definición exacta de “enemigo”, excepto en términos de la discrecionalidad ejecutiva. Véase *Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, en § 1(e), 66 Fed. Reg. 57,833, 57,834 (2001) (orden militar del 13 de noviembre de 2001).

¹⁴⁶ Véase Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* (1997). Compárese con el análisis de las características del imperio de la ley transicional, véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 11–26.

¹⁴⁷ En cuanto al descenso general de apoyo al imperio de la ley durante este período, véase Ruti G. Teitel, “Empire’s Law: Foreign Relations by Presidential Fiat”, en *September 11th: Transformative Moment? Culture, Religion and Politics in an Age of Uncertainty* (Mary Dudziak ed., 2003).

¹⁴⁸ Véase Martin Krygier, *Transitional Questions about the Rule of Law: Why, What and How?*, presentado ante la Conferencia del Instituto de Estudios Centroeuropeos Avanzados, Budapest (L’Europe du Centre Est. Eine wissenschaftliche Zeitschrift at Collegium Budapest) (15–17 de febrero de 2001); Dyzenhaus, nota 57 *supra*.

políticos, tales como el contexto local. Más allá de la concepción de transición, los factores locales también afectan la legitimidad de las respuestas o soluciones transicionales. Por tanto, la sola exportación de modelos ideales del estado de derecho no otorga una guía de acción suficiente. Mientras no exista un claro límite entre períodos normales y períodos de transición, la búsqueda de justicia en períodos de transición se caracterizará por el estado de derecho marcado por condiciones restrictivas del cambio político. El dilema central de la justicia transicional se relaciona con los temas recurrentes que, si bien no son *sui generis*, sí están asociados en gran medida con los factores legales y políticos que son comunes a períodos inestables de transformaciones políticas liberalizadoras¹⁴⁹. En la medida que estas condiciones políticas estén presentes en un régimen sucesor, las circunstancias presentarán desafíos al estado de derecho que son peculiares o que surgen de modo más frecuente en el contexto de las transiciones. Por ello, mientras en un nivel abstracto pudiese ser deseable insistir en que los proyectos que persigan la justicia en tiempos de transición emulasen aquellos de las democracias liberales establecidas, esta exhortación será, a fin de cuentas, de muy poca ayuda normativa. La capacidad del estado de derecho de sociedades en transición no se puede esperar que opere al mismo nivel que los Estados que tienen un aparato jurídico liberal consolidado.

Dependiendo de las condiciones políticas y legales existentes en la sociedad en cuestión, los períodos de transición se ubicarán en algún punto a lo largo del continuo del estado de derecho de las democracias establecidas. Esta observación debiera tener implicancias en el intento por afianzar cualquier forma particular de estado de derecho transicional. Hasta cierto punto, los dilemas de la justicia transicional en sus fases contemporáneas ponen de relieve temas que calzan en general con los esfuerzos para establecer el estado de derecho en un mundo en proceso de globalización. Estos incluyen cómo moldear reformas legales y proyectos de justicia a la luz de una creciente interdependencia global, y hasta qué punto acomodar las estructuras locales a las fuerzas externas a la sociedad local¹⁵⁰.

CONCLUSIÓN

Este artículo proporciona una genealogía de la justicia transicional que abarca la mitad del siglo pasado. La perspectiva de la genealogía sitúa la justicia transicional en un contexto político, alejándose de concepciones esencialistas y de esta manera iluminando la relación dinámica entre justicia transicional y la política a lo largo del tiempo.

La reflexión genealógica destaca la relación entre las condiciones jurídicas y políticas durante períodos de transformación política. Esta indagación indica que la justicia transicional, si bien es contingente a las condiciones y la cultura local, también muestra dimensiones comúnmente asociadas con períodos de cambio político.

¹⁴⁹ Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 11–18, 33–36.

¹⁵⁰ Véase Stiglitz, nota 98 *supra*. Véase Tina Rosenberg donde aparece un análisis de los efectos de la globalización en el tercer mundo, “Globalization”, *N.Y. Times Mag.*, Aug. 18, 2002, § 6, pág. 28.

La mirada genealógica ofrece una necesaria panorámica sobre el duradero predominio del modelo de la posguerra en el campo de la justicia transicional. También ilumina el desplazamiento crítico, en la fase II, hacia enfoques locales y alternativos asociados con la reconstrucción de naciones y destaca la privatización e hibridización del derecho en dicha fase II, lo que también refleja tendencias de la globalización. El enfoque de la posguerra fría en torno a métodos alternativos para transformar la identidad política fue una estrategia que respondió críticamente a la tendencia del período post Segunda Guerra Mundial que buscaba internacionalizar e universalizar el estado de derecho, pero esta estrategia también estaba cercanamente vinculada con la situación particular de política nacional en el momento inmediatamente posterior a la posguerra fría. El cambio fue entonces inevitable: aproximadamente quince años después del fin de la guerra fría, estamos siendo testigos de la normalización de la justicia transicional, como se ha visto en la actual expansión del Derecho Humanitario hacia contextos normales en tiempos de paz.

Finalmente, la justicia transicional es una parte importante de un desarrollo político más amplio en la historia internacional reciente. Así, en la fase I, la justicia transicional se apegó a la exigencia de hacer cumplir los derechos jurídicos asociados con los ideales liberales del estado de derecho. Sin embargo, a medida que pasó el tiempo, esas suposiciones normativas fueron desafiadas y surgieron tendencias similares tanto en la justicia transicional, como en la más amplia discusión sobre el concepto de estado de derecho. Del mismo modo que los desafíos posmodernos generalmente son más conducentes a generar críticas que estrategias prácticas¹⁵¹, el modelo contemporáneo de justicia transicional, al distanciarse del discurso universalizador del estado de derecho, representa una respuesta crítica limitada. El método genealógico no es la excepción a lo anterior: produce ciclos críticos continuos, en vez de una historia progresiva de la justicia transicional.

¹⁵¹ Acerca del postmodernismo como fuente de teoría crítica, compárese *Postmodernism and Social Theory: The Debate Over General Theory* (Steven Seidman & David G. Wagner eds., 1992) (analiza la crítica postmodernista) con Jacques Derrida, “Force of Law: Mystical Foundation of Authority”, 11 *Cardozo L. Rev.* 919 (1990).