

derecho y política

Dirigida por Roberto Gargarella
y Paola Bergallo

Los textos “El deber de castigar los abusos cometidos en el pasado contra los derechos humanos puesto en contexto” y “Cuando un castigo justo es imposible...”, que integran el Anexo, fueron traducidos por el Centro de Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad de Chile) y Rafael Colombo, respectivamente.

Juicio al mal absoluto

¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?

Carlos Nino

Traducción de Martín Böhmer

Edición al cuidado de Gustavo Maurino

siglo xxi editores, méxico

CERRO DEL AGUA 248, ROMERO DE TERREROS, 04310 MÉXICO, DF
www.sigloxxieditores.com.mx

siglo xxi editores, argentina

GUATEMALA 4824, C1425BUP, BUENOS AIRES, ARGENTINA
www.sigloxxieditores.com.ar

anthropos

LEPANT 241, 243 08013 BARCELONA, ESPAÑA
www.anthropos-editorial.com



*Esta colección comparte con IGUALITARIA el objetivo de difundir
y promover estudios críticos sobre las relaciones entre política,
el derecho y los tribunales.*

www.igualitaria.org

Nino, Carlos Santiago

Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia
retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos
humanos? - 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.
352 p.; 15x23 cm.- (Derecho y política // dirigida por Roberto
Gargarella y Paola Bergallo)

Traducción: Martín Böhmer // ISBN 978-987-629-579-6

1. Derecho. 2. Proceso Judicial. 3. Derechos Humanos.
CDD 323

Título original: *Radical Evil on Trial*

Este libro fue publicado originalmente en inglés por Yale University
Press (1996), y en castellano por Emecé (1997) y Ariel (2006).

© 1996, Carlos Nino
© 1996, Yale University Press
© 2015, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

Diseño de cubierta: Eugenia Lardiés

ISBN 978-987-629-579-6

Impreso en Servicio Industrial Gráfico S.R.L. // Mansilla 649,
Lomas del Mirador, en el mes de julio de 2015

Hecho el depósito que marca la ley 11 723
Impreso en Argentina // Made in Argentina

Índice

Presentación	
<i>Roberto Gargarella, Paola Bergallo</i>	11
Prólogo. Carlos Nino: jurista y filósofo de los derechos humanos y la república democrática	13
<i>Doctor Raúl Alfonsín</i>	
Introducción	41
 PARTE I	
El contexto histórico	
1. El castigo como respuesta a las violaciones de derechos humanos. Una perspectiva global	51
Los crímenes de la Segunda Guerra Mundial	51
El preludio	51
Los tribunales de Nuremberg	53
Las secuelas de Nuremberg	60
El juicio de Eichmann: la justicia retroactiva a nivel nacional	66
Europa luego de la Segunda Guerra Mundial	69
Europa del Sur: las transiciones democráticas de los setenta	69
Europa del Este: las transiciones europeas de finales de los ochenta y comienzos de los noventa	75
Violaciones de los derechos humanos fuera de Europa	83
Los abusos en los derechos humanos en Asia	83
Los abusos en los derechos humanos en África	89
La justicia retroactiva en la democratización de Sudamérica	91

2. La justicia retroactiva en la Argentina	103
El trasfondo histórico	103
Tendencias recurrentes en la historia argentina	106
Polarización política y escalada de violencia: 1960-1976	114
La dictadura militar: 1976-1980	119
La transición a la democracia: fase uno, 1980-1983	128
El presidente Alfonsín: 1983	136
La segunda fase: 1984	145
La tercera fase: 1985	155
La cuarta fase: 1986-1990	166

PARTE II

Las dimensiones normativas

3. Los problemas políticos de los juicios por violaciones de derechos humanos	187
La política de los juicios por violaciones de derechos humanos en la Argentina	188
Las variables explicativas	200
Factores positivos	211
Factores negativos	211
¿Los demócratas deben castigar o perdonar?	211
4. Los aspectos morales de la investigación y el castigo por violaciones de derechos humanos	221
5. Los problemas legales de los juicios por violaciones de derechos humanos	239
Legalidad	239
Cuando existen demasiadas leyes	239
Cuando hay pocas leyes	251
Las defensas	258
Consideraciones generales sobre justificaciones y excusas	258
La falta de la autoría	261
El estado de necesidad	265
La legítima defensa	269
El estado de guerra	274
La obediencia debida	276

La prescripción de las acciones legales	280
La selectividad del castigo	282
Conclusión. El rol del derecho internacional	285
Nota del editor norteamericano	289
Bibliografía	291

ANEXO

Debates y discusiones

Indultos y conciencia moral	303
El deber de castigar los abusos cometidos en el pasado contra los derechos humanos puesto en contexto. El caso de la Argentina	315
Cuando un castigo justo es imposible...	343
Bibliografía	349

Presentación

Juicio al mal absoluto es un libro absolutamente especial, dentro de la importante obra de Carlos Nino. Conviene recordar que Nino fue el gran intelectual detrás del enjuiciamiento a los máximos responsables de las violaciones a los derechos humanos cometidas por la dictadura militar, entre 1976 y 1983. Junto con un equipo de reconocidos juristas, filósofos del derecho y expertos en el área, él contribuyó de manera decisiva en el diseño del Juicio a las Juntas impulsado por el gobierno de Raúl Alfonsín. Los juicios contra los militares promovidos a partir de 1983 representan, todavía hoy, un hecho histórico sin precedentes: conocemos, tras la finalización de diferentes dictaduras, experiencias de amnistías y perdones; conocemos también operaciones por el olvido y por la memoria, y sucesos de venganza y resignación. Casi no existen, sin embargo, instancias en que hayan primado la justicia y el derecho. Desde el momento mismo en que llegó al poder, Alfonsín trabajó por una respuesta de este último tipo (no es un dato menor, en este sentido, que la primera ley que su gobierno aprobó haya sido la anulación de la ley de autoamnistía impulsada por el ex dictador general Bignone). La respuesta que encarnó Alfonsín no sólo se convirtió en ejemplar para el mundo, sino que se constituyó en uno de los hitos más hermosos y nobles dentro de la turbia vida política del país.

En aquellos años, Nino volvía de una larga estancia de estudios en el exterior, cuyo epicentro fue Oxford. Su llegada a la Argentina –que implicó su pronto ingreso a la política– tuvo por entonces un carácter vertiginoso. En primer lugar, se incorporó a los equipos de asesores que trabajaban para Raúl Alfonsín, al momento candidato a presidente. Luego, y sobre todo a partir de la inesperada victoria de Alfonsín en las urnas, Nino colaboró de manera protagónica en la justificación teórica y el armado práctico del Juicio a las Juntas. Para un intelectual que se reincorporaba al país tras una extensa experiencia en las “torres de marfil” académicas, donde se había especializado en el estudio de la filosofía analítica, el trabajo en torno al juicio significó un cambio de vida total. Miedo, angustia, frustración, entusiasmo, esperanza, júbilo: todo al mismo tiempo, una y otra vez.

Nino escribió *Juicio al mal absoluto* a comienzos de los noventa, cuando el gobierno de Alfonsín había –tempestuosamente– concluido, y él podía comenzar a reflexionar con algo más de distancia sobre lo acontecido hasta entonces. De todos modos, y como dijimos, el libro resultó muy especial: lo redactó como quien encara una autobiografía, esto es, rememorando su propia vida y meditando autocriticamente en torno a ella. Lo que se había propuesto era, sobre todo, contar lo ocurrido en esos años de mucha convulsión, mezclando la vida personal y la vida política, en una elaboración que –como no podía ser de otra forma, tratándose de Nino– implicó largas reflexiones teóricas sobre lo que *debía* hacerse, tras una experiencia de “mal absoluto” o “mal radical”, y lo que *podía* hacerse, o era políticamente posible, en un contexto de fragilidad democrática como el que caracterizaba al país de aquella época. El resultado es este extraordinario trabajo, que muestra ambas facetas (tanto lo personal como lo político) y que incluye profundas elaboraciones en la línea de lo que hizo Hannah Arendt en su momento: cómo pensar el “mal absoluto”, cómo situarse ante él, cómo enfrentarlo.

El libro que presentamos aquí, por lo demás, incorpora una notable serie de “ensayos complementarios” escritos por Nino, no presentes en la edición original de *Juicio al mal absoluto*, que permiten situar y entender mejor el pensamiento del autor en la materia. En particular, estos textos retoman temas del libro para profundizar su desarrollo o afinar argumentos sobre cuestiones más detalladas: los indultos dispuestos por el gobierno de Carlos Menem, la necesidad de una conciencia moral sólida en cuanto a la protección de los derechos humanos (cuyo correlato no puede pensarse unívocamente en términos de una política punitiva sino, más bien, de una intensa discusión pública), los desafíos complejos que tuvo que enfrentar el gobierno de Raúl Alfonsín ante el “deber moral” de enjuiciar las violaciones a los derechos humanos, y el modo en que las organizaciones de derechos humanos concibieron el castigo por los actos del terrorismo de Estado.

Agradecemos a la familia de Carlos Nino, y en especial a su hijo Ezequiel, por la ayuda en la elaboración de esta propuesta; y a Gustavo Maurino, una vez más, por el cuidado y cariño puestos en la edición de la obra.

ROBERTO GARGARELLA

PAOLA BERGALLO

Igualitaria (Centro de Estudios

sobre Democracia y Constitucionalismo)

Prólogo

Carlos Nino: jurista y filósofo de los derechos humanos y la república democrática

Es para celebrar esta reedición de un libro fundamental e ineludible para entender la significación de la lucha por los derechos humanos, la justicia y la construcción de la república democrática, escrito por quien ha sido uno de nuestros más brillantes filósofos y constitucionalistas contemporáneos. A diferencia de muchas obras de filosofía política o ciencia jurídica que analizan un proceso histórico con la distancia del tiempo y bajo el prisma de la teoría, en este caso estamos ante un ensayo de alto valor teórico que es, al mismo tiempo, el resultado de una intensa participación en un proceso histórico concreto.

Este libro brinda un testimonio de enorme valor para comprender los dilemas y desafíos a los que se enfrentó la Argentina en 1983, con la recuperación de la democracia y el modo en que se abordó la revisión del pasado y la cuestión de la justicia retroactiva en el tratamiento de las violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura. Se encontrará en sus páginas lo que es, tal vez, la mejor explicación de la política que se llevó adelante durante mi gobierno, en sus dimensiones filosóficas, jurídicas y políticas. Una política que permitió esclarecer, denunciar y castigar penalmente las responsabilidades por el terrorismo de Estado y la violencia política; que fue reconocida como un ejemplo en el mundo y permitió una nueva consideración internacional acerca de la importancia de la verdad y la justicia por sobre el olvido y la impunidad como basamento de procesos de democratización y pacificación nacional. Una política que se encontró con fallas, momentos y situaciones adversas, marchas y contramarchas, pero que jamás se apartó de sus objetivos fundamentales.

Desde el instante mismo en que empezamos a tomar nota de la magnitud del desafío que enfrentaríamos una vez concluida la lucha contra la dictadura y lograda la recuperación de la democracia, bastante antes por cierto de las elecciones de 1983, tuve la íntima convicción de la necesidad de una nueva comunicación entre los futuros gobiernos y los académicos e intelectuales que estaban investigando, reflexionando

y pensando la época que se vivía, los tiempos que estábamos tratando de dejar atrás y los tiempos que nos aguardaban.

A partir del primer día de gobierno y a lo largo de todo mi mandato tuve presente la necesidad de mantener este vínculo permanente entre las tareas de la gestión y la reflexión, y el análisis de más mediano plazo y vasto alcance. Entendía que ambas dimensiones de la política debían alimentarse e informarse recíprocamente, y que ello debía reflejarse en las líneas estratégicas de mi gobierno. Estaba convencido de que este vínculo era esencial para que no se perdieran de vista los grandes objetivos y la dimensión del proceso histórico que se estaba protagonizando. No concebía este trabajo intelectual como una suerte de respaldo ideológico acrítico sino como una función de seguimiento, análisis y control de calidad de las políticas y medidas que llevábamos adelante.

Sin embargo, debo reconocer también que importantes líneas de acción y decisiones políticas tuvieron origen y desarrollo en el trabajo de estos equipos de asesoramiento –algunos integrados formalmente y con funciones asignadas, otros de carácter más informal– que mucho me ayudaban a pensar, evaluar y decidir. En esta constelación, tuvo participación destacada un núcleo de intelectuales, juristas, filósofos y politólogos entre los que descolló Carlos Nino como un querido amigo y exigentísimo colaborador.

Su aporte específico fue fundamental para llevar adelante la política que permitió avanzar en el esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos, el procesamiento de sus responsables y la edificación de la democracia sobre bases éticas dejando atrás décadas de atropellos, autoritarismos, antagonismos irreductibles y frustraciones.

Deseo destacar en estas páginas tres aspectos en los que el pensamiento y las ideas de Nino tuvieron una decisiva influencia: además de la vigencia de los derechos humanos y el castigo a sus violaciones, la modernización de nuestro sistema político y la búsqueda de grandes consensos nacionales y acuerdos programáticos para la edificación de una república democrática. Estos tres objetivos estratégicos tuvieron expresiones y resultados concretos en la política de derechos humanos que condujo al Informe de la Conadep, el Juicio a las Juntas y la condena de los ex comandantes; en los proyectos y acuerdos de reforma constitucional elaborados por el Consejo para la Consolidación de la Democracia y en las convocatorias a un pacto de garantías y convergencias programáticas que permitieran avanzar en proyectos de transformación política y social.

Cuando la dictadura comenzó a derrumbarse se inició un largo y sinuoso camino de reparación de las sucesivas y lacerantes heridas infligi-

das por la violencia de argentinos sobre argentinos, como producto de la violencia política y el terrorismo de Estado. Lo que mi gobierno hizo a partir de 1983 fue marchar de inmediato en la dirección del esclarecimiento y el castigo de las violaciones a los derechos humanos, el establecimiento de la igualdad ante la ley, la reinserción de las Fuerzas Armadas en el Estado de Derecho y la formulación de una política que marcara una clara línea divisoria respecto del pasado.

En mi libro *Memoria política* (2004) expliqué cuáles fueron los pasos que dimos en esa dirección y argumenté que no sólo ningún otro país había logrado llegar tan lejos como el nuestro en la dilucidación del trágico pasado, el establecimiento de responsabilidades penales y la ejecución de las penas a los culpables de esos hechos atroces y aberrantes, sino también que mi gobierno hizo más que lo que cualquier otro hubiera hecho en materia de derechos humanos a juzgar por las posiciones que en ese entonces sostenían los actores políticos más representativos.

Expliqué, además, por qué fueron necesarias en ese momento las leyes de punto final y obediencia debida –digo “necesarias” y no “buenas”–, y que aun con las críticas y las consecuencias indeseables que pudieron tener, ellas no opacan ni resienten, colocadas en la balanza de un análisis ecuánime, el enorme significado de otros hechos trascendentes que mostraron a las claras que en lo fundamental no dimos un solo paso atrás respecto de nuestros objetivos. Esas leyes, mal llamadas “de olvido” o “del perdón”, no pueden ser analizadas, por otra parte, sin considerar que el contexto en el que tuvieron lugar –transición democrática, rebeliones militares– no fue el mismo que se presentó en tiempos más recientes, con el total afianzamiento de las instituciones democráticas como resultado en parte de las diferentes medidas adoptadas en su momento, entre ellas, la sanción de las normas que tanto fueron cuestionadas. Cada norma debe juzgarse a la luz de la historia y teniendo en cuenta su finalidad, de manera que estaba convencido de que el juicio de la Historia destacaría la verdad de los hechos y rescataría el valor de nuestras decisiones y nuestra política de derechos humanos.

En nuestro país, los crímenes y delitos cometidos en gobiernos de facto siempre habían quedado impunes, y nuestro propósito fue terminar de una vez y para siempre con esa tradición. Por un imperativo ético impostergable y por el convencimiento de la complementariedad entre democracia y justicia, nuestro gobierno abrió los cauces jurídicos para que las aberrantes violaciones a los derechos humanos cometidas tanto por el terrorismo de grupos políticos armados como por el terrorismo de Estado fueran investigadas y juzgadas por una Justicia independiente.

No existía, por otra parte, una fórmula preestablecida sobre la mejor manera de enfrentar los crímenes del pasado. Cada sociedad debe elaborar su propia respuesta, de acuerdo con sus peculiares condiciones y características políticas y sociales, y nosotros lo hicimos en un contexto latinoamericano en el que comenzaba a terminar la noche de las dictaduras y aparecía la luz de las transiciones democráticas y la recuperación de las libertades ciudadanas.

Quienes denunciemos la violación de los derechos humanos durante el llamado “Proceso de Reorganización Nacional” intercambiamos ideas acerca de cómo castigar a los culpables y cómo establecer bases sólidas para que esas violaciones no se repitieran jamás. Éramos conscientes de que se trataba de una situación histórica inédita: por un lado, por la magnitud y el carácter de lo ocurrido bajo la dictadura; por otro lado, porque su investigación y juzgamiento implicaba colocar a las instituciones armadas de la nación bajo la lupa de una justicia independiente, pero al mismo tiempo, preexistente.

En la implementación del procedimiento se debía superar una serie de obstáculos jurídicos y fácticos, y considerar los límites que nos imponían la Constitución y la prudencia: la conmoción pública provocada por la investigación y la acción de la Justicia; la duración de los procesos, que no debían prolongarse demasiado, y las categorías de personas a quienes se haría responsables.

En el tratamiento de esta delicada cuestión existían tres diferentes alternativas, y debíamos elegir una de ellas:

- El olvido, fuera mediante una ley de amnistía o a través de la inacción; vale decir, dejar pasar el tiempo hasta que el tema se agotara en sí mismo. Sabíamos que esta forma de tratar el problema era la que se había seguido casi siempre en la mayoría de los países del mundo; salvo, en parte, al final de la Segunda Guerra Mundial, y que no debía ser una opción válida para nosotros.
- El procesamiento de absolutamente todos los que pudieran resultar imputados. No existía ni existe ninguna nación, en ninguna parte del planeta, donde se haya aplicado. Al considerar esta opción también tuvimos en cuenta, más allá de las razones políticas, las de tipo jurídico y fáctico.
- La condena de los principales actores, por su responsabilidad de mando, para quebrar para siempre la norma no escrita, pero hasta ese momento vigente en nuestro

país, de que el crimen de Estado quedara impune o fuera amnistiado.

Durante la campaña electoral de 1983 expuse clara y enfáticamente que este último era el camino que habíamos elegido. Íbamos a actuar aplicando el criterio de los tres niveles de responsabilidad para encarar el procesamiento de quienes estuvieran bajo acusación de haber violado los derechos humanos durante la dictadura. Afirmé explícitamente que si resultaba elegido para gobernar el país iba a aplicar la justicia con ese criterio: los que habían dado las órdenes, los que las habían cumplido en un clima de horror y coerción, y los que se habían excedido en su cumplimiento.

Así lo hicimos, y fue un proceso único en el mundo, por sus características y por sus resultados. No es fácil encontrar muchos otros casos en América, en Europa, en África, o en Asia, de países que hayan podido juzgar y condenar a los máximos responsables de delitos de lesa humanidad como nosotros lo hicimos, con la ley en la mano.

En nuestro país teníamos antecedentes que parecieron haberse olvidado con el paso del tiempo. En mayo de 1973, se consagró la impunidad mediante la sanción de indultos y la ley de amnistía, por un lado, y la no persecución penal de quienes habían asesinado y ordenado asesinatos, como los ocurridos en Trelew el 22 de agosto de 1972, donde fueron muertos numerosos presos políticos. Pocas semanas después, con motivo del regreso al país del general Juan Domingo Perón, se produjo en las cercanías de Ezeiza una nueva explosión de violencia política que dejó un trágico saldo de muertos, heridos y torturados. A pesar de que muchos funcionarios conocían a los responsables de esa masacre, nadie fue procesado ni condenado. Tampoco se estableció una comisión investigadora ni hubo esclarecimiento oficial de los sucesos. Por el contrario, se recurrió a la acción de grupos alentados por el Estado, como la Triple A, para reprimir a grupos subversivos y contestatarios. Un procedimiento reñido con la ética y con la ley que dejó una secuela de muchísimos muertos y creó las condiciones para el colapso de las instituciones y el arribo de la más feroz de las dictaduras de nuestra historia.

Había que evitar que se repitiese este ciclo histórico de la impunidad y sentar el precedente de que a partir de 1983 no se tolerarían nunca más episodios al margen de la ley. Estaba convencido de que todo proceso de transición democrática debía intentar un objetivo prioritario y excluyente: prevenir la comisión futura de violaciones a los derechos humanos. Pertenecía obviamente al ámbito de la política el decidir las medidas

deseables, las necesarias y las posibles en torno a cuestiones en las que se encuentran en juego muchas veces principios morales. No era sencillo adoptar decisiones en este terreno en procura de efectos que se advertirán recién en la convivencia futura de una sociedad.

En un país en el que se sucedieron las dictaduras por más de medio siglo, que venía de sufrir violaciones masivas a los derechos humanos por obra de la acción del Estado, el pensamiento autoritario y la anomia colectiva habían echado raíces muy profundas. Se trataba entonces de reforzar la valoración social sobre la importancia de los derechos humanos, del respeto al Estado de Derecho, de la tolerancia ideológica. Por un lado, la represión ilegal de la guerrilla se había llevado a cabo desde las propias Fuerzas Armadas y de seguridad, comprometiendo a gran cantidad de personal en su ejecución, bajo el manto de una ideología justificatoria de tal comportamiento.

Ello provocaba el serio riesgo de reacciones de naturaleza corporativa, en defensa de camaradas, o de las ideas que se habían difundido por tanto tiempo, agravado esto por el hecho de que en los primeros años de toda transición las autoridades civiles no poseen el total dominio y control de los resortes de la seguridad estatal, dado que, por el propio carácter transicional del proceso, algunos de estos se encuentran en manos de personas que estuvieron involucradas en episodios de violaciones a los derechos humanos.

Por otro lado, no se podían construir los cimientos de la naciente democracia desde una claudicación ética. El comienzo de la vida democrática exigía poner a consideración de la sociedad, explícitamente, el tema de la represión ejercida desde el Estado. Y llevar a los responsables de la violencia ante los tribunales. Pero había que hacerlo sin perder de vista la situación de fragilidad de la democracia. Muchas veces me pregunté si por defender los derechos humanos que habían sido violados en el pasado no arriesgaba los derechos humanos del porvenir. Es decir, si no estaba poniendo en peligro la estabilidad de la democracia y en consecuencia, la seguridad de los ciudadanos.

Además, distintos sectores y agrupamientos sociales habían radicalizado sus demandas de manera extrema. Algunos sectores de la derecha, afines con el pensamiento militar, demandaban reconocimiento hacia quienes “habían posibilitado la democracia derrotando al enemigo marxista”, y entendían que toda política de revisión del pasado constituía un “ataque a las Fuerzas Armadas”. Desde otro lado, algunos organismos y movimientos de derechos humanos exigían la aparición con vida de los desaparecidos y el “castigo a todos” los responsables. Estaban también

quienes entendían que el juzgamiento de tales hechos generaría en las máximas jerarquías castrenses un clima de tensión, miedo y resentimiento que pondría en peligro a la recién recuperada democracia. Es decir, basaban su opinión en la posibilidad de un nuevo golpe militar; algo que por entonces nadie podía descartar de plano.

En este contexto de la realidad concreta, no en el abstracto del gabinete científico o la elucubración intelectual sin compromiso, es que hubo que trazar las estrategias y las medidas que combinaran lo deseable y lo posible para saldar las deudas del pasado; pero siempre teniendo en miras el futuro, pues las decisiones que se tomaran en el período de transición resultarían claves para poder cimentar la cultura política de la nueva democracia.

Teniendo en cuenta estos antecedentes y condiciones fue que definimos un primer punto de partida para los juicios en la existencia de tres niveles de responsabilidad, que diferían considerablemente en cuanto a sus consecuencias: el de la responsabilidad penal y el de la responsabilidad moral. Mientras la primera exigía una sensible acotación, la segunda reclamaba una revisión de todos los sectores de la sociedad respecto de lo que cada uno había hecho o dejado de hacer en el pasado. La extensión de la responsabilidad ética podía abarcar a un vasto sector que comprendía no sólo a las Fuerzas Armadas y de seguridad, sino también a parte de la sociedad, porque era esta en su conjunto la que debía revisar las razones por las cuales hechos como los ocurridos en aquel pasado reciente resultaron posibles.

El propósito que me llevó a la adopción del principio de los tres niveles de responsabilidad fue, básicamente, el de circunscribir los juicios por violación de derechos humanos a la esfera de los grandes responsables. Era necesario definir con claridad el ámbito de las responsabilidades penales. Como dije, identificamos tres categorías de autores con respecto a los aberrantes delitos cometidos: 1. los autores intelectuales, es decir, aquellos que planearon la represión y dieron las órdenes; 2. los que se excedieron en el cumplimiento de ellas sin justificación alguna salvo sus propios motivos, su crueldad o su apetencia de poder, y 3. aquellos que estrictamente ajustaron su accionar a las órdenes impartidas. De estos tres grupos, sólo a los últimos convenía concedérseles la posibilidad de reinsertarse, sin juzgamiento, en el proceso democrático.

El 12 de diciembre de 1983, dos días después de asumir el gobierno, promoví la derogación ante el Congreso de la ley de autoamnistía que consagraba la total impunidad para los responsables de la represión y, a través de los decretos 157 y 158, pusimos en marcha el procesamiento

de los responsables de la violencia que ensangrentó al país. Y lo hicimos solos, ya que el Partido Justicialista había afirmado la validez y constitucionalidad de esa autoamnistía, pretendiendo que no se podría someter a juicio a los represores (sin perjuicio de lo cual, había recibido el 40% de los votos del electorado en las elecciones en las que recuperamos la democracia). Al día siguiente, el 13 de diciembre, hablé por radio y televisión para exponer nuestra política de derechos humanos y el paquete de medidas que habíamos elaborado y que enviamos al Congreso.

Respecto de los pasos legales para iniciar el juzgamiento, y para resolver la tensión entre las exigencias constitucionales, adoptamos una alternativa intermedia aspirando a que esta solución satisficiera el objetivo de rapidez y de selección de los responsables a través de la intervención del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas: el tribunal militar intervenía en primera instancia, pero su decisión debía ser apelada obligatoriamente ante la Cámara Federal, la que también podía intervenir en caso de denegación o de retardo de Justicia. Finalmente, esto último fue lo que ocurrió. Con la reforma del Código de Justicia Militar, por primera vez en la historia encomendamos el juzgamiento de los máximos responsables de los ilícitos a las Cámaras Federales, anulando la tradición corporativa de que los militares debían ser juzgados por sus propios camaradas.

Además, ampliamos las garantías procesales de dicho Código, estableciendo un procedimiento oral para asegurar en plenitud el derecho de defensa en juicio. Obviamente, la reforma se efectuó al amparo del criterio, reiteradamente aceptado por nuestra jurisprudencia, de que el principio de irretroactividad de la ley no debe regir para la legislación procesal, tanto más cuando esta extiende ampliamente las garantías de los procesados.

Sabíamos que era imperioso limitar los procesos en el tiempo y en el número de los casos judiciales. Así lo recomendaban elementales consideraciones de prudencia. Pero por las características inherentes a todo sistema democrático, estos límites no fueron satisfechos: la política siempre se define a partir del concurso de una serie de voluntades autónomas. Sobre todo en lo que tiene que ver con el límite de tiempo. La renuencia del Consejo Supremo para juzgar estos hechos alargó inconveniente y peligrosamente el tiempo de las actuaciones. Sin embargo, el proceso siguió su marcha sorteando todos los obstáculos.

Dentro de la política que llevamos adelante resultó fundamental la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep), llamada a investigar el drama de la desaparición forzada, secuestros y asesinatos cometidos. La Conadep se creó el 15 de diciembre

de 1984 como parte de la política de Estado instituida para esclarecer el pasado violento de la Argentina. Su principal objetivo fue el de esclarecer “los hechos relacionados con la desaparición de personas”. Fue, además, la respuesta específica del gobierno a los reclamos de constituir, con el mismo fin, una comisión parlamentaria bicameral. Ese era el planteo de muchos dirigentes de los organismos de derechos humanos y de algunos partidos políticos. Pensaban que sólo una comisión de ese tipo podía llevar adelante la tarea, provista de poderes especiales. La propuesta se descartó porque estábamos convencidos de que no era la solución que el problema requería.

Era fácil prever que una comisión bicameral podía verse envuelta en manejos políticos, tener dificultades para llegar a acuerdos efectivos en cuanto a la materialización de los objetivos perseguidos, entrar en conflicto con el Poder Judicial y, en definitiva, fracasar en el cumplimiento de su misión. Los hechos nos dieron la razón. En varias provincias se crearon comisiones de ese tipo. Ninguna logró funcionar a pleno y con efectividad, ninguna se destacó en el esclarecimiento de los hechos que se les había encomendado.

El Decreto 187/83 le asignó al organismo las funciones de recibir denuncias y pruebas, remitirlas a los jueces competentes, averiguar el destino o paradero de las personas desaparecidas, determinar la ubicación de niños sustraídos, denunciar la ocultación de elementos probatorios y emitir un informe final, con una explicación detallada de los hechos investigados. El decreto estableció, además, la obligación de todos los funcionarios del Poder Ejecutivo nacional y de organismos dependientes o autárquicos, a prestarle colaboración. La Conadep no fue facultada a emitir juicio sobre hechos o circunstancias que pudieran constituir materia exclusiva del Poder Judicial. Ello fue coherente con el principio de la división de poderes y la naturaleza de la Comisión y concordó con la política de poner exclusivamente en manos del Poder Judicial la tarea de juzgar a los responsables. El decreto estipuló un plazo de seis meses para cumplir con la misión. A su pedido, el plazo se extendió luego a nueve meses.

La elección de sus miembros no fue fácil. Se requería constituir un grupo que estuviera formado por personas sin tacha en su compromiso con la defensa de la democracia y los derechos humanos, que gozaran de prestigio en la vida pública del país y, además, que pudieran organizar y poner en marcha la Comisión con dedicación y efectividad. La elección fue un acierto en todos esos aspectos. Un hecho revelador es la prontitud con que fue posible constituirla. Todas las personas incluidas en la

lista original aceptaron el ofrecimiento y estuvieron dispuestas a iniciar de inmediato la difícil tarea. La única excepción fue la de Adolfo Pérez Esquivel, Premio Nobel de la Paz, que rechazó la invitación alegando no compartir la política del gobierno en la materia. Los miembros de la Conadep fueron Ricardo Colombres (jurista, ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), René Favaloro (eminente médico cirujano), Hilario Fernández Long (ingeniero, rector de la Universidad de Buenos Aires destituido por el golpe militar de 1966), Carlos Gattinoni (obispo metodista protestante), Gregorio Klimovsky (filósofo, científico, renunciante a sus cátedras universitarias en 1966), Marshall Meyer (rabiño), Jaime de Nevares (obispo católico), Eduardo Rabossi (filósofo, jurista, renunciante a sus cátedras universitarias en 1966), Magdalena Ruiz Guiñazú (periodista) y el escritor Ernesto Sabato, a quien los miembros eligieron para presidir la Comisión.

Se invitó también a la Cámara de Diputados y al Senado de la Nación a integrar la comisión, nombrando tres representantes cada uno. El Senado, con mayoría justicialista, nunca envió los tres miembros que le correspondían. En la Cámara de Diputados ninguno de los legisladores de los partidos representados aceptó el cargo, con excepción de la Unión Cívica Radical. En definitiva, concurrieron los diputados radicales Santiago López, Hugo Piucill y Horacio Huarte. De esa manera la Conadep quedó definitivamente constituida.

Sus miembros trabajaron *ad honorem*. Sus secretarios (Raúl Aragón, Graciela Fernández Mejjide, Alberto Mansur, Daniel Salvador y Leopoldo Silgueira) y el personal (cerca de cien personas provenientes en casi su totalidad de organismos de derechos humanos) cobraron sueldos equiparados a los del Poder Judicial. Se ordenó al Ministerio del Interior dar el apoyo administrativo, logístico y financiero necesario. Cumplió su parte con eficacia. El gobierno no influyó, ni interfirió en sus decisiones y actividades. La decisión de crear una comisión de ciudadanos que se abocaran a la dura tarea encomendada, sin sufrir presiones políticas ni padecer cortapisas de cualquier otra índole, se cumplió plenamente.

Vista a la distancia, la tarea llevada a cabo por la Conadep fue ciclópica. Superados unos primeros momentos de indecisión, recibió el apoyo de los organismos de derechos humanos y pronto fue visualizada por la ciudadanía como un organismo altamente responsable, dedicado a la angustiosa tarea de echar luz sobre uno de los capítulos más terribles de la historia de nuestro país. Era un trance doloroso que la salud y el afianzamiento de la naciente democracia exigían.

Se libraron más de mil oficios a organismos gubernamentales requiriendo distintos tipos de información, se recibió el testimonio de numerosas personas detenidas que habían sido liberadas y, sobre la base de ello y de informaciones adicionales, se realizaron diligencias en edificios militares y de fuerzas de seguridad que le permitieron identificar varios cientos de centros clandestinos de detención. Una de las tareas más emblemáticas fue la ubicación dentro de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA) de uno de los centros clandestinos de detención más siniestros (recuerdo que Santiago López, Rabossi y Magdalena Ruiz Guiñazú estuvieron a cargo de la difícil diligencia).

Con el objeto de facilitar las denuncias de personas domiciliadas lejos de Buenos Aires, la Conadep instaló una sede en la ciudad de Córdoba y autorizó a que en Mar del Plata, Rosario y Bahía Blanca personas allegadas a los organismos de derechos humanos y a asociaciones locales de abogados recibieran denuncias. Además, envió al interior del país grupos formados por secretarios y empleados para que también lo hicieran.

La apropiación ilegal de niños fue uno de los aspectos más terroríficos del régimen represivo desatado por la dictadura. El secuestro de niños ocurría durante los procedimientos de detención o cuando detenidas desaparecidas daban a luz en los centros clandestinos. La apropiación se concretaba con un registro falso de la identidad de los chicos.

La Conadep prestó apoyo a Abuelas de Plaza de Mayo, logró identificar los servicios médicos que estaban ubicados en instalaciones clandestinas y donde tenían lugar los nacimientos. Durante su gestión se comenzó a recuperar niños, reintegrándolos a sus familias de origen. La Comisión adoptó un procedimiento para llevar a la justicia las denuncias recibidas: no presentar casos aislados sino casos colectivos elaborados sobre la base de las personas desaparecidas que habían estado en un centro clandestino de detención. También incluyó en cada caso los nombres de presuntos responsables mencionados en los testimonios y pidió su investigación judicial.

Al concluir sus funciones, la Conadep había puesto en conocimiento de la justicia más de mil denuncias de personas desaparecidas. Con el apoyo de la American Association for the Advancement of Science, gestionó la visita de peritos forenses y genetistas norteamericanos para asesorar y ayudar en la posible identificación de las víctimas. La doctora Mary-Claire King, de la Universidad de Berkeley, integrante del grupo, dio impulso a la utilización de datos genéticos para la identificación de las filiaciones de los niños recuperados.

El 20 de septiembre de 1984, los miembros de la Conadep presentaron en la Casa de Gobierno el informe final. Fue uno de los momentos más emocionantes de mi gestión presidencial. Una multitud silenciosa colmaba la Plaza de Mayo. Sabato entregó las abultadas carpetas y pidió la pronta publicación del material. Hacerlo conocer a la opinión pública nacional e internacional era, precisamente, uno de los objetivos que teníamos. El 28 de noviembre, sólo dieciocho días después, el Informe fue publicado, por el esfuerzo de la Subsecretaría de Derechos Humanos y la Editorial Universitaria de Buenos Aires. La primera edición de 40 000 ejemplares se agotó en cuarenta y ocho horas. Luego fue traducido al inglés (la versión norteamericana lleva un prólogo de Ronald Dworkin, eminente filósofo del derecho), italiano, alemán, portugués, haciendo conocer el caso argentino en el ámbito internacional.

El Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, conocido como *Nunca más*, es sin duda uno de los documentos más desgarradores de nuestra historia. Con minuciosidad, sin el empleo de frases altisonantes, con el simple expediente de acumular datos comprobados y de transcribir declaraciones formuladas en las denuncias, pone en evidencia la tragedia que vivió nuestro país. Después del *Nunca más* nadie en la Argentina puede ignorar o negar lo ocurrido durante la dictadura.

El caudal de información que reunió la Conadep, como también se describe en este libro, resultó decisivo para que la fiscalía pudiera elaborar y formular en un lapso breve su acusación en el Juicio a las Juntas Militares. También sirvió para las acusaciones en otros juicios iniciados contra el personal de seguridad y militar involucrado. Se logró la reconstrucción del *modus operandi* del terrorismo de Estado y el relevamiento de su infraestructura. Se contabilizaron 8960 casos de desaparición de personas, y se identificaron unos 380 centros clandestinos de detención; entre ellos, la ESMA, El Olimpo, Automotores Orletti, La Perla, Pozo de Banfield y Mansión Seré.

La misión patriótica realizada por los integrantes de esa Comisión fue de una enorme envergadura. Cumplieron con su deber de una manera abnegada y sin estridencias, sufrieron con paciencia amenazas, frases de descrédito y descalificación. Lograron lo que a muchos parecía imposible: que en unos pocos meses se pudiera elaborar, procesar e informar acerca de las desapariciones, la apropiación de niños y los mecanismos siniestros del terrorismo de Estado. Si el régimen militar de los años setenta nos había hecho trágicamente famosos, a partir de entonces la democracia argentina se enorgullecía de ser un país que enfrentaba el pasado,

que no le temía a la verdad, y que denunciaba con nombre y apellido los trágicos sucesos que habían enlutado su territorio. Otros países estudiaron el ejemplo, y muchos de ellos constituyeron comisiones similares. En Chile, la Comisión Rettig pudo empezar a reconstruir en 1991 lo sucedido durante la dictadura de Pinochet; en Paraguay, se constituyó recién en 2003 una Comisión Verdad y Justicia que tomó como modelo la experiencia de la Conadep para recabar información sobre desapariciones y violaciones a los derechos humanos durante el régimen de Stroessner.

En cuanto a la doctrina internacional sobre enjuiciamiento de violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado, no siempre estábamos acompañados. Numerosos estudiosos, cuyos argumentos fueron cuidadosamente analizados por Nino, planteaban las dificultades de la aplicación retroactiva de la justicia. Lawrence Weschler sostuvo que la transición democrática brasileña fue posible gracias a que los políticos civiles respetaron la amnistía. Samuel Huntington, después de analizar diferentes experiencias, incluida a la Argentina, y de ofrecer una lista de argumentos a favor y en contra de los juicios por derechos humanos, llegó a la conclusión de que cuando la transición democrática se consigue a través de la transformación del régimen anterior, las persecuciones penales deben ser evitadas dado que los costos políticos sobrepasan en mucho los beneficios morales.

Mucho más duro fue el profesor de la Universidad de Yale Bruce Ackerman, que en su tesis *The Future of Liberal Revolution* advirtió sobre lo que denominaba “el espejismo de la justicia correctiva”, con el argumento de que los revolucionarios liberales que intentan forjar un nuevo sistema democrático usualmente poseen un gran capital moral y poco capital organizativo. En consecuencia, al involucrarse en un proceso de justicia retroactiva se arriesgan a perder el capital moral debido a la escasez de capital organizativo. Utiliza la experiencia argentina señalando que mi gobierno logró “sólo un puñado” de condenas que evidenciaron, a su criterio, el fracaso de esa política.

El profesor Juan Linz, también de la Universidad de Yale, sostuvo, aun con mayor dureza, que los gobernantes de los sistemas democráticos en transición tienen una tendencia a llevar adelante una política que se podría denominar “de resentimiento” contra las personas y las instituciones que se identifican con el viejo orden. Afirmó que las democracias construyen su legitimidad sobre la base de la lealtad al Estado o a la Nación y que, entre otros, los oficiales del Ejército tienen una mayor identificación con el Estado o la Nación que con un régimen particular y rechazan la identificación partidaria del Estado.

Numerosos mandatarios y dirigentes de otros países me pedían que terminara con el problema de los derechos humanos hacia el pasado. Durante una visita de Estado, el presidente de Italia Sandro Pertini me dijo preocupado: “¡*Finishela* con los militares, *caro* presidente!”. A su vez, el gran dirigente del Movimiento Obrero Luciano Lama, el doctor Giorgio Napolitano, figura consular del Partido Comunista y actual presidente italiano, y también Giancarlo Pajeta, el memorable líder de la resistencia contra el fascismo, solicitaron a nuestro embajador en Roma, Alfredo Allende, que me transmitiera con urgencia que debía establecer una suerte de “armisticio” con los militares ya que nuestro gobierno había ido –sostuvieron– demasiado lejos en su fervor por la defensa de los derechos humanos y los juicios a los militares. Similar inquietud me manifestaban líderes europeos que acompañaban con viva simpatía la transición democrática argentina, como François Mitterrand y Felipe González, y otros vecinos de la región, preocupados por la marcha de sus propias transiciones, como Julio Sanguinetti.

Creo que es oportuno detenerse en la filosofía que guiaba nuestra línea de acción. El punto central de cualquier estrategia de transición respecto de los crímenes de una dictadura reside en la búsqueda de la verdad de lo ocurrido. Toda represión ilegal se hace en la clandestinidad, en la oscuridad, en el silencio. Nadie proclama públicamente la realización de secuestros, torturas o asesinatos. Era necesario, entonces, desentrañar de manera objetiva frente a la sociedad todo lo que en verdad pasó. Descubrir y reconstruir la verdad es el mejor medio para que se produzca el repudio social a prácticas aberrantes y un camino idóneo para restablecer la dignidad de las víctimas.

Pero no bastaba la verdad. Era preciso que fuera convincente, y su mejor efecto era que se la admitiera sin retaceos. La Comisión de Verdad y Reconciliación, que funcionó años después en Sudáfrica, a instancias del obispo Desmond Tutu, ha dicho que la unidad y reconciliación son posibles si la verdad es establecida por una agencia oficial, con procedimientos justos y reconocida plenamente y sin reservas por quienes perpetraron los hechos. La Conadep fue, como recordaba más arriba, la primera comisión en el mundo en su género y produjo un dramático informe de una seriedad incontestable.

La difusión de la verdad en el caso argentino constituía sin dudas una precondition necesaria, pero aparecía como insuficiente para consolidar debidamente los valores democráticos. Para ello, surgía entonces la alternativa del castigo. Tratar de enjuiciar y sancionar a los violadores de derechos humanos.

Así fue como, cumplidos los plazos de actuación del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, la causa contra los ex comandantes pasó a la esfera civil tal como lo establecía la ley y fue tomada por las Cámaras Federales de Apelaciones. No puedo dejar de recordar que ya desde esos primeros meses de 1984 existían planteos, campañas y maniobras subrepticias destinadas a erizar la sensibilizada piel de los militares mediante toda clase de absurdas acusaciones contra mi gobierno y mi persona.

Se sucedieron en pocos meses tres jefes de Estado Mayor del Ejército, los generales Jorge Arguindegui, Gustavo Pianta y Héctor Ríos Ereñú; debí remover también al jefe del Estado Mayor Conjunto, el general Jorge Fernández Torres; se produjeron explosiones de bombas y amenazas permanentes contra altos funcionarios y contra los propios mandos. Contaba con un verdadero hombre de Estado para encarar una nueva relación con las Fuerzas Armadas, Raúl Borrás (secundado y luego sucedido por Horacio Jaunarena), pero gran parte de sus esfuerzos se hallaban absorbidos en desactivar el terreno minado.

Bajo ese clima, cuyos pormenores y alternativas son reflejados por Nino en este libro, debíamos garantizar que los fiscales de la Cámara Federal avanzaran con las 15 000 fojas iniciales que contenía la más importante causa contra ex dictadores que el mundo conociera hasta entonces.

Entre el 22 de abril y el 9 de diciembre de 1985 se realizó el juicio oral y público a quienes integraron las tres Juntas Militares de la dictadura que había gobernado el país hasta hacía apenas dos años. Una multitud acompañó el inicio de las sesiones frente a los Tribunales; se informó sobre el desarrollo del juicio con profusión, y cualquier ciudadano podía asistir al recinto con sólo hacer una cola y solicitar su ingreso. Fueron testigos de la fiscalía y de la defensa 832 personas. Fue una tarea llena de valentía y patriotismo la llevada a cabo por los testigos, los fiscales Julio Strassera y Luis Moreno Ocampo, y los jueces que participaron de aquel juicio. También los abogados defensores cumplieron con gran corrección su labor.

Finalmente, la histórica sentencia de la Cámara integrada por Ricardo Gil Lavedra, León Arslanián, Jorge Valerga Aráoz, Jorge Torlasco, Andrés D'Alessio y Guillermo Ledesma estableció la existencia de un plan criminal organizado y fijó así el primer nivel de responsabilidad al sentenciar la culpabilidad de los ex comandantes Jorge Rafael Videla, Emilio Massera, Orlando Agosti, Roberto Viola y Armando Lambruschini, con penas que iban de los 8 años de prisión hasta la cadena perpetua y la inhabilitación permanente. El resto de las causas se giraban nuevamente al Consejo Supremo, y el epicentro de los procesos judiciales se trasladaba

a las Cámaras Federales de la Capital y del interior del país, que debían tomar los casos dentro de su jurisdicción.

Por supuesto hubiera sido deseable que la persecución fuera contra todos los que hubieran cometido delitos. Pero hacerlo colocaba en serio riesgo al proceso mismo de la transición. Resultaba absolutamente impensable llevar adelante el proceso a miles de integrantes de las Fuerzas Armadas y de seguridad (la mayoría en actividad) que participaron de una u otra manera en la represión ilegal. Los tres alzamientos militares que se produjeron más tarde dan acabada muestra de lo delicado de la cuestión, pues los reclamos erosionaban la autoridad del ejercicio del poder presidencial, depositario de la soberanía popular.

Nuestro objetivo no podía ser el juicio y condena a todos los que de una u otra manera habían vulnerado los derechos humanos, porque esto era irrealizable, sino alcanzar un castigo ejemplificador que previniera la reiteración de hechos similares en el futuro. Necesitábamos dejar una impronta en la conciencia colectiva en el sentido de que no había ningún grupo, por poderoso que fuera, que estuviera por encima de la ley y que pudiera sacrificar al ser humano en función de logros supuestamente valiosos. Queríamos prevenirnos como sociedad; sentar el precedente de que nunca más un argentino sería sacado de su casa en la noche, torturado o asesinado por funcionarios del aparato estatal.

La primera medida que significó una variación, producto de esas complejas circunstancias, fue la sanción de la Ley de Caducidad de la Acción Penal, bautizada como "ley de punto final", en diciembre de 1986; y con ella, el reconocimiento político de que el gobierno evaluaba que no era posible extender indefinidamente en el tiempo la posibilidad de iniciar acciones penales, cuando ya habían pasado casi tres años desde la instalación de la democracia. Pero no fue suficiente, e incluso el resultado inesperado fue que se promovieron más acciones penales que las que se habían previsto. Los problemas seguían y debíamos respetar la independencia del Poder Judicial, buscar que la gente no descreyera de la justicia y procurar que no se instalara la idea de que se consagraba nuevamente la impunidad y que se perdía la igualdad ante la ley.

Estábamos ante un hecho claro: la firme posibilidad de que los oficiales de menor jerarquía citados por los jueces no se presentaran y buscaran refugio en las unidades militares; y también existía la posibilidad de que los jefes de esas unidades intentaran resistir las órdenes que pudieran impartirles los superiores jerárquicos o los magistrados, tal como ocurrió en la provincia de Córdoba con la rebeldía del mayor Ernesto Barreiro que sirvió como excusa para el inicio del amotinamiento de Se-

mana Santa en abril de 1987. Si se intentaba presionar a los jueces para que se limitaran a procesar a los máximos responsables de la violación de los derechos humanos, como sostuvimos durante la campaña electoral, estábamos interfiriendo la potestad del Poder Judicial y atentando contra la independencia de la justicia.

Era consciente de que si dictábamos una ley de obediencia debida, como la que finalmente se aprobó en junio de 1987, podíamos estar enviándole a la sociedad la señal de que sustraíamos de la decisión de los jueces a determinadas personas y que estas dejaban de ser iguales ante la ley por que se les otorgaba impunidad. Debe recordarse, de todos modos, que la norma en cuestión no era aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil así como para la apropiación extorsiva de inmuebles.

No me produjo alegría el hecho de haber propiciado estas leyes, puesto que dejaban en libertad o fuera de la persecución penal a muchos responsables de violaciones a los derechos humanos, pero sí tengo la serenidad de espíritu de saber que actuamos del mejor modo posible para preservar valores superiores y objetivos más importantes y trascendentes.

Es cierto que no es éticamente aceptable “relativizar” ciertos valores morales, pero también es cierto que elevarlos todos al “absoluto” puede llevar a la parálisis en la acción. Los ejemplos de un pueblo o de un líder procurando la vigencia absoluta de un valor no son muy alentadores, sobre todo si para alcanzarlo son sacrificados otros valores esenciales de la dignidad humana. Siempre habrá quienes disientan acerca de si esas leyes fueron realmente necesarias, porque nunca sabremos qué hubiera pasado con el Estado de Derecho y la democracia si no las hubiéramos sancionado. En cuanto a su eficacia podemos tener el consuelo de saber, al menos, que no fue un sacrificio inútil porque la democracia fue preservada sin claudicaciones éticas.

Los principales responsables de los actos aberrantes, los que dieron las órdenes y actuaron con capacidad decisoria, habían sido juzgados de acuerdo con la ley y condenados en su oportunidad. Jamás acepté la amnistía decretada por la Junta Militar, jamás se me cruzó por la cabeza declarar desde mi gobierno una medida similar y jamás pensé en indultar a los jefes que habían sido juzgados, detenidos y condenados.

Confiábamos en que la noción del Estado de Derecho y de la igualdad ante la ley podrían ser recuperadas y fortalecidas a partir de la continuación de los otros procesos abiertos a los máximos responsables de violaciones a los derechos humanos. Lamentablemente los indultos posteriores decretados por el presidente Carlos Menem años después frus-

traron esa posibilidad y profundizaron retroactivamente la gravedad de la sanción de las leyes, ya que terminaron siendo parte de la percepción de impunidad generalizada, algo que nunca se había concebido en nuestro gobierno.

Tres meses después de asumir, el 6 de octubre de 1989, el presidente Menem firmó cinco decretos de indulto que beneficiaron a 220 militares y 70 civiles, entre ellos los responsables de la Guerra de Malvinas, los oficiales presos por los levantamientos “carapintada” y los máximos dirigentes de la organización Montoneros. Aquel perdón presidencial liberó de la prisión al coronel Mohamed Alí Seineldín y al teniente coronel Aldo Rico, que tendrían luego dispar inserción pública en la política nacional. El primero, liderando un último levantamiento militar a sangre y fuego, eficazmente aplastado por el general Martín Balza, cumpliendo las órdenes de un presidente que finalmente se dio cuenta de la clase de personajes con los que había pactado. La trayectoria de Rico en el justicialismo es por demás conocida. También se beneficiaron por el indulto presidencial, entre otros, los ex jefes montoneros Fernando Vaca Narvaja, Roberto Perdía, Rodolfo Galimberti y Oscar Bidegain; los ex generales Leopoldo Galtieri, Reynaldo Bignone, Albano Harguindeguy, Luciano Menéndez, Santiago Riveros y Cristino Nicolaidese, el ex brigadier Basilio Lami Dozo y el ex almirante Jorge Isaac Anaya.

Al año siguiente, el 28 de diciembre de 1990, Menem anunció un segundo conjunto de indultos, que dejó sin efecto las condenas que debían cumplir por delitos de lesa humanidad los ex dictadores Videla, Massera, Agosti, Viola, Lambruschini, Camps y Ricchieri. También fueron beneficiados por ese indulto otros condenados por crímenes cometidos durante el gobierno de Isabel Perón, como Norma Kennedy y Mario Firmenich, condenado a treinta años de prisión. Y a pesar de que el art. 86 establece que el presidente sólo puede firmar indultos en la medida que sea coherente con el art. 95, que prohíbe su interferencia en juicios aún pendientes, el ex general Suárez Mason y José Martínez de Hoz, que estaban bajo proceso, también fueron beneficiados. En total, los indultos llegaron a 400. El doctor Menem ha explicado que su intención fue pacificar el país. Pero en verdad, a muy pocos hombres de armas les interesaban esas condenas.

Con los indultos se había clausurado, entonces sí, de manera taxativa, la prosecución de las causas judiciales pendientes, al tiempo que se interrumpió el enorme esfuerzo desarrollado durante los años precedentes para que la justicia hiciera su tarea. Aunque el pueblo repudió estos indultos, creo que no guardaron proporción con la gravedad de la medida

adoptada, ni con la dureza exhibida contra las leyes dictadas durante mi gobierno. Había sido tan intensa la campaña contra esas leyes de caducidad de la instancia y obediencia debida, que los indultos que dejaban en libertad a los principales responsables de los crímenes cometidos, aunque merecieron la crítica de las organizaciones de derechos humanos y una gran movilización de protesta, no tuvieron una gran repercusión.

Casi quince años más tarde, desde el comienzo de la gestión del presidente Néstor Kirchner, comenzó a plantearse desde el gobierno la posibilidad de la nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida, y ello me obligó a hacer pública mi posición, pues en modo alguno quería que se cometiera una nueva injusticia y agravio a la memoria de los argentinos. El nudo de la cuestión, a mi modo de ver, era que bajo la pretensión de “volver a fojas cero” con los procesos judiciales, se desandara no sólo en aquellos caminos que se vieron interrumpidos en la sanción y condena de las violaciones a los derechos humanos sino también en aquellos que habían podido culminar, efectivamente, con el establecimiento de las responsabilidades penales.

En agosto de 2003 envié una carta a los presidentes de los bloques radicales parlamentarios en el Senado y en la Cámara de Diputados de la Nación. A pocos meses de cumplirse veinte años de democracia, con las instituciones afianzadas y con la absoluta subordinación de las Fuerzas Armadas al poder presidencial, todo había cambiado. Más allá de la crisis social y económica que habíamos padecido, la sociedad argentina podía mirarse en el espejo y observar una sustancial transformación: ya no admitiría nunca más el retorno a un régimen dictatorial. No era poco el cambio, luego de medio siglo de golpes de Estado. En un tramo de esa carta señalaba:

Aunque estoy convencido de que en su momento eran válidas e indispensables para proteger los derechos humanos para el futuro, el análisis de la validez o nulidad de estas dos leyes debe hacerse hoy al margen de una puja o conflicto de poderes, y resolverse conforme a la íntima convicción de los máximos responsables de los poderes de la República.

El señor presidente, si llegare a la conclusión de que estas leyes no debieron existir nunca, podrá instruir al señor procurador general de la corte para que solicite, en representación del Poder Ejecutivo, la declaración de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, con los fundamentos que pudiere considerar procedentes e invocando, si lo considerare oportuno, mis declaracio-

nes sobre las condiciones en que fueron promulgadas estas normas, y muy especialmente el temor de perder la democracia.

La Corte Suprema de Justicia deberá dictar sentencia conforme a sus convicciones y a las constancias y antecedentes del proceso.

Reitero que como máximo responsable en la sanción y promulgación de ambas leyes no me sentiré desautorizado ni agravado, y como siempre, aceptaré lo que la justicia decida de acuerdo con derecho...

Sin entrar ahora en discusiones de tipo jurídico, analizadas ya por importantes académicos, en su momento la Corte Suprema de Justicia declaró que las leyes eran constitucionales.

Pero ahora, según entiendo, se plantea que dichas leyes serían no sólo inconstitucionales sino también “nulas”, porque de acuerdo con reglas consuetudinarias del derecho internacional los delitos de “lesa humanidad” o “contra la humanidad” deben ser siempre castigados, y nada puede oponerse a ello, ni la prescripción, ni el perdón, ni ninguna clase de amnistía.

Esta línea de pensamiento, como ustedes saben, viene desde fines de la Segunda Guerra Mundial con los procesos de Nuremberg y Tokio, y tuvo una consolidación extraordinaria en la década del noventa con los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, con el proceso de extradición de Pinochet, con la apertura de procesos en Europa por delitos contra la humanidad cometidos en Latinoamérica y con la creación de la Corte Penal Internacional para juzgar precisamente esos delitos.

No sé cómo se va resolver este conflicto entre una norma internacional que se dice imperativa para todos los Estados y el derecho de los pueblos a “autodeterminarse”, a decidir el mejor modo de resolver sus transiciones democráticas. En América del Sur, casi todas las transiciones se efectuaron con alguna forma de pacto con los dictadores. No las critico, pero afirmo que en la Argentina, no.

Además se actuó de una manera que no reconoce antecedentes históricos, en la búsqueda de penalizar las violaciones anteriores. Todas las naciones modernas europeas se han construido a partir de amnistías tan amplias que comprendieron, en su momento, a nazis, fascistas, franquistas, colaboracionistas, y a represores de Argelia, del Congo, de Indonesia, de Angola y de Mozambique.

Repáren ustedes en todas las leyes de amnistía que se han dictado en Europa del Este luego de la caída del Muro de Berlín. De ex profeso dejé para el final de la lista al Reino Unido, al que podríamos recordarle su pasado colonial en la India, en China, en Medio Oriente, en Zambia, y más actualmente en Irlanda.

En algunas oportunidades, incluso las Naciones Unidas han legitimado la sanción de leyes de amnistía, como ocurrió en Haití, en El Salvador o en Sudáfrica. ¿Son nulas todas esas amnistías? ¿Las sociedades están obligadas siempre a castigar aunque de esa manera fracase el establecimiento de la democracia? Estas son las preguntas de un debate que creo alcanza al mundo entero.

En nuestro país, resolver esta cuestión está en manos de los jueces, quienes deberán analizar estos problemas, a la luz de nuestras propias reglas constitucionales y de los compromisos internacionales que ha asumido el país.

Hay ahora un presidente nuevo y la convicción que transmite sobre la consolidación del sistema democrático. Según él lo ha dicho, estas leyes no deberían existir, y entonces tal vez impulse su declaración de nulidad para borrar los efectos derivados de dichas leyes. La derogación no impide los efectos, por el principio de irretroactividad de la ley penal, pero la declaración de nulidad equivale a declarar que las leyes nunca existieron.

Pienso que si el presidente tiene voluntad y decisión, y está convencido de que las leyes son nulas, debería actuar de acuerdo con sus convicciones. En última instancia él podría estar completando algo que muchos argentinos deseábamos pero, como en mi caso, considerábamos inviable si a la vez queríamos resguardar la libertad y la vida de todos los ciudadanos y ciudadanas.

Yo he dicho muchas veces que impulsé la aprobación de ambas leyes, aunque no me gustaran, porque entendía en ese momento histórico que tenía la obligación de preservar la libertad, de preservar la autoridad democrática y de sancionar un régimen jurídico inequívoco que recogiera lo que había anticipado durante mi campaña sobre las conductas paradigmáticas.

Reitero que la ley tenía como fin limitar la responsabilidad a la máxima autoridad militar; pero admito que la urgencia y la insistencia estuvieron condicionadas por una realidad amenazante para la estabilidad de la democracia.

Una de las cosas que se aprende con dureza en el ejercicio del poder es que la política es, entre muchas otras cosas, una opción entre costos.

Lo reitero, la decisión de enviar ambos proyectos de ley al Parlamento, y su posterior promulgación, fueron realizadas en ejercicio de mi voluntad, aunque debo reconocer que actué condicionado por las circunstancias que he descrito, y fundamentalmente por el temor de perder la libertad y la democracia de los argentinos.

No estoy diciendo algo que sea novedoso. Todos saben las tremendas dificultades que tuvimos que enfrentar en estos temas durante mi gobierno. Por eso puedo decir que el actual presidente puede promover un cambio de actitud: depende de su voluntad política de hacerlo y de su convicción de que la democracia argentina está definitivamente consolidada. Sin ir más lejos, están los pedidos de extradición que han hecho los jueces extranjeros que pretenden enjuiciar estos hechos. Si así lo considera, el presidente podría revisar la posición que se ha tenido hasta el presente. [...]

Yo tuve la responsabilidad máxima cuando ocupé la presidencia, y tuve que hacer algunas cosas que no me gustaron pero que estuvieron destinadas a preservar valores superiores. Esto último, obviamente, no pretende ser una excusa de los errores que he cometido.

Hoy, el pueblo argentino ha elegido un nuevo presidente al que todos queremos que le vaya muy bien, y le ha conferido la responsabilidad de dirigir el país. Él deberá decidir, en el ámbito constitucional, si en la Argentina es necesario o no preservar estas leyes, y si decide que no lo es, significará que la democracia está definitivamente consolidada. Tener la prueba de esta consolidación me hará sentir el hombre más feliz de la Tierra.

Si alguien tiene que ir a la cárcel, lo decidirá la justicia. No estará rompiendo ningún pacto de impunidad porque nunca lo hubo. Se habrán superado las debilidades que me llevaron a impulsar dichas leyes. Hoy es su responsabilidad y lo respaldaré al presidente si hace una cosa u otra.

Seguiremos luchando por el imperio de la justicia en una democracia consolidada, en la Nación y en todas las provincias, sin ninguna excepción. [...]

El pasado una y otra vez vuelve sobre nosotros. Afortunadamente no se perdió la democracia, ni los represores han vuelto a actuar, como muchos legítimamente temieron, pero el pasado de alguna forma sigue condicionando el presente. Siento que, como un actor de esa historia, estoy en la obligación de transmitir mi pensamiento, reconocer circunstancias que a lo mejor permiten encontrar una solución distinta a la que intenté, aunque con el mismo fin: consolidar la democracia. A lo mejor sea este el último anclaje con un pasado que debemos romper para darle fuerza a la esperanza renacida.

Posteriormente, ante manifestaciones del presidente Kirchner en alusión a que las leyes de punto final y obediencia debida fueron extraídas bajo “extorsión” del poder militar a mi investidura, emití una segunda declaración, precisando que no hubo tal “extorsión”, al momento de impulsar aquellas leyes. Señalé que:

como protagonista principal de las circunstancias históricas que rodearon la sanción y promulgación de esas leyes, creo necesario señalar que nadie me ha extorsionado ni lo hizo con el Congreso de la Nación, y que las decisiones adoptadas por mi gobierno jamás fueron el resultado de un pacto con los dictadores.

Ratifiqué de esa forma lo que había declarado ante el juez federal Claudio Bonadío:

promulgué esas leyes en función de la defensa, en el mediano y largo plazo, de las libertades y de los derechos humanos de los argentinos, lo que constituye el centro de mis convicciones.

En ese orden de ideas, recordé que:

durante la campaña electoral de 1983 manifesté siempre mi decisión de distinguir la responsabilidad de quienes dieron las órdenes, de la situación de quienes las ejecutaron. En función de ello, durante mi gobierno fueron sometidos a juicio, por decisión presidencial, y condenados a prisión por la justicia, los integrantes de las Juntas Militares, responsables máximos de la represión ilegal. Esta situación no tiene precedentes en

el mundo. Muchos otros responsables seguían sometidos a juicio al final de mi gobierno. Varios meses antes de los acontecimientos de Semana Santa fue sancionada la ley de punto final; a su vez, la decisión política de sancionar la ley de obediencia debida fue anunciada públicamente en el discurso que pronuncié en Las Perdices, Córdoba, con anterioridad a esos episodios.

A la anulación de las controvertidas leyes le siguió el pedido parlamentario para que la justicia declarara la inconstitucionalidad de los indultos concedidos por el presidente Menem a los jefes militares procesados y condenados. Y tras ello, la decisión presidencial de rememorar el 28 aniversario del último golpe de Estado, el 24 de marzo de 2004, reintegrando el predio y edificio donde funcionó la ESMA al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para erigir allí un Museo de la Memoria.

Sin embargo, estas importantes decisiones, animadas seguramente por los más compartidos y extendidos ideales y sentimientos de justicia, defensa de los derechos humanos, lucha contra la impunidad y cultivo de la memoria histórica, resultaron mellados por una actitud reivindicativa y una interpretación de nuestro pasado que nuevamente recayó en el sectarismo, el soslayo y la omisión interesada; y sobre todo, la pretensión de que nada se hizo durante veinte años para conocer, investigar y sancionar los horrores de la dictadura. Fue muy doloroso escuchar de boca del presidente aquel pedido de perdón “por los silencios de la democracia” frente al terrorismo de Estado. Una muy desafortunada manera de trazar bisagras históricas borrando las conquistas y los hitos que permitieron avanzar en el camino de la reparación y en el trazado de un futuro verdaderamente distinto.

Pero además se insistió sobre la misma idea de que las leyes del perdón, que ya me ocupé de analizar en su contexto, “borraron con el codo lo que se escribió con la mano”, aludiendo al Juicio a las Juntas. Creo que he dejado suficientemente demostrada la falta de buen discernimiento y falsedad histórica que encubre dicha aseveración. Una vez más: los máximos responsables del terrorismo de Estado fueron juzgados y condenados durante mi gobierno y permanecieron, durante todo mi mandato, cumpliendo sus condenas. Me opuse siempre, por mi parte, a la sanción de cualquier forma de indulto o perdón para ellos.

Hay un párrafo de este libro, en el que Nino lo sintetiza en forma clara y contundente:

Hubo pocas instancias en la historia del mundo, y ciertamente ninguna en Latinoamérica, de persecución de quienes fueran los responsables por violaciones masivas de derechos humanos. La Argentina hizo justamente eso y, en forma aún más notable, llevó a cabo esta tarea sin un ejército invasor y sin ninguna división de las Fuerzas Armadas apoyando los juicios, contando sólo con su capital moral. Dadas estas circunstancias, la investigación y la persecución de los abusos a los derechos humanos realizadas por el presidente Alfonsín se sostuvo milagrosamente bien.

El resultado fue el producto de acciones no coordinadas de varios agentes independientes, y casi todo lo que podría requerirse moralmente bajo las circunstancias, un ejemplo de lo que Bernard Williams llama [suerte moral]. Los juicios contribuyeron a crear un conciencia pública acerca de los horrores que pueden ocurrir cuando la democracia y el Estado de Derecho son dejados de lado. El presidente Alfonsín fue capaz, además, de lograr estos resultados, sin poner a las instituciones democráticas bajo una excesiva tensión debido a las reacciones de los militares. Consecuentemente, los militares cambiaron gradualmente su forma característica de discurso, aceptando una visión menos holista de Nación y una visión menos elitista epistémica acerca de sus necesidades.

Como señalé al comienzo de estas páginas, el aporte de Carlos Nino no se limitó a esta dimensión fundamental del establecimiento del Estado de Derecho representada por la política de derechos humanos y el juzgamiento del pasado que se concretó durante mi gobierno. Su pensamiento y sus escritos tuvieron además una enorme influencia en las ideas que defendí y promoví a lo largo de toda mi gestión presidencial y que se resumieron en el trípode formado por la democracia participativa, la ética de la solidaridad y la modernización de las instituciones del Estado y de la sociedad.

La concepción de una sociedad justa supone un pacto social que se articula a través de la proyección de dos principios: el de la libertad y el de la igualdad. En este sentido, es necesario tener presente que el valor de la libertad depende de cómo ella está distribuida y que el valor de la igualdad depende de qué es lo que se distribuye en forma igualitaria. Por un lado, todos tienen el mismo derecho a gozar efectivamente de la libertad; por otro, la distribución igualitaria debe comprender todos

aquellos recursos necesarios para el ejercicio pleno de la libertad. De este modo, la aparente tensión entre libertad e igualdad se supera a través de una distribución igualitaria de la libertad.

Este es el núcleo de una ética de la solidaridad. La libertad equitativamente distribuida implica el deber de mejorar la situación de los menos favorecidos. Supone además un enfoque amplio de los derechos humanos. Ellos se violan no sólo por agresiones directas sino también por la omisión de proporcionar los recursos para una vida digna y autónoma. Ese es el sentido que prima en las mejores expresiones de la cultura política contemporánea, que ven a la democracia como una combinación superadora de tradiciones ideológicas y que amalgama, en una valoración ética de la vida, los aportes del liberalismo, el socialismo y el pensamiento humanista.

El fecundo aporte de estas ideas derivó en cauces concretos de acción. Entre ellos, la conformación del Consejo para la Consolidación de la Democracia, espacio institucional de jerarquía, integrado por un amplio espectro de dirigentes políticos y personalidades relevantes de distintas áreas del quehacer nacional que tendría por finalidad el asesoramiento plural al Poder Ejecutivo y del que surgieron los proyectos de reforma constitucional e importantes reformas institucionales.

Nino cumplió allí una extraordinaria labor como coordinador de aquel Consejo. Se entregaba por completo a esa tarea, conjugando la autoexigencia del eximio académico y teórico que era con un apasionado compromiso político y práctico con lo que entendía como una necesaria renovación de nuestras instituciones republicanas para edificar una democracia más plena. Me acompañó hasta el último día de mi gestión, sin por ello perder jamás su independencia de criterio y sin dejar de manifestarme con total franqueza, como lo explica en las páginas de este libro, sus críticas o diferencias frente a decisiones que no compartía.

Carlos Nino murió prematuramente, en el momento en el que se encontraba dedicado de lleno a la producción intelectual y la tarea institucional, dando sus fundamentados consejos para otros procesos de reforma constitucional en América Latina. Nos dejó una obra esencial e ineludible para comprender nuestro pasado y nuestro presente, y para cuidar y mejorar nuestro futuro. Este volumen es además un valioso aporte para el fortalecimiento del derecho internacional ante el imperio de la fuerza y el estudio de los instrumentos jurídicos más adecuados para la defensa de los derechos humanos y la prevención y sanción de sus transgresiones en el mundo. Así como en el interior de los Estados nacionales la protección de los más débiles se logra a través de la vigencia plena del Estado

de Derecho, en las relaciones internacionales la protección efectiva de los países, sociedades y grupos más desfavorecidos o perseguidos se logra por la vigencia irrestricta del derecho internacional. En ese camino, los textos de Nino seguirán tallando en la realidad, nutriendo las cátedras universitarias, enseñando y ayudando a pensar las instituciones del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos.

DOCTOR RAÚL ALFONSÍN

presidente de la Nación (1983-1989)

Introducción

¿Cómo enfrentar el mal? ¿Cómo responder a violaciones masivas de derechos humanos? ¿Cómo hacerlo cuando son cometidas desde el Estado o por quienes cuentan con el consentimiento y la tolerancia de sus gobiernos? Frente a semejantes atrocidades, quienes tomen el poder (un nuevo gobierno o fuerzas extranjeras de ocupación) deben decidir si enjuiciarán o castigarán de alguna forma a los miembros del gobierno anterior o del ejército vencido por la comisión de tales actos. El ejemplo más famoso de enjuiciar y castigar lo constituyen, por supuesto, los juicios de Nuremberg luego de la Segunda Guerra Mundial. Suele ocurrir que los gobiernos democráticos apenas instalados deben decidir, además, si utilizarán las nuevas normas penales democráticamente sancionadas en contra de los miembros del régimen autoritario anterior por las violaciones masivas de derechos humanos que han cometido. Esta decisión se vuelve especialmente complicada en tiempos de transiciones democráticas como las ocurridas en los años setenta en Europa del Sur, en los ochenta en Latinoamérica y en los noventa en Europa oriental. Más allá de cómo los nuevos gobiernos tratan de hecho las violaciones de derechos humanos cometidas antes de su advenimiento al poder creo, y argumentaré en lo que sigue, que alguna forma de justicia retroactiva por violaciones masivas de derechos humanos brinda un sustento más sólido a los valores democráticos.

Las violaciones masivas de derechos humanos suponen el mal absoluto o lo que Kant denominó “mal radical”. Son ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado. Si alguien, enfrentando a Adolf Hitler, le hubiera dicho que lo que hizo fue incorrecto, hubiera sonado casi risible. “Incorrecto” parece un adjetivo demasiado débil para calificar acciones que conscientemente provocaron la muerte de más de veinte millones de personas y sufrimientos inimaginables en muchos millones más. Otras palabras de condena moral como “atroz” o “aberrante” expresan meramente nuestra repulsa moral en forma más intensa, pero no

brindan mayor claridad a su contenido descriptivo. Así, nuestro discurso moral parece alcanzar su límite externo cuando intenta manejar hechos de esta naturaleza.

Hannah Arendt afirma que es muy poco lo que sabemos acerca de la naturaleza del mal radical. Así, sostiene que somos “incapaces de perdonar aquello que no [podemos] castigar [e] incapaces de castigar aquello que se ha vuelto imperdonable” (1958: 241). En su concepción, el mal radical no puede ser castigado ni perdonado, y por lo tanto trasciende el reino de lo humano y destruye nuestras potencialidades. Esta imagen de impotencia frente al mal radical puede parecer a primera vista una simple imagen literaria, una forma de expresar la inadecuación de la evaluación social, de la justicia humana y de nuestra capacidad de castigar. Pero, sustancialmente, muestra la dificultad de responder al mal radical con las medidas ordinarias que aplicamos a los criminales comunes.

Aun la mera aplicación del derecho penal ordinario es, tal vez, esperar demasiado. Al estudiar la historia del derecho penal aplicado a las violaciones masivas de derechos humanos lo que vemos generalmente son amnistías o indultos, un ominoso silencio, y la ausencia de acusaciones formales. A lo sumo, juicios y castigos a la gente equivocada o a la gente correcta pero por los actos equivocados. Oficiales de rango inferior que ejecutaron atrocidades son usados como chivos expiatorios para apaciguar el clamor popular, mientras que los funcionarios políticos o militares que dieron las órdenes correspondientes quedan impunes. En algunas ocasiones los líderes son acusados, pero por hechos de mucha menor importancia que aquellos por los cuales existe una demanda de justicia, como sucedió recientemente en el juicio de 1992 contra el líder germano-oriental Hoenneker por asesinatos ocurridos cuarenta años antes.

Uno de los objetivos de este libro consiste en examinar la dinámica que lleva a estos fracasos de la ley enfocando principalmente la atención sobre el caso de la Argentina. Durante su período de transición democrática, en la década de los ochenta, el gobierno argentino enjuició e investigó a algunos de los mayores responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas por la dictadura militar desde 1976 hasta su caída en 1983. Este fue un proceso extraordinariamente difícil, con diferentes actores presionando por diversos cursos de acción, que finalizó varios años más tarde cuando todos los acusados, sentenciados judicialmente o no, fueron beneficiados con indultos presidenciales. En muchas oportunidades pareció que el sistema democrático en su conjunto estaba en peligro inminente de caer como resultado de este esfuerzo por hacer justicia retroactiva. Si la experiencia como un todo ha sido exitosa o no, es

un tema controvertido que será considerado en este libro. Sin embargo, y más allá del resultado de esa consideración, la experiencia argentina constituye una valiosa fuente de información acerca de los obstáculos que debe enfrentar un gobierno cuando evalúa moralmente o enjuicia legalmente al mal radical.

Intentaré mostrar que los problemas de la justicia retroactiva aparecen en tres diferentes niveles. El primero es moral. Como ya sugerí, el mal radical parece superar los límites del discurso moral, corporiza una forma de vida y un esquema conceptual ajenos a nosotros. Si parecemos incapaces de producir una evaluación moral apropiada de estos hechos, ello puede deberse a que son ininteligibles para nosotros, de la misma forma que lo sería la conducta de gente que no comparta nuestros conceptos de tiempo y espacio. Surge entonces la pregunta: ¿podemos juzgar legítimamente a quienes realizan tales acciones en los términos de nuestro esquema moral? Cualquier posibilidad de sustentar la evaluación moral pública en algún tipo de consenso, aun idealizado, parece precluida en casos en los cuales aun el desacuerdo moral se ve impedido por divergencias conceptuales extremas.

Pero, aun si el problema del relativismo conceptual impuesto por estos hechos pudiera ser resuelto, surgirían otros. En principio, este tipo de acción colectiva que lleva al mal radical difícilmente hubiera resultado exitoso si no hubiera sido realizado sin un alto grado de convicción de parte de aquellos que participaron en él. La convicción sincera, aun siendo equivocada, impone problemas a la evaluación moral, como se evidencia en nuestra tolerancia de la objeción de conciencia, aun cuando no compartamos su contenido sustantivo. Pero además, el carácter equivocado de la convicción debe ser demostrado. Esto crea problemas para la fundamentación de los derechos humanos, tales como el de la extensión de su ámbito de aplicación, el de la prioridad, cuando varios de ellos se encuentran en conflicto; y los problemas vinculados con la legítima defensa, el estado de necesidad, la existencia de una guerra, la obediencia debida, etc.

Otro problema moral es el que surge de la difusión de la responsabilidad. Violaciones masivas de derechos humanos no podrían ser cometidas sin el concurso de gran cantidad de personas. Los que planearon los hechos y los que los ejecutaron, los que denunciaron a sus vecinos o amigos, los que prestaron recursos materiales, los que cometieron de hecho los actos atroces, las víctimas que ayudaron a victimizar a otros, los que cooperaron por omisión. En el caso de estos últimos, por ejemplo, los jueces que no realizaron los procedimientos judiciales que pudieron

haber detenido las violaciones, los periodistas que omitieron publicar las atrocidades ayudando a contener las reacciones internas e internacionales, los diplomáticos que, lejos de hablar, ocultaron lo que estaba sucediendo y hasta justificaron activamente las acciones de sus gobiernos. Gente común –como vecinos de los campos de concentración– que cerraban los ojos a lo que estaba sucediendo cerca de ellos, que no compartieron ese conocimiento con otros, y que aun tímidamente justificaban los hechos ante sí y ante los demás (“Por algo será” fue un dicho común para mucha gente en la Argentina cuando sabían que un vecino o conocido era secuestrado por las fuerzas de seguridad y convertido en un “desaparecido”). De esta forma, si casi todos son culpables, existe una sensación de que, en realidad, nadie lo es.

Desde un punto de vista retributivo, la difusión de la responsabilidad presenta problemas difíciles. La retribución supone alguna noción de igualdad, y esto parece llevar a imponer a todos varios grados de castigo –lo que agrava enormemente los problemas estratégicos– o dejar a todo el mundo libre de sanción. Las teorías prevencionistas no requieren consideraciones de ese tipo (al estilo todo o nada), pero tienen sus propios problemas. Usar el castigo como medio para prevenir violaciones futuras como parte de su justificación moral permite al gobierno realizar consideraciones estratégicas, por ejemplo, considerar si resultarán males mayores en el caso de sancionar estos hechos tales como poner en peligro la estabilidad del sistema democrático. Por otra parte, es cuestionable que el castigo del mal radical pueda prevenirse en forma efectiva. Estos hechos, susceptibles de ser colectivamente descriptos como mal radical, sólo pueden ejecutarse bajo condiciones políticas favorables (la más común de ellas es la existencia de un régimen totalitario o al menos autoritario que restrinja la crítica y evite que el conocimiento de los hechos se extienda). No queda claro entonces si el castigo del mal radical sirve para prevenir actos similares cuando ocurran condiciones favorables o para prevenir la materialización de tales condiciones. Por el contrario, el riesgo del castigo de las violaciones de derechos humanos tiende a que los líderes de regímenes autoritarios se nieguen a dejar el poder por miedo a las sanciones futuras.

Estas cuestiones no le conciernen sólo al teórico moral, sino que son también de especial interés para el cientista político. En este segundo nivel de interés intelectual (el nivel político) la herencia que suponen las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado es uno de los más grandes obstáculos de los procesos de democratización. Algunos cientistas políticos advierten que una excesiva preocupación con el

pasado puede alejar del sistema democrático a grupos sociales enteros y causar disensos, odios y resentimientos que pueden interferir con la transición democrática. Para ellos, la energía del proceso de transición se emplearía más eficazmente en actividades orientadas hacia el futuro, como en el diseño de una estructura constitucional capaz de proteger los valores democráticos. Pero otros pensadores (entre los que me cuento) opinan que algún grado de justicia retroactiva por violaciones masivas a los derechos humanos favorece la protección de los valores democráticos. De forma tal que el uso agresivo del derecho penal contrarrestaría la tendencia a la ilegalidad, refutaría la impresión de que algunos grupos están por sobre la ley y consolidaría el valor del Estado de Derecho. Por lo tanto, se puede argumentar que algún grado de investigación y persecución de las violaciones masivas a los derechos humanos es esencial para la consolidación de los regímenes democráticos.

En un tercer nivel la pregunta acerca de cómo tratar las violaciones masivas de derechos humanos hace surgir difíciles cuestiones de teoría jurídica. Cuando hechos cometidos durante un régimen son investigados y enjuiciados bajo las normas del régimen que lo sucede, debemos determinar si las reglas en vigencia en el momento y en el lugar de la comisión de estos hechos (en tanto opuestas a las creadas posteriormente) deben obligar a los órganos que están encargados de llevar adelante la investigación o los juicios. Las violaciones a los derechos humanos pueden haber sido legales cuando se cometieron, o luego de su comisión la sanción de leyes de amnistía pudieron haber garantizado la impunidad de los actos en cuestión. ¿Deben estas leyes ser respetadas? Responder en forma negativa a esta pregunta puede estar en colisión con los principios que prohíben las leyes penales retroactivas.

Más aún, las justificaciones y excusas existentes en el momento en que los actos fueron cometidos pueden ser diferentes de las que provee la ley en el tiempo y en el lugar del juicio. Puede ocurrir también que el período de prescripción de acciones vigente cuando y donde los actos fueron cometidos sea diferente de aquel que regula el juicio, especialmente cuando ha sido cambiado con el propósito de permitir el juicio en cuestión. Estos procedimientos pueden haber sido también modificados para permitir la investigación y el juicio, tal vez porque los procedimientos ordinarios son absolutamente inadecuados para tratar delitos masivos, que suponen numerosos hechos cometidos por innumerables agentes contra un enorme conjunto de víctimas, lo que crea problemas especiales para la recolección de pruebas y delicadas cuestiones de seguridad nacional. Otro problema que aparece frecuentemente es el de

la jurisdicción. Suelen existir dificultades políticas y prácticas complejas a raíz de que estos hechos no son investigados y enjuiciados por los tribunales que eran competentes de acuerdo con las leyes del tiempo y del lugar de su comisión; se necesitan entonces nuevos tribunales, los que a su vez pueden carecer de jurisdicción sobre tales hechos.

La adscripción de responsabilidad jurídica resulta también muy problemática. Algunas de estas dificultades pueden derivar sólo de los problemas que mencionáramos cuando describíamos la adscripción de responsabilidad moral. Pero existen también cuestiones de autoría y causalidad. Puede resultar difícil adscribir responsabilidad jurídica en calidad de autores a personas que no participaron directamente en los hechos pero que los planearon y controlaron, como el caso de los más altos oficiales del gobierno bajo el cual esos abusos fueron cometidos.

Algunos de estos problemas jurídicos, principalmente aquellos vinculados a la retroactividad de la ley y a la cuestión de la jurisdicción, se tratan de resolver apelando al derecho internacional. Pero esto nos plantea a su vez otro conjunto de problemas. ¿De dónde surge la obligatoriedad del derecho internacional? ¿Cuál es su relación con el derecho interno? ¿Cuáles son sus definiciones de delito y castigo? ¿Qué capacidad tiene para otorgar poder a los tribunales? ¿Un tribunal internacional tiene la capacidad legítima de sancionar? Algunas de estas preguntas están relacionadas con discusiones frecuentes acerca de si los Estados extranjeros o los órganos internacionales pueden intervenir en los asuntos internos de un Estado que comete abusos a los derechos humanos. Estas preguntas son particularmente relevantes en estos días en que el tribunal internacional que tratará las atrocidades cometidas en la guerra civil de la ex Yugoslavia ha comenzado su trabajo.

Se puede ofrecer una amplia variedad de respuestas a estos problemas morales, políticos y jurídicos. Ellas van desde la lisa y llana venganza privada hasta el completo silencio sobre estos hechos, pasando por intentos de juicios completos, o juicios sólo contra los más altos responsables, por la compensación patrimonial a las víctimas o a sus familias, hasta el apartamiento de aquellos sindicados como responsables de las atrocidades de las organizaciones cívicas o públicas —como las Fuerzas Armadas— a las que pertenecieron, investigaciones que produzcan un reporte oficial de los aspectos generales de los hechos, o la creación de símbolos de arrepentimiento y olvido (como monumentos a las víctimas y la sanción de amnistías e indultos selectivos o indiscriminados).

En el primer capítulo ofreceré una breve descripción de los intentos de tratar el mal radical durante este siglo. Describiré primero lo realiza-

do luego de la Segunda Guerra Mundial y el tratamiento del mal radical durante la transición democrática en Europa del Sur durante los años setenta; en la ocurrida en Latinoamérica en los años ochenta; y, finalmente, qué está sucediendo en la democratización de Europa oriental, luego del colapso de los regímenes comunistas, con especial atención en la guerra civil de la ex Yugoslavia. En el segundo capítulo voy a tratar en forma más extensa el caso de estudio que más me afecta, el de la Argentina. Voy a ofrecer un breve marco histórico y una descripción de los abusos cometidos durante los años setenta. Luego describiré la política llevada a cabo por el primer gobierno democrático de la transición que trató estos hechos y las dificultades políticas y jurídicas que enfrentó. Concluiré ese capítulo con una evaluación de los éxitos y fracasos de todo el proceso.

El tercer capítulo se dedicará a los problemas políticos que crea la justicia retroactiva, específicamente los relacionados con la consolidación de la democracia. Trataré los peligros de llevar adelante la justicia retroactiva, así como las alternativas disponibles. El cuarto capítulo tratará los problemas morales, principalmente los del relativismo conceptual y la justificación de la investigación y castigo del tipo de hechos que se encuadran en la categoría del mal radical. El quinto capítulo tratará cuestiones jurídicas: la obligatoriedad de las normas vigentes en el momento y lugar de los hechos; la continuidad del sistema jurídico al cual estas leyes pertenecen; la retroactividad de la definición de delito, la prescripción, la jurisdicción y la plausibilidad de algunas causales de justificación.

PARTE I

El contexto histórico

1. El castigo como respuesta a las violaciones de derechos humanos

Una perspectiva global

Las violaciones masivas de derechos humanos han venido repitiéndose a lo largo del siglo y, sin embargo, no existe consenso acerca de cómo enfrentarlas. Suceden tanto en el mundo desarrollado como en el subdesarrollado, en tiempos de guerra y en tiempos de paz. Diversos han sido los medios empleados para tratar con ellas: desde tribunales internacionales hasta juicios ordinarios, purgas extrajudiciales o amnistías generales.

La historia muestra que el tratamiento de las violaciones masivas de derechos humanos es una tarea más difícil que la de tratar delitos ordinarios, aun cuando los actores políticos que fueron los responsables de aquellos crímenes han perdido poder e influencia. El silencio y la impunidad han sido la norma más que la excepción, y las pocas investigaciones realizadas han sido en general sobre las personas o los hechos equivocados.

LOS CRÍMENES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

EL PRELUDIO

Los intentos de administrar justicia retroactiva luego de la Primera Guerra Mundial encuentran las mismas dificultades que frustrarán intentos similares a lo largo del siglo. El gobierno alemán y sus aliados fueron acusados por los vencedores de la Primera Guerra Mundial de haber cometido atrocidades de guerra, incluidas las siguientes: la cruel invasión de Bélgica, con el subsecuente ataque y casi destrucción de la antigua ciudad de Lovaina, la captura de civiles en calidad de rehenes y el asesinato de muchos de ellos, la violación de mujeres y las matanzas de niños y adultos durante la ocupación de Francia, el envío de zepelines sobre Londres, que tuvo como resultado la muerte de más de doscientos civiles, el hundimiento del crucero *Lusitania* con la pérdida de mil

doscientas vidas de civiles y la ejecución de la directora de la escuela de enfermeras de Bruselas, Edith Cavell. Como escribe Telford Taylor, estas atrocidades fueron el reflejo de la torpeza, la arrogancia y la mera brutalidad del gobierno alemán (Taylor, 1992: 12).

Dada esta reprensible conducta, la opinión pública presionaba –principalmente en Francia– para que se castigara a sus autores, incluido el Káiser mismo, que se había refugiado en Holanda. Como respuesta, las naciones victoriosas crearon la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y para la Imposición de Sanciones, en la Conferencia de Paz de París de 1919. La Comisión sobre Responsabilidad redactó un reporte en el que acusaba a Alemania y a sus aliados de violaciones de las leyes de guerra y recomendaba formar un tribunal internacional de veintidós miembros para procesar a los más altos responsables de las atrocidades, incluido el Káiser. Los autores de ofensas de menor grado deberían ser procesados ante tribunales nacionales. La Comisión decretó que la iniciación de una guerra de agresión no era un crimen bajo el derecho internacional, pero aconsejó que debía ser moralmente condenado y hecho un crimen en el futuro.

A pesar de las reservas del presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson, respecto de ejercer cualquier tipo de “justicia de los vencedores”, la delegación norteamericana a la Conferencia de Paz de París llegó a un compromiso con las demás delegaciones. Este compromiso se expresa en los arts. 227-230 del famoso Tratado de Versalles, que establecía que el Káiser debía ser enjuiciado ante un tribunal internacional de cinco jueces –de los Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón– por violaciones contra la moralidad y sacralidad de los tratados. Los acusados de haber cometido actos contra las leyes y costumbres de la guerra debían ser procesados ante tribunales militares de los países victoriosos. El Tratado de Versalles también exigía que Alemania extraditara a los imputados por estos delitos. Cláusulas similares fueron incluidas en los tratados de paz con Austria, Hungría y Bulgaria.

A pesar de ello, estos arreglos consiguieron muy poco: Holanda se negó a entregar al Káiser al percibir que los aliados estaban divididos acerca de la eficacia de esta parte del tratado y que existían afirmaciones informales de que no habría sanciones. Cuando los países agraviados se presentaron ante Alemania para que entregara criminales, surgió en ella una gran resistencia popular. Ante el temor de que esa resistencia pusiera en peligro el tratado, particularmente respecto de las reparaciones económicas, los aliados aceptaron la propuesta alemana de procesar a la gente acusada ante la Corte Suprema Alemana de Leipzig. Este juicio

comenzó sancionando con seis a diez meses de prisión a tres soldados alemanes acusados de golpear a algunos prisioneros británicos. Un comandante de navío acusado de hundir un buque hospital británico fue declarado inocente bajo la justificación de haber seguido órdenes. El teniente Patzig, acusado de haber hundido otro buque hospital británico, no pudo ser hallado para el juicio pero dos de sus subordinados fueron sentenciados por asesinato a penas de cuatro años de prisión, escapando luego, al parecer con la ayuda de sus carceleros. Debido a que el sentimiento popular alemán influyó indebidamente en el resultado de estos juicios, los franceses y los belgas declararon a los juicios de Leipzig inválidos bajo el Tratado de Versalles.

El intento de hacer justicia a raíz del genocidio de los armenios a manos de los turcos ocurrido contemporáneamente no fue mucho más exitoso. Desde 1914 los “Jóvenes Turcos” deportaron a seiscientos mil armenios, un tercio de la población armenia de Turquía, al desierto sirio donde los masacraron. A pesar de que el sultán turco estaba interesado en aplacar a los aliados, principalmente a los británicos, sólo dos oficiales fueron condenados por esta matanza. Mientras que en 1923 el Tratado de Lausanne incluyó una amnistía por estos hechos, hubo quien tomó la justicia retroactiva en sus propias manos. Por ejemplo, en 1921 uno de los mayores responsables de esta masacre, el Talaad Bey, fue muerto a balazos en el centro de Berlín por un armenio. El asesino fue enjuiciado, y su absolución fue justificada con la teoría de que sólo estuvo motivado por el deseo de vengar a su gente.

LOS TRIBUNALES DE NUREMBERG

Nunca antes de la Segunda Guerra Mundial la humanidad había enfrentado un poder autoritario que combinara en forma semejante la voluntad de conquistar el mundo con una doctrina explícita de superioridad racial, que llevó a la esclavitud y exterminio de millones de judíos, oponentes políticos, minorías étnicas, homosexuales y gitanos. El misterio de cómo fue posible que tamaña maldad se apoderara de seres humanos y dispusiera de ellos para hacerles cometer tales acciones queda aún sin resolver. De todas formas, tan cruda desaprensión de los más básicos valores humanos hizo moralmente imposible a los aliados permitir a gente como Hitler, Goebbels, Goering, Himmler, Mussolini y Eichmann volver tranquilamente a la calidez de sus hogares.

A pesar de que los aliados coincidían en que algún tipo de justicia retroactiva era necesaria, no llegaban a un acuerdo acerca del tipo de casti-

go que se debía aplicar. Desde el momento en que el triunfo aliado sobre Hitler y su coalición resultó probable comenzaron a surgir disensos dentro del campo aliado sobre cómo responder a las atrocidades nazis. Ya en 1942 la cancillería británica (el British Foreign Office) hizo circular un memorándum en el que objetaba la posibilidad de enjuiciar a criminales como Himmler, afirmando que en esos casos la culpa era tan pronunciada que se encontraba más allá de todo proceso judicial (Taylor, 1992: 29). Según ellos, los principales criminales de guerra deberían ser fusilados en el momento mismo de ser identificados. Esta posición parece haber tenido impacto en la Declaración que siguió a la Conferencia de Moscú en la que los cancilleres de los Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética acordaron que los más importantes criminales sólo serían castigados por decisión conjunta de los gobiernos aliados. Mientras tanto, se formó en Londres una Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas. Tanto los gobiernos en exilio como los países aliados acreditaban representación en ella. Esta Comisión propuso la inclusión de crímenes contra la humanidad –aquellos cometidos contra cualquier persona en virtud de su raza o religión– entre la lista de crímenes por los cuales podían ser enjuiciados los oficiales nazis. De todas formas, los británicos dieron instrucciones de que la Comisión debería dedicarse sólo a los crímenes de guerra.

Aunque Churchill tomó la posición británica que favorecía las ejecuciones sumarias de los principales criminales nazis y la expuso en la Conferencia de Yalta en 1945, nada definitivo acerca del castigo a los criminales nazis fue decidido allí. Cuando la Conferencia de las Naciones Unidas sobre organizaciones internacionales se reunió en San Francisco en 1945 y consideró este tema, los Estados Unidos ya habían tomado la posición a favor de los juicios, aun contra los principales criminales nazis. De todas formas, ya en abril de 1945 varios criminales nazis se habían suicidado o habían sido asesinados. Estos eventos, más la dificultad de circunscribir la clase de los principales criminales que deberían ser ejecutados en juicio, modificó la posición británica en mayo de ese año.

Los juicios de Nuremberg fueron una creación del Departamento de Guerra de los Estados Unidos y, luego de su nombramiento como fiscal general de los Estados Unidos, del juez asociado de la Corte Suprema norteamericana Robert H. Jackson. Al tribunal se le encargó la aplicación del derecho internacional no sólo a los crímenes de guerra, sino también a la iniciación de una guerra de agresión, y de la comisión de delitos contra la humanidad. Esta tarea también incluía la sanción de toda forma de participación en la comisión de los crímenes menciona-

dos, lo que permitió acusar a las organizaciones nazis. Estas ideas fueron llevadas a la Conferencia Internacional sobre Juicios Militares, reunida en Londres el 26 de junio de 1945. Hubo allí una dura negociación entre las cuatro delegaciones sobre diferencias que en algunos casos fueron provocadas por la desconfianza política y en otros por conflictos entre las respectivas culturas jurídicas. Finalmente el 8 de agosto de 1945 se firmó la Carta de Londres.¹ Esta Carta preveía que el tribunal estuviera compuesto por ocho jueces, dos por cada una de las cuatro potencias intervinientes, uno con derecho a voto y el otro como suplente. Los juicios serían llevados adelante en Nuremberg, una localización simbólica, dado que allí se habían sancionado las leyes antisemitas de 1935. Se organizaría una primera serie de juicios contra los criminales principales, a la que seguirían otros.

Una vez definida la estructura del tribunal, los aliados debían decidir quiénes serían los imputados y preparar la acusación. Surgieron entonces nuevos disensos entre los aliados acerca de a quiénes debería incluirse en la lista de acusados. Por ejemplo, ¿se debía incluir dentro de la jurisdicción del tribunal a los industriales que ayudaron a construir la maquinaria de guerra nazi? En definitiva, veinticuatro personas se incluyeron como imputados, así como a varias organizaciones nazis que se buscaba declarar criminales, para luego permitir la condena de sus miembros. La persona de más alto rango entre los acusados (dados los suicidios de Hitler y Goebbels) fue Hermann Goering, secundado por Rudolf Hess. Otros acusados fueron Joachim von Ribbentrop, Robert Ley, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Ernst Kaltenbrunner, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Wilhelm Keitel, Walter Funk, Hjalmar Schacht, Alfred Krupp, Erich Raeder, Karl Doenitz, Baldur von Schirach, Fritz Saukel, Albert Speer, Martin Bormann –en ausencia–, Franz von Papen, Alfred Jodl, Constantin von Neurath, Arthur Seyss-Inquart, y Hans Fritzche.

El primer juicio de Nuremberg comenzó el 20 de noviembre de 1945. El equipo de la acusación estaba encabezado por el juez Jackson, de

1 La Carta de Londres que resultó reflejaba en gran medida la posición de los Estados Unidos. De todos modos, en la Carta de Londres, el cargo de conspiración se restringió al delito de iniciar una guerra de agresión, mientras que el proyecto de los Estados Unidos ataba la conspiración a todos los delitos. Con esta modificación, el tribunal careció de jurisdicción sobre las atrocidades cometidas contra ciudadanos alemanes, principalmente judíos, antes de la guerra, dado que estas atrocidades no se concebían como actos preparatorios de la guerra.

la Corte Suprema de los Estados Unidos, y por abogados de las cuatro potencias aliadas. El equipo de la defensa estaba formado por juristas alemanes designados por los propios imputados. Uno de los problemas prácticos más importantes del juicio fue la cuestión de la traducción, principalmente de la traducción al alemán de una gran cantidad de documentación probatoria producida por la fiscalía (Taylor, 1992: 176). Otro problema fue la falta de familiaridad de los defensores y los miembros del equipo de la fiscalía nativos de países de Europa continental con el procedimiento angloamericano, particularmente con el método de interrogatorio cruzado de testigos (*cross-examination*), que había sido incluido como parte del procedimiento.

La acusación fue dividida en cuatro cargos:

1. complicidad en el inicio de una guerra de agresión o una guerra en contra de las normas de los tratados internacionales;²
2. planeamiento, preparación e iniciación de una guerra de agresión o de una guerra en contra de las normas de los tratados internacionales;³
3. crímenes de guerra definidos como violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, incluidos asesinatos, malos tratos, sujeción a la esclavitud o deportación de poblaciones civiles o prisioneros de guerra;⁴ y
4. crímenes contra la humanidad, definidos como asesinato, exterminio, esclavitud y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecución política, religiosa o racial ejecutado o en conexión con cualquier crimen que sea jurisdicción del tribunal, habiendo o no violado las leyes nacionales de los países donde estos hechos fueron cometidos.⁵

2 "Carta del Tribunal Militar Internacional", sec. 1, art. VI.a. La Carta puede consultarse en el Departamento de Estado de los Estados Unidos, Juicio a Criminales de Guerra: Documentos: 1. Reporte de Robert H. Jackson al presidente; 2. Acuerdo estableciendo un Tribunal Militar internacional; 3. Acusación (Washington, DC, Government Printing Office, 1945), 16.

3 Íd.

4 Íd.

5 Ibíd., 16-17.

En sus palabras de apertura por la fiscalía, Jackson realizó un apasionado alegato en el que subrayaba el carácter excepcional de los juicios debido a que actos de maldad tan extrema de los vencidos serían juzgados por los vencedores:

Desafortunadamente, la naturaleza de estos crímenes es tal que tanto la acusación como la sentencia deben ser realizadas por naciones victoriosas sobre enemigos vencidos... Si estos hombres son los primeros líderes que son acusados en nombre de la ley, también son los primeros en tener la posibilidad de defender sus vidas en el nombre de la ley... (Taylor, 1992: 168).

Durante el curso del proceso, los fiscales inundaron la corte de documentación que probaba los cargos, llamaron a algunos testigos y realizaron interrogatorios cruzados a los imputados.

La defensa ensayó una variedad de argumentos. El día previo a la sesión de apertura presentaron un memorándum conjunto en el que cuestionaba la jurisdicción de la corte para tratar delitos que no fueran delitos de guerra. La corte rechazó la alegación dos días más tarde sobre la base de que, de acuerdo con la Carta, ni la fiscalía ni la defensa podían objetar la jurisdicción de la corte.

Sin embargo, los imputados también cuestionaron la Carta de Londres misma, enfocando su crítica en el argumento de la aplicación retroactiva de la ley penal. Por ejemplo, el doctor Hermann Jahrreiss, quien había sido elegido para hablar al comienzo del juicio por todos los imputados en cuestiones de hecho y de derecho, afirmó que no se podía suponer que los imputados conocían el principio que supuestamente estaban violando al momento de cometer los delitos. El doctor Robert Servartius, en representación de Saukel, sostuvo que gran parte de la Convención de La Haya resulta esotérica y, aún más, que delitos por los cuales los imputados estaban siendo procesados, como la deportación o el trabajo forzado, no están explícitamente prohibidos por la Convención. El doctor Otto Kranzbuehler, representante de Doenitz, objetó entre otras cosas el art. VIII de la Carta, que establecía que la obediencia a órdenes superiores debía ser considerada sólo como atenuante y no como justificación de las acciones imputadas. Kranzbuehler argumentó que, cuando el imputado no sabía y no tenía forma de saber que la orden era ilícita, no debía ser considerado responsable. Durante su exposición, Goering reconoció gran parte de las atrocidades, defendiéndolas dentro del más amplio contexto de la ideología nazi. La decisión de la corte se dio a

conocer el 30 de septiembre de 1946.⁶ Luego de delinear el contexto histórico y procedimental del Juicio de Nuremberg, el tribunal se dedicó a tratar las cuestiones legales enfatizando la importancia de las convenciones internacionales. Rechazó el cargo de la aplicación *ex post facto* de las leyes penales, apoyándose en los tratados previos a la Segunda Guerra Mundial que condenaban las guerras de agresión. Luego la corte definió los crímenes por los cuales cada imputado era responsable. Restringió la noción de complicidad a los crímenes contra la paz circunscribiéndola a los actos inmediatos a aquellos de los que se era cómplice. La corte también restringió el significado de “crímenes contra la humanidad” anteriores a la guerra a aquellos conectados con el lanzamiento de la guerra de agresión. De esta manera el tribunal afirmaba que no tenía jurisdicción sobre las atrocidades cometidas en Alemania con anterioridad a la invasión de Polonia de 1939. La decisión siguió describiendo qué organizaciones debían ser consideradas criminales para los propósitos de castigo ulterior de sus miembros.⁷

Las sentencias de los acusados fueron leídas el 1° de octubre de 1946. Goering fue hallado culpable de los cuatro cargos y sentenciado a muerte en la horca. Hess fue hallado sano y sentenciado a cadena perpetua. Ribbentrop, Keitel, Kaltenbrunner, Rosenberg, Frank, Frick, Streicher, Jodl, Seyss-Inquart, Seukel y Bormann fueron también sentenciados a morir en la horca; Funk, Doenitz, Raeder, Speer, Neurat, Schirach fueron sentenciados a diferentes términos de condenas de prisión. Von Papen, Schacht y Fritzsche fueron declarados inocentes con el disenso del juez soviético. Algunas de las sentencias fueron apeladas ante el Consejo de Control Aliado, principalmente respecto de la forma de ejecutar la

6 La decisión se concentró en primer término en la descripción de la Carta de Londres y en la acusación y las evidencias recolectadas. Continuó con un relato histórico del surgimiento del Partido Nazi y de las atrocidades que cometió antes de la guerra contra diferentes grupos, principalmente los judíos. Luego se refirió a los crímenes cometidos al planear y lanzar una guerra agresiva. Siguió con las circunstancias del ataque y la invasión de cada país conquistado describiendo en cada caso las atrocidades cometidas en el curso de esos ataques e invasiones (Taylor, 1992: 574-587).

7 Las organizaciones consideradas criminales incluían a: los Cuerpos de Liderazgo (*Leadership Corps*), la Gestapo y la SD (*Sicherheitsdienst*), oficina de inteligencia y operaciones clandestinas; y la SS (*Schutzstaffel*), la policía, la inteligencia y la organización de seguridad del Partido Nazi. La SA (*Sturmabteilung*), una fuerza paramilitar comúnmente llamada “camisas pardas”, no fueron declaradas criminales así como tampoco lo fueron el Gabinete del Reich, el Estado Mayor General y el Alto Mando.

pena de muerte. Las apelaciones fueron rechazadas *in totum* el 11 de octubre. La ejecución de quienes fueron sentenciados a la pena capital tuvo lugar el 16 de ese mes; sin embargo, ese mismo día Goering fue hallado muerto luego de haberse tragado una cápsula de cianuro que pudo ocultar durante todo el transcurso del juicio.

El impacto del juicio sobre la conciencia pública de los alemanes es tema de debate. Una encuesta que preguntaba si el nacionalsocialismo era una buena idea mal implementada mostró un 53% de respuestas afirmativas cuando comenzó el juicio, y sólo un 40% durante 1946 cuando los crímenes se hicieron conocidos en parte por el juicio. Pero en 1947 la respuesta positiva trepó otra vez a más de la mitad de la población, y el porcentaje para 1948 fue de un 55,5% (véase Lange-Quassowski, 1982: 97). Estos datos que son, por supuesto, algo parciales no dan apoyo a una valoración entusiasta acerca del impacto que el juicio de Nuremberg tuvo sobre los ciudadanos alemanes.

Este juicio inicial fue seguido por otros doce también en Nuremberg y por otros juicios llevados a cabo por las potencias ocupantes contra líderes de la SS, generales, industriales, diplomáticos, etc. Luego la responsabilidad de la persecución de los crímenes nazis fue dejada en manos de las autoridades alemanas.

Estos esfuerzos rindieron escasos frutos. Las mismas potencias ocupantes sufrieron fuertes presiones para excarcelar a la mayoría de quienes fueron sentenciados —sobre todo los industriales que acumularon ganancias a partir del trabajo esclavo—. Los tribunales alemanes fueron bastante suaves y extremadamente sensibles a problemas legales, como la cosa juzgada —que impedía juzgar a quienes fueron indultados por las cortes aliadas— o la aplicación retroactiva de la ley penal al cuestionar la legalidad de condenar a los miembros del régimen nazi a base de leyes que no estaban vigentes cuando fueron cometidas las acciones imputadas. Todos estos juicios continuaron hasta finales de los años cincuenta, y luego comenzaron a languidecer.

Sin embargo, a fines de esa década hubo un resurgimiento del interés en la responsabilidad nazi —en parte debido, tal vez, a la presión del recientemente fundado Estado de Israel y lo que ello implicó en la formación de una conciencia judía en países como los Estados Unidos y otros—. Los términos de prescripción de los delitos, por ejemplo, fueron extendidos dos veces y finalmente derogados por el Parlamento británico. A pesar de estos esfuerzos, los resultados no fueron para nada impresionantes. De acuerdo con John H. Hertz, en más de 1000 casos juzgados durante diez años entre 1959 y 1969, menos de 100 de los condenados

recibieron pena de reclusión perpetua y menos de 300 sanciones limitadas (Hertz, 1982: 20). En los siguientes doce años se sucedieron 6000 condenas, pero sólo 157 de ellas fueron de reclusión perpetua. A pesar del hecho de que los jueces nazis impusieron 26 000 sentencias de muerte –por cosas como hacer un chiste antinazi–, ninguno de ellos fue condenado por esas sentencias siniestras, impuestas generalmente sin ninguna garantía procesal.

Algunos creen que el legado del nazismo fue enfrentado más satisfactoriamente con las reparaciones (Hertz, 1982: 21). Alemania ha abonado extensas indemnizaciones de daños materiales y restituido propiedades. Además devolvió la ciudadanía, los grados académicos y algunos cargos a quienes quisieron readquirirlos.

A pesar de que las potencias aliadas lanzaron inicialmente una extensa campaña de desnazificación, dirigida a purgar a los cargos públicos de quienes hubieran estado conectados con actividades nazis, con el tiempo los resultados concretos se fueron diluyendo. Los ex nazis desarrollaron diferentes maneras de evadir la detección, y las autoridades, una tendencia creciente a cerrar los ojos.

LAS SECUELAS DE NUREMBERG

Luego de Nuremberg, en los países aliados a la Alemania nazi y en aquellos que fueron absorbidos o invadidos por ella –Italia y Japón, Austria, Francia, Bélgica, Hungría, Polonia y Checoslovaquia–, también se realizaron juicios por violaciones masivas a los derechos humanos.

Austria

En 1938 el *Anschluss* unió a Austria con Alemania, lo que significó el cese de la dictadura del frente patriótico y su reemplazo por el control nazi directo y efectivo. La declaración de Moscú de los aliados en 1943 estableció que sería recreada una Austria independiente, lo que sucedió luego de que el país fuera ocupado en 1945. Muy pronto, en noviembre de ese mismo año, se llamó a elecciones libres bajo la restablecida Constitución de 1920. La tutela aliada continuó hasta el Tratado de 1955 y la incorporación del país a las Naciones Unidas.

Los aliados presionaron por un proceso de desnazificación en Austria, a pesar de que permitieron al gobierno austríaco llevar adelante por sí mismo las medidas necesarias. Una ley para poner en marcha este proceso fue dictada en 1947, distinguía al aproximadamente medio millón de miembros del Partido Nazi en categorías conformadas según la in-

tensidad de la participación en el régimen. Quienes habían estado fuertemente implicados, alrededor de 50 000 personas, comprendían a los miembros de la Gestapo, de la SS, beneficiarios de ventajas económicas o quienes hubieran merecido medallas del partido. A este grupo se le hizo pagar multas bastante altas. Algunos otros perdieron sus posiciones públicas y algunas veces sus casas. Por ejemplo, la mitad de los jueces del período nazi fueron reemplazados o no se los volvió a nombrar. Asimismo, debido a la presión de los aliados, los más comprometidos debieron enfrentar acusaciones penales. Durante los primeros tres años de la Segunda República, los Tribunales Populares enjuiciaron a 17 500 individuos por crímenes de guerra, pero sólo 43 fueron sentenciados a la pena máxima, y 29 de ellos ejecutados. De todas maneras, este proceso de desnazificación nunca alcanzó a los “menos” comprometidos, ya que el gobierno dictó una amnistía para todos aquellos implicados en grado menor justo a tiempo para la elección de 1949 (Engelmann, 1982: 144). En 1957 fue dictada una amnistía general por el crimen de pertenencia al Partido Nazi.

Italia

El más cercano aliado de la Alemania nazi fue la Italia fascista. Pero al contrario que en el caso de Alemania y aun de Austria, los aliados asumieron la postura de que en Italia la “desfascistación” era un asunto interno. El gobierno de Badoglio, inmediatamente luego del armisticio con los aliados, sancionó un amplio conjunto de decretos para purgar la administración de fascistas, donde establecía los principios para la acusación penal de los crímenes fascistas y creaba un alto comisionado para la desfascistación, nombrando al republicano conde Sforza en ese puesto. En 1944 una ley puso bajo este alto comisionado cuatro subcomisionados a cargo de la sanción de los crímenes fascistas, la purga de la administración, la confiscación de las ganancias fascistas y la forma de disponer de los bienes del Partido Fascista. En la sección de la ley que trataba la cuestión delictiva se admitía la necesidad de leyes penales *ex post facto*, pero evitaba este obstáculo haciendo nuevamente vigente el Código Penal liberal previo e ilegalmente derogado durante el fascismo (DiPalma, 1982: 119-120). La ley contenía definiciones algo vagas de los crímenes cometidos por los fascistas y detalladas circunstancias atenuantes que reflejaban la directiva de Sforza de “golpear arriba y perdonar abajo”. El papel de hacer cumplir esta ley fue conferido a un conjunto de organismos judiciales y semijudiciales que comprendían a una Alta Corte de Justicia, compuesta por jueces y ciudadanos prestigiosos para enjuiciar

a los oficiales de alto rango del gobierno fascista por crímenes cometidos contra el Estado al llevar el fascismo al poder, tribunales ordinarios para juzgar a imputados de menor rango por delitos similares previos al armisticio, tribunales tanto ordinarios como militares para aplicar la ley marcial contra quienes colaboraron luego de la firma de armisticio, y comisiones especiales formadas por representantes de ministerios, administraciones locales y asociaciones profesionales para llevar adelante las purgas.

Dadas las dificultades prácticas de comunicación y de la recolección de pruebas, esta forma judicial de desfascistación tendió a prolongar el proceso (DiPalma, 1982: 121). Así, no produjo un sentimiento de justicia sino de hipocresía y simulación. Finalmente la oficina del alto comisionado fue abolida, y Togliatti, una vez nombrado ministro de Justicia, promovió una ley de amnistía en 1948 que convirtió en una farsa los intentos de persecución penal. Sólo unas pocas, extremadamente “cruelles torturas” fueron excluidas de la ley. La mayoría de los funcionarios públicos que habían sido purgados fueron reinstalados, y el proceso de apropiación de las ganancias económicas fascistas y de limpieza de la comunidad empresaria tuvo un abrupto final.

Lo que fue efectivo en Italia, de la misma forma que en otros países que trataremos inmediatamente, fue la venganza privada. La cantidad de fascistas ejecutados sumariamente o desaparecidos en las semanas siguientes a la liberación va desde un número oficial de 1732 a la estimación de los neofascistas que cuentan 300 000, mientras que una estimación razonable sería de alrededor de 30 000 (DiPalma, 1982: 133, n. 50).

Francia

En 1940 Francia fue invadida por la Alemania nazi y firmó un armisticio el 22 de junio de ese mismo año. De acuerdo con este armisticio el país fue dividido entre una parte ocupada, que incluía París, y una no ocupada, a cargo del gobierno francés de Vichy, que controlaba también las colonias. La Liberación llegó en diciembre de 1944 y trajo con ella intentos de alcanzar los propósitos que el movimiento de resistencia se había fijado desde 1942 respecto de purgar y castigar a los colaboradores del gobierno de Vichy y de los invasores alemanes.

El Comité Nacional de Liberación formó una comisión de prestigiosos juristas para sentar los principios de las purgas y las acusaciones penales. El art. 75 del Código Penal francés, que hacía de la traición un delito, proveía el mecanismo adecuado para lograr la justicia retroactiva.

Sin embargo, el Comité definió “traición” en términos tan amplios que virtualmente todo aquel que no hubiera seguido a De Gaulle en el extranjero o no se hubiera alzado en armas contra Vichy, los alemanes o las fuerzas paramilitares era susceptible de ser acusado por traición (Macridis, 1982: 169). El Comité declaró que Vichy había sido un gobierno ilegítimo y que el estado de guerra con Alemania había comenzado en 1939. Así, todo el que hubiera tenido trato con Alemania era considerado, desde el día del armisticio, un traidor. Esta amplia definición de “traición” creaba una compleja situación legal.

La forma de sortear esta situación fue creando retroactivamente un nuevo delito, el de “colaboración”. Este delito, que podía ser castigado con la muerte, consistía en proveer al enemigo ayuda material o moral, aun indirectamente, ayudando al gobierno de Vichy tanto en la política exterior como interior. Como esta definición también comprometía a millones de personas, un nuevo crimen –“indignidad nacional”– tuvo que ser creado retroactivamente para delincuentes menores. Este delito abarcaba la participación de cualquier forma, título o capacidad con el gobierno nazi o el de Vichy desde el armisticio hasta la liberación, haber participado en propaganda en su favor, haber participado del comisariado para asuntos judíos, haber participado o haber sido miembro de organizaciones que favorecían la colaboración o haber hecho propaganda en favor de la colaboración. Por lo tanto, tres fueron las clases de crímenes relacionados con el pasado nazi: traición, colaboración e indignidad nacional.

La definición de estos delitos dio lugar a procedimientos judiciales o semijudiciales. En un principio las cortes marciales y los tribunales especiales de “urgencia” manejaron muchos casos sin demasiadas garantías. Entre 120 000 y 150 000 individuos fueron detenidos por decisiones administrativas a base de listas confeccionadas por la resistencia y grupos gaullistas de colaboradores y miembros de organizaciones pro nazis. Con el tiempo el trabajo fue asumido por una Alta Corte de Justicia para los criminales principales, las *cours de justice* para los criminales menores y las *chambres civiles*, tribunales locales, para los crímenes de indignidad nacional. Alrededor de 200 000 personas fueron imputadas, 100 000 realmente juzgadas y 65 000 de ellas encontradas culpables, quedando en una suerte de limbo hasta la ley de amnistía de 1953 (Macridis, 1982: 172). El mariscal Pétain, que había sido la cabeza del régimen de Vichy, y Pierre Laval, que presidió el consejo de ministros, fueron sentenciados a muerte en 1945. Mientras que Pétain fue ejecutado, la sentencia de Laval fue reducida a prisión perpetua.

Aún más que en el caso de Italia, en Francia la venganza privada y los castigos informales fueron más extensos que las sanciones oficiales: sólo en 1944 alrededor de 40 000 personas acusadas de colaborar con los nazis fueron asesinadas por sus conciudadanos.

Bélgica

Bélgica fue liberada por los aliados en 1944. La Suprema Corte belga reconoció de inmediato como válidas las leyes sancionadas durante la ocupación por el gobierno en el exilio. El crimen de colaboración con la ocupación nazi era reconocido en algunas de esas leyes. Organismos no judiciales manejaron las purgas contra los colaboradores, mientras que los tribunales militares juzgaron los cargos de colaboración. 400 000 individuos, 7% de la población belga adulta, enfrentaban la posibilidad de un juicio. Decenas de miles fueron castigados por actos de colaboración.

El delito de colaboración incluía colaboración tanto económica como política, lo que se consideró económicamente contraproducente, ya que implicaba a muchos de los prominentes miembros de la comunidad empresarial, así como a más de 60 000 trabajadores que habían trabajado voluntariamente para Alemania. Por lo tanto, en 1945, el gobierno socialista sancionó una ley que interpretaba las normas sobre colaboración de tal forma que se requería prueba de la intención de ayudar a la maquinaria de guerra alemana como paso previo para encontrar a alguien culpable de colaboración económica. El gobierno, además, rechazó los cargos contra los trabajadores.

Japón

A pesar de que el régimen japonés fue muy autoritario durante la Segunda Guerra Mundial, la persecución de sus oponentes políticos fue mucho más sutil que la de sus aliados alemanes e italianos. El gobierno interpretó la Ley de Preservación de la Paz en términos cada vez más amplios para neutralizar a quienes pudieran "subvertir" el orden existente (Tiedemann, 1982: 184).

Dada la relativa "suavidad" de la persecución política japonesa, la Comandancia Suprema de las Potencias Aliadas no intentó castigar los crímenes cometidos por los militares japoneses contra sus conciudadanos. Esta actitud contrasta con el celo con que los aliados persiguieron los crímenes de guerra japoneses. Comisiones militares aliadas juzgaron a más de 5500 individuos por crímenes de guerra, y sentenciaron a 3500 con prisión y a unos 900 con la pena de muerte.

De manera similar a lo sucedido en Nuremberg, veintiocho líderes japoneses fueron juzgados por crímenes contra la paz ante un Tribunal Militar para Extremo Oriente. Luego de un dilatado juicio, la decisión, condenando a siete a la pena de muerte, a dieciséis a prisión perpetua y a dos a condenas menores de prisión, fue leída en noviembre de 1948.

El caso del general Yamashita fue especialmente interesante en términos jurídicos. Yamashita fue el comandante de las fuerzas de ocupación de las Filipinas. Cuando las tropas norteamericanas desembarcaron en Filipinas, Yamashita ordenó que sus tropas evacuaran Manila. Pero estas tropas lo “desobedecieron”, matando y abusando de más de 20 000 civiles inocentes. Dada la enorme extensión de la masacre, la fiscalía argumentó que Yamashita la permitió intencionalmente o la ordenó en secreto. El abogado de la defensa replicó que el imputado no podría haber mitigado o evitado el ataque dado que durante la masacre las líneas de comunicación entre él y sus tropas habían sido destruidas.

En esta decisión la corte admitió que resultaba problemático condenar a un comandante como asesino o violador porque sus tropas cometieron asesinatos y violaciones. Pero cuando los asesinatos y las violaciones son brutales y tienen lugar en un extendido período, y cuando el comandante no realiza ningún intento de reducir y controlar estas acciones, el comandante podía ser sancionado como penalmente responsable por los actos ilícitos de sus subordinados. Así, Yamashita fue hallado culpable y sentenciado a muerte.

El abogado de la defensa apeló ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. La opinión mayoritaria confirmó la sentencia de muerte con el argumento de que las convenciones internacionales afirmaban la responsabilidad de los jefes militares por los actos de sus subordinados y afirmando, además, que el tribunal cumplió con su deber adecuadamente al imponer tal responsabilidad. La minoría afirmó, en cambio, que las convenciones internacionales no permiten aplicar la responsabilidad penal vicaria, y que era absurdo condenar al acusado por inacción cuando las tropas norteamericanas impidieron que actuara. El ministro Murphy, un miembro de la minoría, enfatizó el hecho de que resulta imposible imputar responsabilidad penal sin el requisito de la *mens rea*.

Algunos argumentan que el propósito de estos juicios fue dar a conocer públicamente los crímenes de guerra de los líderes japoneses (Tiedemann, 1982: 198). Parece debatible que los juicios lograran este propósito, dado que la mayor parte de los ciudadanos japoneses veían en estos juicios una instancia de “justicia de los vencedores”. Por ejemplo, las cenizas de siete de los líderes ejecutados fueron puestas en una

urna, y en 1959 un importante estadista dedicó una piedra a estos “siete patriotas” (Tiedemann, 1982: 199-201).⁸ Uno de los criminales de guerra sentenciados a prisión se convirtió en ministro japonés de Relaciones Exteriores. En 1950 todos los criminales de guerra fueron liberados y exonerados. A pesar de que el Comando Aliado presionó duramente para purgas extrajudiciales, menos de 6000 personas fueron alejadas de sus puestos (Tiedemann, 1982: 199).

EL JUICIO DE EICHMANN:

LA JUSTICIA RETROACTIVA A NIVEL NACIONAL

La justicia retroactiva tuvo lugar también ante tribunales nacionales, además de los internacionales ya referidos. El juicio de Eichmann es el ejemplo más prominente.⁹ El servicio secreto israelí secuestró a Eichmann en un suburbio de Buenos Aires en la noche del 11 de mayo de 1960. Esta violación de la soberanía argentina causó gran indignación en el país, algo atenuada por el hecho de que Eichmann había ingresado bajo una identidad falsa. El incidente diplomático entre Israel y la Argentina terminó con una declaración conjunta de los dos gobiernos el 3 de agosto de 1960 que incluía el reconocimiento del hecho de que la soberanía argentina había sido violada por los agentes israelíes.

Eichmann fue enjuiciado ante una Corte de Distrito en Jerusalén el 11 de abril de 1960 y acusado de quince delitos bajo las leyes nazis y de colaboración con el nazismo de Israel de 1950. La acusación consistía en la imputación de los delitos contra el pueblo judío, delitos contra la humanidad y delitos de guerra durante el período del gobierno nazi y especialmente durante la Segunda Guerra Mundial. La sanción por cualquiera de estos hechos era la muerte.

La evidencia probaba en forma convincente que Eichmann fue el principal arquitecto de la “solución final” y que cargaba con la respon-

8 En 1973, esta urna fue ampliada para recordar a otros criminales de guerra.

9 El caso de John Ivan Demjanjuk, “Iván el Terrible de Treblinka”, es otro ejemplo. Luego de ser extraditado a los Estados Unidos, un tribunal de Jerusalén sentenció a muerte a Demjanjuk por crímenes contra el pueblo judío y por crímenes de guerra. La sentencia fue apelada ante la Corte Suprema israelí y revocada el 29 de julio de 1993, dado que la corte encontró dudas razonable acerca de que fuera Demjanjuk quien cometiera los crímenes por los que el acusado había sido extraditado. Véase C. Hedges, “Acquittal in Jerusalem: Israel Court Sets Demjanjuk Free, But He Is Now Without a Country”, *The New York Times*, 30 de julio de 1993, I.

sabilidad por innumerables crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.¹⁰ La decisión de la Corte de Distrito de Israel, presidida por Moshe Landau, se leyó el 11 de diciembre de 1961. Eichmann fue hallado culpable de crímenes contra el pueblo judío con intención de destruirlo como tal, a través del asesinato de millones de judíos poniéndolos bajo condiciones que llevarían a su destrucción física, causándoles daños corporales y mentales, prohibiendo nacimientos y abortando los embarazos de mujeres judías. También fue hallado culpable de crímenes contra la humanidad que incluían el genocidio practicado contra pueblos no judíos, asesinatos comunes –cometidos sin el intento de destruir a un pueblo en su totalidad–, la persecución de los judíos sobre bases raciales, religiosas y políticas, el robo de propiedad de los judíos asesinados, la expulsión de polacos de sus hogares tanto como de los eslovenos de Yugoslavia y la deportación de gitanos. Se lo sentenció además por una variedad de crímenes de guerra así como por su participación en organizaciones declaradas criminales en los juicios de Nuremberg. La corte israelí estableció que Eichmann no cometió la mayor parte de estos crímenes directamente sino a través de otros, pero declaró que en el caso de estos crímenes masivos cuán cerca o distante el agente se encuentre de las víctimas no significa nada respecto de su grado de responsabilidad. “Al contrario, en general el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos distanciamos de la persona que utiliza el instrumento fatal con

10 La conexión de Eichmann con el nazismo comenzó en 1932 cuando se incorporó al Partido Nazi y fue miembro de la SS, bajo la dirección de Kaltenbrunner (quien fuera uno de los sentenciados a muerte en Nuremberg). En 1934 se unió a la SD, un servicio de inteligencia del partido, bajo la dirección de Himmler y Heydrich. En 1938 fue enviado a Viena para organizar la emigración forzada de los judíos, quienes fueron obligados a pagarla; se hizo acreedor de cuatro promociones por su trabajo y en 1939 montó una organización similar para la expulsión de los judíos de Praga luego de la invasión de Hitler a Checoslovaquia. En 1939 fue incorporado a la sección de la oficina superior de la seguridad de Estado que trataba con los judíos. En ese cargo exploró varios proyectos para la relocalización del pueblo judío hasta que emergió la idea de los campos de concentración como la única alternativa viable. En 1941 Heydrich recibió de Goering la instrucción de implementar la “solución final del problema judío dentro del área de influencia alemana en Europa” e inmediatamente instruyó a Eichmann para que se pusiera al tanto de la tecnología de exterminación masiva. Luego de tomar contacto con diferentes procedimientos para cumplir con ese objetivo, se fue comprometiendo intensamente con la implementación de la política de exterminación, principalmente en lo relacionado con el transporte de millones de judíos a los sitios adonde iban a ser exterminados. Véase, en general, Arendt (1963).

sus propias manos" (cit. por Arendt, 1963: 225). Eichmann fue sentenciado a muerte.

La sentencia fue apelada ante la Corte Suprema israelí. La corte confirmó la decisión el 29 de mayo de 1962, luego de rechazar argumentos como el que afirmaba que Eichmann había recibido órdenes –la corte dijo que él había sido su propio superior y que había dado todas las órdenes– y que el destino de los judíos no hubiera sido modificado de no haber existido Eichmann –la corte dijo que la solución final no hubiera adquirido sus infernales formas sin el celo fanático de Eichmann y sus cómplices–. Eichmann solicitó piedad al presidente de Israel, quien también recibió cartas en el mismo sentido de varias personalidades, incluido Martin Buber, pero rechazó la solicitud el 31 de mayo y pocas horas después Eichmann murió en la horca.

Académicos prominentes como Hannah Arendt objetaron que Eichmann fuera enjuiciado bajo leyes retroactivas y frente al tribunal de los vencedores. Arendt, de todas formas creía que la corte israelí podría responder de la siguiente manera: primero, que los juicios de Nuremberg constituían un precedente y que las leyes de 1950 de nazis y de colaboradores de los nazis estaban ellas mismas basadas en ese precedente; y segundo, que esta peculiar legislación es totalmente diferente de la de los delitos ordinarios dado que trata de crímenes de una naturaleza completamente distinta. Arendt aparentemente acepta estos argumentos y agrega que el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* se viola sólo formalmente y no sustancialmente dado que se aplica significativamente sólo a acciones conocidas por el legislador y no a delitos desconocidos hasta ese momento, como el genocidio. De acuerdo con ella la cuestión en estos casos no es si la legislación es retroactiva, sino si es adecuada.

Arendt también cuestiona la competencia de la corte israelí, y especialmente la forma en que Eichmann fue puesto bajo su jurisdicción. Argumenta que, con respecto al tema de la competencia, este juicio fue análogo a los juicios realizados en países como Polonia o Hungría y que es correcto que una vez que los judíos constituyeron su país actuaron como aquellos otros países cuyos ciudadanos fueron afectados por la delincuencia nazi, principalmente cuando uno abandona una idea formalista de jurisdicción territorial. Arendt está más preocupada por el hecho de que Eichmann fuera secuestrado para ser llevado ante el tribunal, lo que constituye para ella un precedente preocupante; aunque por otro lado hace notar que existieron circunstancias que deben ser tenidas en cuenta. Por ejemplo, la reticencia de la Argentina en ese momento para extraditar criminales nazis y el hecho de que la única alternativa viable

—matarlo donde se lo hallara, como se hizo con Schwartzbard, un responsable de los pogromos de Ucrania, en París en 1927—, hubiera hecho surgir otros problemas.

Finalmente, Arendt presenta un argumento más sutil. Afirma que Eichmann debería haber sido acusado por crímenes contra la humanidad, y no por crímenes contra el pueblo judío. Arendt piensa que la exterminación de judíos fue un atentado contra la humanidad y, como tal, no hay castigo interno (como opuesto al internacional) con poder de prevención suficiente. Por lo tanto ella afirma que el derecho internacional hubiera sido una alternativa superior para contrarrestar estos delitos (Arendt, 1963: 232-234).

La Segunda Guerra Mundial presentó violaciones de derechos humanos a la civilización moderna que anteriormente hubieran resultado inimaginables. Sin embargo, como lo ilustrará la sección siguiente, Europa será el escenario de una nueva oleada de violaciones de derechos humanos. Con la transición a la democracia de Europa del Sur en los años setenta, los nuevos gobiernos debieron enfrentar la cuestión de la justicia retroactiva.

EUROPA LUEGO DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

EUROPA DEL SUR: LAS TRANSICIONES DEMOCRÁTICAS DE LOS SETENTA

A medida que España, Portugal y Grecia realizaban sus transiciones democráticas durante los años setenta, cada país debió enfrentar la cuestión de la justicia retroactiva por violaciones de derechos humanos. Las diferencias entre las experiencias de Europa del Sur y la Alemania nazi ayudan a explicar las diversas actitudes hacia los abusos a los derechos humanos cometidos por los regímenes anteriores. Primero, aunque los tres países del sur de Europa sufrieron dictaduras bastante intensas —en el caso de España y Portugal con tonos más bien totalitarios, mientras que en el caso de Grecia la variedad fue más cercana al estilo autoritario— todas empalidecen en el contraste con la represión ejercida por la Alemania nazi. Segundo, en el caso de España y Portugal sus peores manifestaciones habían ocurrido en un tiempo significativamente anterior al colapso de las dictaduras. Tercero, las persecuciones en Europa del Sur se dirigieron en su mayoría contra oponentes políticos, y en algunos casos terroristas, ocasionalmente contra autonomistas regionales, pero

no abiertamente contra grupos raciales o religiosos. Finalmente, en los tres países, el deseo de poner en práctica la justicia retroactiva, en lugar de ser impuesto por potencias de ocupación extranjeras, debía venir de adentro.¹¹

A pesar de estas similitudes de contraste con la Alemania nazi, las diversas experiencias de estos países brindan un sabor único a las diferentes transiciones e intentos subsiguientes de reconciliar el futuro con las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado.

España

Cuando Franco tomó el poder en España en 1939, impuso un duro régimen totalitario, fundado en el principio de la Falange y centrado en el mando personal del caudillo. Los partidos políticos y los sindicatos fueron disueltos, sus propiedades confiscadas y sus líderes ejecutados o enviados al exilio. Un amplio aparato represivo fue montado incluídas importantes sanciones para los que disientían, aplicadas por el Tribunal de Responsabilidades Políticas y luego por el Tribunal del Orden Público, purgas en la administración y en el sistema educativo, la censura en los medios de comunicación. Más de 200 000 españoles murieron en las cárceles entre 1939 y 1942.

Mientras que la represión fue disminuyendo con el tiempo debido a la presión extranjera, hubo un resurgimiento de la actividad represiva a finales de los sesenta y comienzo de los setenta como respuesta a mayores acciones de grupos de oposición, algunos de los cuales, principalmente los grupos separatistas, echaron mano a actividades violentas.¹² Por ejemplo, las sentencias de muerte firmadas luego de los juicios de Burgos de 1970 contra 98 terroristas vascos por supuestos crímenes de conspiración y propaganda ilegal provocaron una amplia reacción internacional de condena (Santamarina, 1982: 387). En 1974 dos supuestos terroristas vascos fueron ejecutados en el garrote vil y aun el obispo de Bilbao fue arrestado por defender el uso de la lengua vasca.

11 Los procesos de democratización en Portugal y Grecia encontraron su energía en las derrotas de las guerras de Angola y Chipre, respectivamente. Sin embargo, a diferencia del caso de Alemania durante la Segunda Guerra Mundial, las guerras fueron peleadas sobre suelo extranjero y, consecuentemente, no existieron fuerzas extranjeras invasoras reclamando la democratización.

12 Los separatistas regionales, por ejemplo, asesinaron al almirante Carrero Blanco, el más cercano de los colaboradores de Franco en 1973.

Al mismo tiempo, sin embargo, el partido de Arias Navarro comenzaba a negociar la apertura política. La muerte de Franco en 1975 aceleró esta apertura, la que tuvo lugar bajo el gobierno del primer ministro Adolfo Suárez. Suárez prometió no llevar adelante ninguna purga o rendición de cuentas con funcionarios franquistas acusados de corrupción y personal policial y militar envuelto en la represión para aplacar a quienes favorecían la continuidad del régimen (Colomer, 1990: 63). Por su parte, la oposición presionó para una amplia amnistía de los militantes que se encontraban bajo acusaciones de actos de disenso político o terrorismo durante el régimen. Como respuesta, el gobierno de Suárez sancionó una amnistía general para los delitos políticos en octubre de 1977. Esta amnistía cubría tanto los delitos por los que eran acusados miembros de la oposición y violaciones de derechos humanos cometidos por funcionarios públicos.

Este proceso de democratización gradual culminó con la sanción de la Constitución de 1978, estuvo dominado por la continuidad jurídica con el régimen anterior y devino en la paradigmática actitud de “lo pasado, pisado”. Este proceso se vio facilitado por el hecho de que los más atroces abusos a los derechos humanos cometidos por el régimen ocurrieron varias décadas atrás y que existía un temor general de volver a agitar los fantasmas de la guerra civil. Finalmente este temor, así como la dinámica peculiar que adquirió la confrontación entre continuistas, reformistas y rupturistas –de tal forma que los tres tenían cosas que ofrecer y que recibir de los otros– fueron tal vez los factores más activos en determinar la increíble suavidad del proceso de transición español.

Portugal

El proceso de democratización en Portugal supone relevantes diferencias respecto del caso español. La dictadura había comenzado en 1926 luego de un golpe de Estado contra una república en caos. A comienzos de los años treinta el régimen fue liderado por un profesor de economía, Oliveira Salazar, quien impuso al país un Estado corporativo. En un principio el régimen se había opuesto tanto a la democracia liberal como al comunismo, pero la Segunda Guerra Mundial y el comienzo de la Guerra Fría silenciaron esta oposición estatal a la democracia. La represión de opositores fue similar a la llevada a cabo en España, e incluyó tribunales y policía especiales para tratar delitos políticos, mayores sanciones, censura, prohibición de los partidos políticos y de los sindicatos, así como exigencias de lealtad política en el sistema educativo y en la administración pública.

Pero la caída del régimen fue bastante diferente del caso español. Salazar se enfermó gravemente en 1968 y fue reemplazado por otro profesor universitario, el jurista e historiador Marcelo Gaetano. Gaetano fue suavizando algunos aspectos represivos del régimen, pero la severa crisis económica y los problemas de las guerras en las colonias africanas provocaron un golpe de Estado en abril de 1974. Este golpe fue liderado por un pequeño grupo de militares de mediano rango, que se habían radicalizado durante la guerra en Angola y Mozambique. Inmediatamente luego del golpe surgió una situación muy inestable provocada en cierta medida por conflictos intramilitares –bastante sangrientos– entre radicales, derechistas y moderados que se agregaron a los surgidos de movimientos sociales de ocupación de tierras y saqueos y las subsiguientes reacciones contra ellos. La situación fue finalmente estabilizada por la toma del poder en noviembre de 1975 del moderado general Eanes. Una Asamblea Constituyente sancionó una Constitución que fue el resultado del compromiso entre demócratas liberales y diferentes variedades de socialistas. En 1976 se realizaron elecciones presidenciales y parlamentarias, y Eanes devino presidente constitucional, y Mario Soares, un socialista moderado, cabeza de gobierno.

Durante los primeros dos años de la transición se implementaron extensas purgas, expulsiones y encarcelamientos de individuos conectados con el viejo régimen, pero estos intentos de justicia retroactiva finalizaron con la tregua entre diferentes grupos políticos realizada bajo la Constitución de 1976. El carácter espontáneo del proceso de democratización portugués, y el hecho de que la peor represión de la dictadura formaba parte de un pasado ya distante se combinaron para desviar la atención de la investigación sistemática y el juicio a los abusos contra los derechos humanos.

Grecia

A pesar de que la transición griega de la dictadura militar a la democracia tiene algunas similitudes con otros casos de Europa del Sur, se acerca bastante al modelo de América Latina que será discutido al final de este capítulo y en el próximo. Desde el punto de vista de la justicia retroactiva sobre los hechos de la dictadura anterior, se considera generalmente a la transición griega como un éxito asombroso.

El golpe de Estado de 1967 estableció el régimen de los coroneles, que fue encabezado en primer término por George Papadopoulos hasta 1973 y, más tarde, por Demetrios Ioannides hasta la caída del régimen el 23 de julio de 1974. El régimen se presentaba a sí mismo desde el prin-

cipio como temporal y como restaurador de la democracia parlamentaria, pero reprimió duramente a sus oponentes políticos, principalmente izquierdistas, aun hasta el punto de torturas sistemáticas y represiones sangrientas como la masacre de estudiantes en la Universidad Politécnica de Atenas en 1973.

A pesar de que la masacre precipitó un período de liberalización, el punto de inflexión fue el desastroso resultado para Grecia de la guerra entre Turquía y Chipre. La guerra alcanzó un punto en el cual Grecia debía elegir entre una retirada humillante de Chipre o una guerra a escala masiva contra Turquía. Cuando Ioannides eligió la segunda opción, los oficiales militares de más alto rango —quienes habían acordado en establecer el régimen de los coroneles— presionaron a Ioannides para que traspasara el poder a los civiles. Mientras el ejército turco estaba arrinconando a los griegos en Chipre, el presidente de la república Phaedon Ghizikis llamó a una reunión con los líderes civiles el 23 de julio. Los políticos decidieron que el mejor hombre para encabezar un gobierno provisional era Constantino Karamanlis, un ex primer ministro conservador que se hallaba exiliado en París. Karamanlis fue convocado de urgencia haciéndose cargo de inmediato del puesto de primer ministro y formando un gobierno de moderados y conservadores. De forma inmediata tomó medidas de liberalización política y amnistió los crímenes políticos excepto aquellos conectados con la dictadura. Un alto el fuego fue acordado con los turcos y se desplazó a 180 000 griegos chipriotas. La Constitución de 1952 fue restablecida en forma temporal.

A Karamanlis le fue impuesta la difícil tarea de controlar el poder militar. Por ejemplo, el 11 de agosto de 1974, cuando ordenó al jefe del Ejército movilizar los tanques fuera de Atenas para asistir al frente de guerra, sus órdenes fueron resistidas hasta que amenazó con movilizar a la población (Psomiades, 1982: 257). Karamanlis tomó ventaja de su victoria temporal para llevar adelante algunas purgas en las Fuerzas Armadas. A pesar de esto el pueblo griego sentía que su gobierno era demasiado lento para implementar medidas contra quienes estuvieran vinculados con la dictadura. Un gran número de ciudadanos tomó la iniciativa y actuó contra los líderes militares imputados de alta traición y tortura sistemática. Como resultado de estas presiones, Karamanlis promulgó una ley en la que aclaraba que los delitos cometidos por la dictadura no estaban cubiertos por la amnistía y que sus responsables serían enjuiciados por cortes de apelación formadas por cinco jueces bajo las reglas tradicionales del debido proceso. Se iniciaron entonces procedimientos penales por la masacre de los estudiantes del Politécnico contra Papadopoulos,

Ioannides, Roufogalis y otros 29 funcionarios. Las Fuerzas Armadas comenzaron a complotar, pero el gobierno respondió con el arresto a varios oficiales militares, acusándolos por alta traición.

En 1975 el Parlamento declaró que el golpe no había sido una revolución creadora de un nuevo sistema jurídico y que los delitos subsecuentes de la dictadura no estaban sujetos a ningún tipo de prescripción. El gobierno acusó a Papadopoulos, Ioannides, a líderes militares, a altos funcionarios políticos de la dictadura y a 50 oficiales de la policía y del Ejército de torturar prisioneros políticos, de organizar el golpe de Estado, de las matanzas en el incidente del Politécnico y de torturas sistemáticas. Hubo varios intentos vanos de golpes militares durante el proceso, pero Karamanlis respondió con grandes purgas en el Ejército y en las fuerzas de seguridad, logradas gracias al apoyo de sectores aliados dentro de las Fuerzas Armadas (Psomiades, 1982: 263). Los juicios por los crímenes de la dictadura comenzaron en julio de 1975 y recibieron una amplia cobertura radial, televisiva y de prensa.¹³ En el juicio contra los líderes del golpe de 1967, los 18 acusados fueron hallados culpables. Tres de ellos, Papadopoulos, Makaresos y Pattakos, fueron sentenciados a muerte por motín y a reclusión perpetua por alta traición. Otras cinco personas, incluidos Ioannides y el ex jefe del servicio central de inteligencia, fueron sentenciadas a diez años por motín y a reclusión perpetua por alta traición. El resto recibió sentencias menores. El gobierno decidió conmutar las sentencias de muerte por condenas a reclusión perpetua para evitar hacer mártires de los convictos. A pesar de lo relatado, la oposición acusó al gobierno de ceder ante las presiones del Ejército.

Entre agosto y septiembre de 1975, comenzó el juicio por torturas contra 32 ex miembros de la policía militar. El juicio fue promovido por las víctimas de las torturas, sin la participación del Ministerio Público. Este juicio demostró la forma sistemática en la cual la tortura fue planeada por la Junta Militar para retener su control del país. Tres ex comandantes del centro de detención principal fueron sentenciados a extensos términos de reclusión, y otros ocho oficiales recibieron términos menores; tres oficiales fueron hallados inocentes. De la gente que se encontraba en las listas para ser enjuiciada, cinco fueron hallados culpables y recibieron sentencias de hasta seis años, y doce fueron declarados inocentes. Todos los que se hallaban en las listas, algunos de los cuales fueron sentenciar-

13 Sigo aquí la descripción que de estos juicios realiza Psomiades (1982: 264-265).

dos por abuso de autoridad y violación del deber, negaron los cargos y alegaron haber obedecido órdenes (Psomiades, 1982: 265). Siguieron a estos numerosos juicios por torturas en toda Grecia a lo largo del año 1976. Amnesty International estima que el número de estos juicios oscila entre 100 y 400.

Además de los juicios por torturas hubo otro juicio que llamó mucho la atención: el de la masacre del Politécnico de Atenas. Ioannides recibió otra sentencia de por vida, Papadopoulos, otros veinticinco años, y algunos otros acusados recibieron sentencias menores. Los individuos que fueron hallados culpables de haber colaborado con el gobierno de la Junta no fueron finalmente enjuiciados por complicidad, pero algunos de ellos fueron enjuiciados por corrupción.

A pesar de todos estos juicios, el gobierno fue criticado porque se creía que los castigos resultaban inadecuados, que no se acusó a aquellos contra quienes había suficiente evidencia y por permitir a otros evadir las acusaciones brindando evidencia al Estado (Psomiades, 1982: 265). No hubo ninguna compensación para las víctimas de la tortura, pero la gente que perdió sus trabajos fue reinstalada en ellos. Hubo también objeciones por el hecho de que el gobierno no tomó un rol más activo en promover varias de las investigaciones. Pero los estudiosos piensan que estas críticas no van en contra del hecho de que Karamanlis transitó un largo camino que culminó en el castigo de los peores criminales de la dictadura y en purgar la administración —principalmente el Ejército y las fuerzas de seguridad— de sus cómplices.

EUROPA DEL ESTE: LAS TRANSICIONES EUROPEAS

DE FINALES DE LOS OCHENTA Y COMIENZOS DE LOS NOVENTA

Queda aún abierta la pregunta: ¿por qué una ideología como el marxismo que, a diferencia del nazismo, estaba abiertamente enraizada en los ideales humanitarios de igualdad y liberación ha llevado sistemáticamente a violaciones masivas de los derechos humanos y a la imposición de Estados totalitarios, comparables al de la Alemania nazi? El marxismo afirma que la capacidad de daño de una ideología no está dada sólo por la finalidad que busca lograr sino también por la estrategia que ensaya para lograrla. El elitismo epistemológico que supone la noción leninista de “la vanguardia del proletariado” se materializó en un partido que despreció los límites liberaldemocráticos en el ejercicio del poder y llevó a la implantación de regímenes que requirieron de parte de sociedades enteras el más alto grado de conformidad a los dictados de un puñado de líderes “iluminados”

y la supresión brutal de todo disenso. Así, en la ex Unión Soviética, China o Cuba y en Europa del Este millones de personas sufrieron numerosas décadas de opresión y persecución sistemáticas. Una vez que el imperio soviético se desmoronó en 1989, varios países del Este de Europa liberalizaron sus sistemas políticos. Sin embargo, el comunismo es aún la excusa para la opresión de Estado en otras partes del mundo.

Las violaciones de derechos humanos en los regímenes comunistas alcanzaron proporciones masivas. Por ejemplo, durante la era stalinista de la Unión Soviética entre 17 y 20 millones de personas fueron asesinadas por razones políticas, mientras muchas otras fueron objeto de las más crueles condiciones de encarcelamiento, deportación y detención. De acuerdo con Richard Pipes, el modelo de violación de derechos humanos del régimen soviético se basó en una política explícita de ilegalidad institucionalizada y hacía de la eficiencia sumaria el principal valor político (véase Pipes, 1986). Mientras estas violaciones masivas de derechos humanos disminuyeron con el fin del período stalinista, se sucedieron varias oleadas represivas a lo largo de la historia soviética. La represión política y las violaciones de derechos humanos fueron también características en muchos países de Europa del Este, especialmente en aquellos en los que los regímenes comunistas fueron establecidos al finalizar la Segunda Guerra Mundial.¹⁴

Cuando los regímenes comunistas se derrumbaron uno tras otro entre 1989 y 1991, una de las primeras cuestiones que debían enfrentarse era el trágico legado que suponían las violaciones de derechos humanos. Surgió entonces una viva controversia que se expandió gracias a la libertad adquirida. Una de las figuras intelectuales más respetadas de la región, el dramaturgo y actual presidente checo Václav Havel, abogó por la necesidad de olvido y tolerancia. Otra figura, Adam Michnick de Polonia, editor de *Gazeta Wyborcza* y miembro del Parlamento previno contra los peligros de una desigual justicia retroactiva. A pesar de que una completa impunidad parezca equivocada, restringir el castigo a un grupo de chivos expiatorios significaba aceptar una visión bolchevique. Dado que grandes segmentos de la población se habían involucrado en actividades que condujeron a violaciones a los derechos humanos —generalmente como informantes— surgía un obstáculo para hacer justicia sin

14 La represión del levantamiento popular de Berlín de 1953, la invasión soviética a Hungría de 1956, la invasión a Checoslovaquia de 1968 luego de la Primavera de Praga, y la ley marcial en Polonia ordenada por Jaruselski en 1981 son los ejemplos más obvios de momentos particularmente represivos.

incurrir en decisiones arbitrarias. Pero la presión popular por algún tipo de justicia retroactiva ha crecido en virtud de las dificultades económicas, el escepticismo respecto de la democracia, y la comprobación de que los burócratas de los regímenes anteriores están entre los más grandes beneficiarios del nuevo capitalismo.

Las medidas tomadas para enfrentar las pasadas violaciones de derechos humanos trazaron un arco que va desde la violencia de tipo revolucionario, como en el caso de Rumania, hasta la restitución de los bienes nacionalizados por el régimen comunista, como en Hungría. En Rumania, por ejemplo, la justicia retroactiva se alcanzó, aparentemente, a través del juicio sumario e inmediata ejecución de Nicolae y Elena Ceasescu en diciembre de 1989. El gobierno rumano ha encarado unos pocos juicios y purgas de ex funcionarios públicos y agentes de seguridad imputados de haber cometido violaciones de derechos humanos. Muchos sospechan que el apresurado procesamiento y ejecución de Ceasescu fue de hecho un intento de silenciar a aquellos que favorecían la justicia retroactiva. Algo similar ocurrió en Bulgaria. El ex líder Todor Zhivkov fue condenado junto con sus subordinados por cargos de enriquecimiento ilícito y administración fraudulenta de fondos públicos y sentenciado a una larga condena de prisión. Sin embargo, el gobierno búlgaro no ha perseguido seriamente a otros ex funcionarios comunistas por abusos de los derechos humanos. Bulgaria y Rumania parecen alcanzar la justicia retroactiva concentrando la culpabilidad en un autor prominente, e ignorar la maquinaria completa que ha hecho posible los abusos mencionados.

En los países en los que existía una mayor voluntad de castigar a miembros prominentes del sistema represivo, los problemas en la recolección de pruebas obstaculizaron los esfuerzos para alcanzar la justicia retroactiva. En noviembre de 1989 un proceso que no necesitó del uso de la violencia, la revolución de terciopelo (*velvet revolution*), derrocó al régimen comunista checoslovaco. Se instituyó un régimen jurídico para la restitución de la propiedad que había sido confiscada como castigo por crímenes políticos. Pero la purificación (*lustration*), el proceso a través del cual se investigaba a los funcionarios públicos para determinar si eran colaboradores o informantes, dominaba el discurso político.¹⁵ Con ese propósito se otorgó un acceso limitado a los archivos secretos de la

15 La palabra tiene su origen en el término latino *lustratio*, que significa purificación o sacrificio.

Policía de Seguridad del Estado (StB). El ministro del Interior retuvo los expedientes por un año y se negó a permitir su examen, pero fue destituido, y una comisión de expertos legales nombrada por el Parlamento sorprendió al país al recomendar que todos los funcionarios públicos de alto rango, incluso los miembros del Parlamento, fueran "lustrados". El Parlamento, actuando bajo la recomendación de la comisión, solicitó la renuncia callada de diez de sus miembros luego de descubrir que se hallaban en las listas de informantes. Pero otros diez miembros se negaron a renunciar alegando que los expedientes eran falsos.

La demanda popular por la purificación creció y, más allá de los recelos del presidente Havel, la Ley de Purificación 451 fue promulgada en 1991. Esta ley exige el apartamiento de los funcionarios comunistas, militares y de las fuerzas de seguridad que sirvieron a un nivel que se tomó como mínimo, así como el de los colaboradores. La ley creó dos categorías de colaboradores con la ex policía secreta: colaboradores secretos y colaboradores conscientes. El proceso está basado en la presunción de que los materiales de la StB son fidedignos, y sus contenidos pueden ser publicados sólo por decisión del ministro del Interior o por la persona implicada.

A pesar del acuerdo sobre lo dañino de las actividades de los colaboradores e informantes durante el régimen comunista, existen muchas dudas acerca de la justicia del proceso de purificación, dada la poca confianza que merecen los archivos de la StB. Estas críticas afirman que los expedientes incluyen nombres de personas presionadas o chantajeadas para unirse a la red de informantes y que no incluyen los nombres de los más altos agentes checoslovacos y soviéticos.¹⁶

La ex República Democrática de Alemania debió enfrentar problemas similares para realizar purgas en sectores del aparato público como la educación. La reunificación alemana de octubre de 1990 complicó las cuestiones jurídicas que supone la justicia retroactiva. A pesar de que

16 Vojtech Cepl, un importante profesor checo de derecho y una de las fuerzas fundamentales detrás de la Constitución checa, ha tratado el problema de la lustración. Véase, por ejemplo, D. Franlin, "Bounced Czechs: Communism's Latest Victims: 'Purging' of Secret Police Collaborators In Czechoslovakia", *The New Republic*, 10 de junio de 1991, p. 13. De hecho, los procesos de lustración han provocado varios escándalos. Por ejemplo, Jan Kavan, uno de los líderes prominentes del movimiento disidente desde la Primavera de Praga de 1968, fue acusado de ser un informante debido a datos hallados en uno de los archivos de la StB. Véase L. Weschler, "The Velvet Purge: The trials of Jan Kavan", *The New Yorker*, 19 de octubre de 1992, p. 66.

la unificación en general extendió las leyes de Alemania occidental a la oriental, los crímenes cometidos en esta última previos a la unificación se manejaron de la siguiente manera: primero, el imputado era juzgado bajo las leyes que se hallaban en vigencia cuando el delito fue cometido. Luego, el imputado era juzgado bajo la ley vigente en la República Federal al momento del hecho. Los diferentes resultados se comparaban y se aplicaba la sanción más leve. De todas formas, este régimen legal suponía varias dificultades. Dado que los líderes y miembros de la policía secreta (Stasi) de la Alemania oriental realizaron acciones que no eran delitos al momento de su comisión, lograron evadir la persecución penal. Así, líderes notorios fueron acusados por delitos relativamente “menores”. Por ejemplo, el cerebro de la policía secreta, Erich Mielke, fue acusado por el asesinato de dos policías en 1931. Erich Hoeneker, junto con varios guardias subordinados, fue acusado del asesinato de quienes intentaban dejar el país. La Corte Suprema Federal rechazó la defensa basada en haber recibido órdenes superiores, con la teoría de que esas órdenes no proveían una defensa eficaz para la conducta cuando las órdenes mismas suponían violaciones de derechos humanos fundamentales, y declaró culpables a todos los imputados, pero las sanciones que aplicó fueron relativamente suaves.

Para complementar el sistema penal, el gobierno estableció una comisión legislativa liderada por el respetado activista de derechos humanos Rainer Eppelman para realizar una exhaustiva investigación de las violaciones a los derechos humanos perpetradas por el régimen comunista. Una ley de enero de 1992 se avocó a las cuestiones relativas a los archivos de la Stasi, y creó una repartición encargada de hacer accesibles los archivos para propósitos históricos, legales y políticos.

Los intentos checo y alemán de alcanzar la justicia retroactiva a través de extensas purgas se ha visto frustrado por la escasa confianza de las pruebas encontradas en los archivos de la seguridad estatal. Así también en Polonia el proceso de purificación es todavía materia de debate, dado que los archivos del Departamento de Asuntos Internos, que incluyen los nombres de colaboradores e informantes, son considerados con extrema desconfianza.¹⁷

17 Véase, por ejemplo, “‘Lustration’ Loses in Poland”, *The New York Times*, 7 de junio de 1992, p. 18 (editorial), para encontrar un relato de los esfuerzos del presidente polaco Lech Walesa para evitar que el Parlamento polaco publique listas de políticos, jueces y funcionarios civiles que habían sido informantes de la policía durante el régimen comunista.

En Hungría, uno de los más acalorados debates se centró en la relación entre el sistema de prescripción de las acciones legales y los abusos a los derechos humanos del régimen comunista. Algunos estudiosos argumentaban que existía una continuidad entre el sistema legal vigente al momento de la comisión de los actos y el actual. Enfatizaban que los actos eran legales cuando fueron cometidos, que el Código Penal prohibía el cambio retroactivo de las reglas por las que los actos eran juzgados, incluyendo modificaciones en el sistema de prescripción, y que por lo tanto los imputados no debían ser perseguidos penalmente. Otros afirmaban que, mientras la Constitución prohibía la alteración retroactiva de la definición de los delitos y de las penas que les siguen, no prohibía la alteración de las “condiciones de juzgamiento”. Por lo tanto, las modificaciones en el sistema de prescripciones del Código no violaban explícitamente la Constitución, a pesar de que podrían contradecir su espíritu. Aun otro estudioso, Csaba Varga, un consejero del primer ministro, argumentaba que la ley no debía considerarse desde un positivismo legislativo, sino como reflejo de las demandas de la justicia y la necesidad de preservar la integridad nacional en condiciones extraordinarias; como tal, el sistema de prescripciones debería relajarse para facilitar la persecución de las violaciones de derechos humanos.

El Parlamento sancionó la Ley Zétény-Takács el 4 de noviembre de 1991, que dispone que la prescripción de los crímenes de traición, asesinato con premeditación y lesiones seguidas de muerte cometidos entre el 21 de diciembre de 1944 y el 2 de mayo de 1990 no comienza a correr sino desde el 2 de mayo de 1990. La ley también disponía que el castigo por estos crímenes podía ser impuesto sin tener en cuenta límite alguno respecto del tiempo de la condena. Los legisladores argumentaron que el sistema de prescripciones supone la demanda estatal de castigo; cuando no hay tal demanda de castigo, dado que los delitos mismos eran el instrumento con el que se consolidaba el tiránico control del gobierno, el sistema de prescripciones se transforma en un instrumento por el cual los responsables evaden la justicia.

La ley provocó una considerable controversia, y el presidente Árpád Göncz se rehusó a renunciar, enviando, en cambio, la ley a la Corte Constitucional. La corte declaró la ley inconstitucional, afirmando que no estaba dispuesta a sacrificar el Estado de Derecho para hacer justicia política. A pesar de que la corte no creía que el sistema de prescripción debía funcionar para el asesinato y la traición, fue reticente en permitir que las “razons políticas” fueran el argumento para no perseguir los delitos. La corte creía que las “razones políticas” resultaban demasiado vagas y que

la imprecisión de la definición del delito de traición podría llevar a algún tipo de manipulación política.

En Rusia, la inestabilidad política agravó los intentos de justicia retroactiva. Por ejemplo, el desmantelamiento del poder de la KGB, el Comité para la Seguridad del Estado, resultó bastante dificultoso. A pesar de su veloz reorganización luego del golpe de agosto de 1991 (Yasmann, 1993: 17), muchos creen que la KGB aún retiene una cuota significativa de poder y ha sido meramente transformada en un instrumento que el presidente Yeltsin podría utilizar en el futuro con fines autoritarios (Yasmann, 1993: 17-20). Los archivos de la KGB, que contienen pruebas de actos delictivos, no han sido estudiados en profundidad, dado que sólo dos comités parlamentarios tienen acceso a ellos, y aun este acceso es limitado (véase Albon, 1992).

El juicio al Partido Comunista es significativo en términos de justicia retroactiva. A comienzos de 1992, treinta y siete diputados comunistas solicitaron a la Corte Constitucional que declarase inconstitucional el decreto del presidente Yeltsin del 9 de noviembre de 1991 en el que se prohibía el Partido Comunista. Cincuenta y dos seguidores del presidente contestaron la demanda, afirmando que el Partido Comunista era una organización delictiva inconstitucional, que no era en realidad un partido, sino un instrumento para el ejercicio ilimitado del poder estatal. El 26 de mayo de 1992 el presidente de la Corte Suprema, Valery Zorkin, decidió tratar las dos demandas simultáneamente.

Los seguidores del Partido Comunista, como Victor Zorkaltsev, un diputado del Parlamento ruso, argumentaron que el Partido Comunista había consolidado a la sociedad y luchado contra el fascismo; el partido fue declarado ilegal por el mero hecho de haber tenido la mala suerte de perder poder luego del golpe. Los demócratas, por otro lado, habían destruido la economía nacional y puesto en peligro a la unión. Otro representante del partido, Dmitri Stepanov, argumentó que el Partido Comunista jamás fue tan brutal como los Estados Unidos en Vietnam. El abogado principal de Yeltsin, Sergei Shakrai, realizó un relato histórico argumentando que el Partido Comunista nunca fue, tanto *de jure* o *de facto*, un verdadero partido, sino meramente una organización para monopolizar el poder estatal.

Cada parte presentó testigos. Quienes se oponían al Partido Comunista presentaron víctimas de la represión, como Lev Razgon, un escritor que pasó más de diez años en un campo de trabajo de Stalin; Vladimir Bukovsky, quien, luego de un tiempo en los campos de trabajo en la era Brezhnev, fue intercambiado con Occidente por la cabeza del Partido

Comunista chileno; y Gleb Yakunin, un disidente sacerdote ortodoxo quien fue encarcelado por practicar su fe. Los defensores del Partido Comunista presentaron testigos como Yegor Ligachev, el segundo en la dirección del Partido Comunista; Valentin Falin, el líder de la división internacional del partido; y Nikolai Ryzhkov, primer ministro durante cinco años bajo la presidencia de Gorbachov.

A pesar de que al principio el juicio atraía el interés público, y hasta llegó a causar manifestaciones multitudinarias, finalizó en medio de una gran indiferencia.¹⁸ La corte redactó una sentencia salomónica el 30 de noviembre de 1992, manteniendo la decisión de Yeltsin de declarar ilegal el aparato de liderazgo del Partido Comunista y de confiscar sus propiedades, pero declaró inconstitucional la prohibición de Yeltsin sobre las manifestaciones de células de base del Partido Comunista.

La situación de Yugoslavia está en su momento de mayor fluidez. Con la caída del régimen comunista, la unión de las provincias étnicas, consolidada luego de la Segunda Guerra Mundial bajo el fuerte liderazgo del mariscal Tito, comenzó su colapso. El 25 de junio de 1991, Croacia y Eslovenia proclamaron la independencia; dos días más tarde el Ejército Federal intervenía en Eslovenia. El 3 de julio de 1991, las milicias serbias y croatas comenzaron los enfrentamientos. Cuando las provincias de Bosnia y Herzegovina, extensamente pobladas por musulmanes, declararon la independencia, dejando sólo Serbia, Montenegro, Vojvodina y Kosovo como parte de la ex Yugoslavia, comenzó la guerra entre los serbios y los musulmanes bosnios.

En Bosnia-Herzegovina, los serbios, los croatas y los musulmanes vivían juntos en pueblos y pequeñas ciudades, provocando hostilidades focalizadas a medida que cada etnia temía la dominación de la otra. Los serbios avanzaron sobre Bosnia, conquistando la mayor parte de la provincia y desplazando a gran parte de su población. En agosto de 1992 las Naciones Unidas, que ya habían enviado fuerza de paz a la región, organizaron una Conferencia Internacional sobre la ex Yugoslavia presidida por el enviado de las Naciones Unidas, Cyrus Vance, y el representante de la Comunidad Europea, David Owen. Los participantes bosnios eran Mate Boban por los bosnios croatas, Radovan Karadzic por los serbio-bosnios y Alija Izegovich por los bosnios musulmanes. La Conferencia diseñó un plan de paz para la región, dividiendo a Bosnia en diez pro-

18 Véase el vívido relato del juicio por parte de David Remnick, "The trial of the Old Regime", *The New Yorker*, 30 de noviembre de 1992, p. 114.

vincias, un compromiso de paz, y el borrador de una futura Constitución bosnia. Los musulmanes rechazaron el plan dado que convalidaba muchas de las conquistas serbias. A fines de 1995 otra iniciativa de paz, esta vez encabezada por los Estados Unidos, contó con mayor éxito.

Durante la guerra ocurrieron una gran cantidad de abusos a los derechos humanos. Muchos de ellos fueron consecuencia de la política de "limpieza étnica" del presidente serbio Slobodan Milosevic, llevada adelante por el líder de los bosnios serbios contra los musulmanes bosnios. Estas extendidas violaciones de derechos humanos incluyeron asesinatos indiscriminados de civiles desarmados, algunos tan atroces como pasar por encima de niños con camiones, la violación masiva y sistemática de mujeres, torturas y humillaciones, desplazamientos de poblaciones enteras y destrucción de propiedad.

Estas atrocidades provocaron una respuesta internacional. El 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por Resolución 808, estableció un tribunal internacional para el juzgamiento de los autores de las violaciones de derechos humanos en la ex Yugoslavia. Los representantes franceses, italianos y suecos ante el tribunal presentaron reportes sobre los problemas endémicos de este tipo de tribunales: la ley aplicable, la jurisdicción, la definición de los delitos y el procedimiento. De acuerdo con estos reportes, los precedentes de Nuremberg y Tokio, que, según alegaban, permitían superar el problema de la retroactividad de la ley penal, brindaban legitimidad a la creación de una corte internacional. El 25 de mayo de 1993, el Consejo de Seguridad, actuando bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, estableció un tribunal internacional de once miembros para tratar la violación del derecho humanitario internacional en la ex Yugoslavia. De esta manera, la maquinaria de la justicia ha sido puesta en marcha.

VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS FUERA DE EUROPA

LOS ABUSOS EN LOS DERECHOS HUMANOS EN ASIA

Las violaciones de derechos humanos perpetradas por las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos en Vietnam son un paradigma de lo que puede suceder cuando un país poderoso se involucra en una guerra distante. Los abusos imputados al Ejército de los Estados Unidos son similares a aquellos por los que se acusó a Francia por sus acciones en Argelia, o a la Unión Soviética por su conducta en Afganistán. Como un ejemplo de los

límites de la justicia retroactiva en tales circunstancias, concentrémonos brevemente en el caso de los Estados Unidos en Vietnam.

Segun Michael Walzer,

[L]a guerra de Estados Unidos en Vietnam fue... manejada de una forma tan brutal que aun si en el inicio hubiera sido defendible, debería ser condenada, no en este o aquel aspecto, sino en su totalidad (Walzer, 1977: 299).

Aun cuando la afirmación de Walzer haya ganado aceptación no sólo entre los intelectuales y progresistas sino también en gran parte de la población, no hubo ningún intento serio de asignar responsabilidades ante los tribunales. Como ejemplo, me gustaría referirme a la masacre de My Lai, un acto brutal específico cometido durante la guerra de Vietnam y a la investigación y el juicio que le siguieron. Elijo este incidente en particular porque fue la peor atrocidad cometida durante la guerra y la que provocó la mayor condena pública y exigencias de justicia. Pero hubo otras. Joseph Goldstein, Burke Marshall y Jack Schwartz escriben:

Uno no debe aceptar cada denuncia de la literatura antibélica para concluir que los soldados norteamericanos en Vietnam cometieron numerosos crímenes además de My Lai aun a pesar de que no existe evidencia confiable de crímenes de una magnitud comparable (Goldstein, Marshall y Schwartz, 1976: 7).

En marzo de 1968 tropas del Ejército de los Estados Unidos masacraron a un gran número de civiles no combatientes, casi exclusivamente ancianos, mujeres y niños en My Lai. Entre los delitos cometidos se cuentan entre 175 y 400 asesinatos, mutilaciones, violaciones, sodomía, y maltrato y lesiones a prisioneros. Los soldados norteamericanos también destruyeron propiedad, mataron al ganado, destruyeron las cosechas, cerraron los pozos de agua y quemaron las casas.

A pesar de estas atrocidades, la cuestión no se hubiera investigado de no haber sido por la carta que escribió un veterano de guerra en 1969 al secretario de Defensa. El 29 de noviembre de 1969, el secretario del Ejército y el jefe de Gabinete (*chief of staff*) emitieron la orden de investigar la masacre y su ocultamiento. La investigación, conducida por el teniente general William Peers estaba terminada para marzo de 1970, pero permaneció confidencial hasta 1974.

El reporte Peers convalidó la versión sobre las atrocidades descriptas. El coronel Frank Barker, quien luego murió en la guerra, ordenó el ataque al pueblo que se creía que hospedaba al mando del Vietcong. Ordenó que el pueblo fuera incendiado, el ganado y los graneros destruidos, y los no combatientes capturados, a pesar de que no se encontraron pruebas de que ordenara los asesinatos. Con estas instrucciones, el capitán Ernest Medina ordenó la destrucción no sólo de las casas y de la comida sino también de los habitantes, que eran identificados como enemigos. El 16 de marzo de 1968 varios pelotones al mando de los tenientes Thomas Willingham, William Calley, Jeffrey la Cross y Steven Brooks iniciaron el brutal asalto al pueblo. A pesar de que hubo cierta oposición a la operación, resultó obviamente insuficiente para detenerla.¹⁹ El reporte también descubrió un extendido intento de ocultamiento de lo ocurrido en la operación.²⁰

Luego de la aparición del reporte Peers, treinta imputados por los crímenes fueron llevados a juicio ante tribunales militares, pero sólo el teniente Calley resultó condenado (Goldstein, Marshall y Schwartz, 1976: 3). Tres fueron absueltos. Los cargos contra otros doce fueron descartados antes del juicio. El capitán Medina fue absuelto por falta de pruebas. El caso de Calley resultó tortuoso. Un tribunal militar lo sentenció primero a prisión perpetua con trabajos forzados por tres asesinatos con premeditación y lesiones con intención de matar. Un tribunal militar que revisó esta sentencia la redujo a veinte años de prisión. Luego Calley interpuso un hábeas corpus ante la Corte Federal de Distrito, alegando que se le había negado su derecho a un debido proceso. La corte estuvo de acuerdo y afirmó que la publicidad, los dichos de funcionarios públicos y la poca evidencia habían contribuido para hacer del juicio original un juicio sin la imparcialidad debida. La corte afirmó que la condena de Calley era una forma de catarsis para limpiar la conciencia nacional. La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos revocó esta decisión en septiembre de 1975. La Corte de Apelaciones sostuvo que la obediencia de órdenes superiores no constituye una defensa si el soldado siguió a sa-

19 Un soldado se disparó en un pie para evitar participar en las brutalidades, otro se interpuso entre los agresores y las víctimas.

20 El reporte se refería particularmente al coronel Ora Henderson, comandante de la brigada responsable, a quien sus superiores le encargaron investigar los abusos pero no realizó la búsqueda apropiada. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1980), *Reporte sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina*, OEA/ser. L/V/II.49, doc, 19 corr. 1.

biendas una orden ilegal, o una orden que un hombre con entendimiento y sentido común hubiera entendido como ilícita aun cuando el autor no lo hubiera entendido así (Goldstein, Marshall y Schwartz, 1976: 4).

Los gobiernos asiáticos también perpetraron violaciones a los derechos humanos contra sus propios pueblos. Un caso impresionante es el de Camboya. Cuando las guerrillas del Khmer Rojo entraron en Phnom Penh en abril de 1975 terminando con cinco años de guerra civil, ordenaron la evacuación de las ciudades pobladas de quienes ellos veían como enemigos y explotadores de clase.²¹ Durante este período el gobierno del Khmer Rojo denegó los más básicos derechos humanos al pueblo de Camboya; limitó la libertad religiosa, de expresión y de movimiento, todos los matrimonios requerían la aprobación de las autoridades. El Khmer Rojo asesinaba sistemáticamente a todos los que habían servido al gobierno anterior, o eran personas educadas o resultaban algo “sospechosas”. Entre 105 000 a 300 000 camboyanos fueron ejecutados sumariamente, y el servicio de inteligencia torturó al menos a otros 20 000. El punto culminante de esta escalada de terror tuvo lugar en 1978 en la frontera con Vietnam. En este suceso, que fue llamado la “zona de masacre oriental”, el Khmer Rojo mató a más de 100 000 personas, equivalente a una séptima parte de la población, incluidos los propios cuarteles del Khmer Rojo. Las atrocidades finalizaron en 1979 cuando Camboya fue invadida por Vietnam.

Estos abusos a los derechos humanos recibieron muy poca atención de parte de la comunidad internacional. El gobierno del presidente Ford en los Estados Unidos expresó preocupación por algunos asesinatos en 1975. Dos libros muy influyentes,²² publicados en 1977, provocaron audiencias públicas en el Congreso de los Estados Unidos y una presentación francesa ante las Naciones Unidas. En 1978, la administración Carter condenó al régimen del Khmer Rojo y solicitó una investigación por parte de una Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. El mismo año, Amnistía Internacional, el Reino Unido, Noruega y Canadá publicaron informes en los que se documentaban las violaciones de derechos humanos. Pero estos esfuerzos se disiparon cuando Camboya fue invadida por Vietnam. El gobierno de este país fue provocado en pri-

21 Sigo aquí la descripción de Cozine (1993). Entre muchas fuentes, el autor consultó Becker (1986) y Chandler (1991).

22 J. Barron y A. Paul, *Murder of a Gentle Land: The Untold Story of a Communist Genocide in Cambodia* (1977), y F. Ponchaud, *Cambodia: Year Zero* (1978, cit. por Cozine, 1993: 11, n. 31-32.)

mera instancia por ataques del Khmer Rojo a poblados vietnamitas, pero además utilizó las violaciones de derechos humanos para justificar la invasión. Las potencias occidentales silenciaron su preocupación por las atrocidades, y algunas apoyaron aún abiertamente al Khmer Rojo como el gobierno legítimo de Camboya. Por ejemplo, el Khmer Rojo mantenía su asiento en las Naciones Unidas. La *Realpolitik* relegó las preocupaciones respecto de las violaciones masivas de derechos humanos.

El caso de Filipinas es más parecido a los casos sudamericanos que a los asiáticos. Durante el primer período presidencial de Ferdinando Marcos, que comenzó en 1965, Filipinas entró en una profunda crisis socioeconómica. A pesar de ello Marcos fue reelegido en 1969.²³ Su segundo período estuvo signado por el agravamiento de la crisis socioeconómica, las protestas sociales y una creciente oposición política que ganó varios escaños en la elección parlamentaria de 1972 y que planeaba reformar la Constitución para impedir la reelección de Marcos. Este, a su vez, contraatacó proclamando la ley marcial el 21 de septiembre de 1972, lo que le daba el control absoluto sobre el país hasta 1978. La policía y las Fuerzas Armadas perseguían a los opositores del gobierno utilizando la tortura, encarcelamientos y ejecuciones. Marcos cerró el Congreso. Su gobierno también prohibió la actividad de los partidos políticos, las reuniones públicas, instituyó una fuerte censura, sancionó el toque de queda y condujo una extensa purga en la administración. Desde 1978 en adelante, Marcos enmascaró ostensiblemente su autoritarismo detrás de un disfraz democrático. A pesar de que organizaba elecciones, sus resultados eran totalmente controlados. Marcos levantó la ley marcial en 1981, aunque retenía aún los resortes esenciales de control. Entregó a miembros de su familia directa, incluso a su esposa Imelda, posiciones oficiales importantes; absorbió funciones legislativas y ejecutivas; y gozó de la autoridad para arrestar oponentes a través de las órdenes presidenciales de detención.

El gobierno de Marcos cometió innumerables violaciones de derechos humanos. A pesar de que la más conocida sea el asesinato del líder opositor Benigno Aquino, se han documentado más de 2500 asesinatos políticos (García, 1988). Además existe evidencia de 132 masacres, 550 desapariciones de personas, 70 000 detenciones, y cientos de casos de torturas realizadas por militares y oficiales de policía. El Poder Judicial fue también uno de los instrumentos de Marcos. Los jueces, muchos de

23 Sigo aquí los datos que recolectó Sarmiento (1993).

ellos nombrados por Marcos, declararon constitucional la ley marcial convalidando así las violaciones de derechos humanos. Los tribunales militares solían enjuiciar civiles. Los tribunales invocaban frecuentemente la doctrina de las cuestiones políticas para evitar difíciles enfrentamientos con el régimen.

El régimen en un momento dado comenzó a resquebrajarse. Cediendo ante presiones internacionales e internas, Marcos llamó a elecciones imprevistas en febrero de 1986. La oposición se abroqueló detrás de Corazón Aquino, la esposa del líder asesinado. Las elecciones fueron alteradas por la violencia y el fraude. Mientras la Asamblea Nacional proclamaba a Marcos como nuevo presidente, la señora Aquino organizó su propia marcha de la victoria en Manila, reuniendo a más de un millón de seguidores. Entretanto, los militares, que habían apoyado en bloque a Marcos, formaron un movimiento de reforma, siguiendo a la movilización popular. Finalmente, el 2 de febrero de 1986, Marcos se exilió en Hawái.

La señora Aquino, quien había jurado como presidenta, asumió la responsabilidad del gobierno. En respuesta a los abusos de derechos humanos perpetrados en el gobierno de Marcos, realizó una purga en las Fuerzas Armadas y comenzó la investigación de las imputaciones. Siguiendo el ejemplo de la Argentina y de Chile, estableció una Comisión Presidencial de Derechos Humanos para llevar adelante las investigaciones, informar a la presidenta y recomendar el castigo para los autores y las compensaciones para las víctimas. La Comisión, liderada por el ex senador José W. Diokno, uno de los más prominentes abogados de derechos humanos, estaba compuesta por siete miembros. Aquino también ordenó a los militares liberar a todos los prisioneros políticos. Los militares comenzaron a enemistarse con el gobierno de Aquino y con la Comisión por no extender esta amnistía a los miembros de las Fuerzas Armadas. Esta tensión produjo enfrentamientos entre el gobierno y los militares, quienes intentaron siete golpes de Estado, uno de los cuales hubiera triunfado de no haber mediado una demostración de fuerza militar explícita por parte de los Estados Unidos en apoyo de Aquino.

Las críticas que las políticas de derechos humanos recibieron desde la oposición de derecha combinada con los abusos cometidos por sus Fuerzas Armadas, que recibían cada vez más poder para combatir la subversión, alteraron la resolución de Aquino para investigar y ejercer justicia. Comenzando a expresarse en favor del olvido y el perdón, Aquino accedió a las demandas militares de que la violaciones a los derechos humanos cometidas por los comunistas fueran también investigadas.

Mientras Aquino reportó que la Comisión de Derechos Humanos había investigado 2165 violaciones de derechos humanos y tenía en archivo 707 denuncias sólo en 1988, no existió una sola acusación o condena. De hecho, un informe de Amnistía Internacional de febrero de 1992, "Los asesinatos continúan", conectaba el fracaso de la investigación del pasado con los abusos del presente.

LOS ABUSOS EN LOS DERECHOS HUMANOS EN ÁFRICA

El carácter pacífico o violento de la transición a la democracia determina la manera en la cual las democracias africanas manejan las violaciones pasadas de derechos humanos (Benomar, 1992). Donde la transición es relativamente suave, como en Benin, Niger y Togo, los nuevos gobiernos en general otorgan algún tipo de inmunidad a los líderes del régimen previo para consolidar la nueva democracia. Por ejemplo, Mathieu Kerekou, el presidente de Benin, obtuvo inmunidad de toda persecución penal antes de su derrota en las elecciones de 1991.

En otros países africanos, como Uganda, Chad y Etiopía, la transición a la democracia ha sido el violento resultado de una guerra civil. En Uganda, los regímenes de Idi Amin y Milton Oboke asesinaron aproximadamente a 800 000 personas desde la independencia en 1962. A pesar de que el presidente Museveni, quien asumió el poder en 1986, prometió respetar los derechos humanos e instaurar el Estado de Derecho, un ejército indisciplinado continuó los asesinatos y torturas en una guerra antisubversiva en el norte y el este del país.

Museveni estableció una Comisión de Derechos Humanos en 1986 para investigar las pasadas violaciones de derechos humanos y servir como institución educativa. La Comisión organizó audiencias públicas y brindó seguridad a los testigos a fin de facilitar su cooperación. Hasta el mismo presidente Museveni atestiguó que se había visto envuelto en abusos contra los musulmanes cuando comandaba un grupo guerrillero contra Amin en Uganda occidental. De todas formas, el trabajo de la Comisión fue demasiado lento, debido principalmente a la falta de fondos. En 1992, seis años luego de su fundación, la Comisión todavía no había producido su informe. A pesar de que muchas denuncias habían sido presentadas ante los tribunales, pocas habían sido tramitadas y los abusos a los derechos humanos, principalmente debido al Ejército, siguen aumentando.

El gobierno de Hissein Habré en el Chad, derrocado por la oposición armada el 1° de diciembre de 1990, fue el más represivo de la historia del

país. Numerosas personas fueron ejecutadas sin juicio previo, detenidas en secreto y torturadas, y Habré mismo era protagonista de estas decisiones diarias. Miles murieron de hambre en los centros de detención, uno de los cuales era vecino de las oficinas de las Naciones Unidas.

El nuevo presidente de Chad, Idriss Deby, aceptando el consejo de Amnistía Internacional, creó una Comisión para investigar las violaciones de derechos humanos cometidas en el régimen de Habré. El gobierno también estableció un tribunal supremo para enjuiciar a Habré, quien había huido a Senegal con miembros de su gobierno. El trabajo de la Comisión fue lento dados los limitados recursos y las intimidaciones. Mientras algunos miembros renunciaron, otros permanecieron en su puesto. El informe de la Comisión, entregado en mayo de 1992, documenta más de 40 000 asesinatos, detenciones sistemáticas, y el uso intensivo de torturas. Estas violaciones de derechos humanos fueron a veces llevadas a cabo bajo la supervisión personal de Habré. El informe también imputa a los Estados Unidos, que habían entregado significativa ayuda monetaria, el haber entrenado al personal de los servicios de seguridad.

Algunos estudiosos afirman que la Comisión del Chad fue la primera en identificar a personas que violaron derechos humanos, y aun publicar sus fotografías. No está claro todavía si el gobierno de Deby perseguirá criminalmente a los autores de las violaciones. La Comisión también realizó recomendaciones destinadas a garantizar la protección futura de los derechos humanos, proponiendo que la Comisión se convierta en un cuerpo permanente con poder para denunciar violaciones y promover actividades educativas. Sin embargo, y dado que las violaciones de derechos humanos están aumentando aun en el nuevo gobierno, muchos dudan de que este gobierno institucionalice medidas tendientes a la protección de los derechos humanos.

En Etiopía, el movimiento Dergue, liderado por el coronel Mengistu, derrocó al emperador Haile Selassie y asumió el poder en 1975. El Dergue violó derechos humanos como forma de reprimir la oposición de tres grupos: los funcionarios del régimen anterior, sesenta de los cuales fueron asesinados inmediatamente luego de que el Dergue tomara el poder; la oposición política, principalmente el Partido Revolucionario Popular de Etiopía, contra el cual el Dergue organizó el "terror rojo", matando a más de 25 000 en Addis Abeba solamente; movimientos nacionalistas en Eritrea, Tigré y Oromos, que fueron víctimas de asesinatos masivos, desplazamientos, torturas y detenciones (véase Hailu, 1993). Los miembros de la Fuerzas Armadas y de seguridad no fueron los únicos autores de estas violaciones masivas de derechos humanos;

sino que gozaron de la colaboración activa de gran parte de la población civil.

En 1991, el Frente Democrático Revolucionario Popular Etíope derrocó al gobierno del Dergue y estableció un gobierno transitorio en Addis Abeba. El Frente desbandó a las ex Fuerzas Armadas y de seguridad y detuvo a más de 10 000 personas que participaron en el terror del Dergue. Muchos han sido liberados, pero los varios centenares que siguen detenidos serán acusados y juzgados en los tribunales. Los acusados reciben atención médica y defensa legal. El gobierno creó una oficina especial de la fiscalía para facilitar la investigación, y el descubrimiento de los archivos de seguridad e inteligencia contribuirá a este esfuerzo.

LA JUSTICIA RETROACTIVA EN LA DEMOCRATIZACIÓN DE SUDAMÉRICA

La democracia en los países sudamericanos fue interrumpida innumerables veces, y durante esas interrupciones las violaciones a los derechos humanos fueron la regla general. Los gobiernos persiguieron, asesinaron y torturaron a sus oponentes políticos; las Fuerzas Armadas y de seguridad, especialmente durante los regímenes militares, abusaron frecuentemente de la población más pobre y de los delincuentes menores. En el pasado, cuando se retornaba a la democracia, los gobiernos sudamericanos no investigaban los abusos a los derechos humanos cometidos durante el período autoritario, algunas veces otorgando una amnistía explícita y otras ignorando los hechos del pasado. Estas respuestas eran inevitables dada la debilidad intrínseca de las democracias sudamericanas, que se encontraban bajo un constante control y presión de sus Fuerzas Armadas. Los políticos en tiempos democráticos se mostraban tan satisfechos de lograr un respiro del autoritarismo que no se arriesgaban a enfrentamientos que los pudieran debilitar. En muchas ocasiones los políticos y los jueces que lideraban estas democracias habían participado ellos mismos en los abusos de los derechos humanos del régimen autoritario, lo que hacía aún más dificultosos los esfuerzos por alcanzar la justicia retroactiva.

Este paradigma cambió significativamente a medida que varios países sudamericanos experimentaron transiciones democráticas durante los ochenta. En los setenta, diversas dictaduras militares, altamente organizadas, invadieron el continente.²⁴ Los golpes militares se realizaron

24 Guillermo O'Donnell (1973) ha definido a estos regímenes como "burocrático-autoritarios".

bajo la justificación de la “seguridad nacional”. Frente a los violentos movimientos de guerrillas de izquierda, en algunos casos apoyados por Cuba, las Juntas Militares desplazaban a gobiernos civiles débiles y corruptos. Estos regímenes militares diferían en la forma de abordar las cuestiones económicas. Brasil, por ejemplo, siguió una política estricta de sustitución de importaciones, mientras que Pinochet en Chile utilizó el libre mercado para rectificar los problemas económicos del país. Sin embargo, resultaban similares en un aspecto: para consolidar su poder negaron a los ciudadanos la más básica dignidad humana, utilizaron el aparato represivo del Estado para crear un generalizado terror; torturaron, encarcelaron sin juicio previo, asesinaron e hicieron desaparecer forzosamente a personas para combatir a la violenta oposición política o intelectual.

Durante los años ochenta el continente retornó a la democracia y, rompiendo con anteriores tradiciones, se desarrolló la creencia de que las violaciones de derechos humanos cometidas por las dictaduras debían ser explícitamente enfrentadas, tal vez aun ante tribunales civiles. Esta nueva actitud puede haberse originado en la inusitada extensión del terrorismo de Estado, en un clima internacional menos tolerante respecto de violaciones de derechos humanos (principalmente debido a la nueva política de derechos humanos del Departamento de Estado de los Estados Unidos), y a una creciente conciencia sobre estos derechos por parte de las elites económicas y políticas sudamericanas. Mientras que estos deseos de justicia retroactiva no estaban presentes en la mayoría de los países de América Central, así como en Perú o en Paraguay, en cambio fueron un ingrediente definitorio de los procesos de transición a la democracia en Brasil, Uruguay, Chile y la Argentina. Los resultados, como veremos, fueron bastante diferentes en cada país. En la discusión que sigue me referiré a los tres primeros casos; mientras que el caso argentino se discutirá en profundidad en el capítulo siguiente.

El golpe militar brasileño tuvo lugar el 1° de abril de 1964. En el primer período del gobierno militar, ente 1964 y 1968, el general Castello Branco mantuvo una especie de apertura política, a pesar de que la represión contra los opositores fue aumentando gradualmente. Esta represión provocó una fuerte oposición y aun actividades de guerrilla urbana, lo que instigaba una mayor represión, que a su vez culminó en una dictadura omnicompreensiva sancionada por la Ley Institucional n° 5. Cuando el general Emilio Medici asumió el poder el 30 de octubre de 1969, comenzó la represión más dura. La creación de órganos de seguridad independientes provocó que miles de personas fueran asesinadas

y torturadas. Esta extensa y sistemática represión disminuyó cuando el general Ernesto Geisel reemplazó a Medici en 1974, lanzando un proceso de liberalización gradual. El general João Baptista Figueiredo, sucesor de Geisel, comenzó a negociar con la oposición política que se estaba haciendo cada vez más fuerte. A pesar de que los abusos a los derechos humanos disminuyeron durante el período de apertura política que comenzó en 1979, no cesaron totalmente.

Durante las negociaciones el general Figueiredo promulgó una "amnistía-mutua" que cubría a quienes estuvieran acusados por delitos políticos, así como a los agentes de seguridad estatal que violaron derechos humanos. La amnistía también prohibía la investigación de las violaciones de los derechos humanos cometidas entre 1964 y 1979. A pesar de ello, grupos independientes asumieron la responsabilidad de dar a conocer las violaciones. La más prominente de estas organizaciones fue la liderada por el cardenal de San Pablo, Arns, y quien encabezaba la Iglesia Presbiteriana Brasileña, Jaime Wright. Como relata Lawrence Weschler en *A Miracle, A Universe*, esta investigación era altamente riesgosa (Weschler, 1990: 10-76). La publicación de este informe, que contenía numerosos datos, se retrasó hasta la asunción del presidente civil José Sarney en 1985. El informe fue publicado el 15 de julio de 1985 con el nombre de *Brasil: Nunca más*, y se convirtió muy pronto en un *best-seller* sin precedentes. El informe documentaba 144 asesinatos políticos, 125 desapariciones y 1843 incidentes de tortura. En noviembre del mismo año la organización publicó una lista de 444 personas implicadas en las violaciones de derechos humanos.

De acuerdo con Weschler, la transición democrática brasileña fue posible gracias a que los políticos civiles respetaron la amnistía. A pesar de que el informe "fue un obstáculo para el encubrimiento de los hechos", no alteró de manera fundamental las políticas que motivaron la amnistía (Weschler, 1990: 73, citando a Elio Gaspari). Tal compromiso resultó posible dado que las violaciones de derechos humanos no afectaron a la población tanto como en el caso de Uruguay y la Argentina, las desapariciones eran menos comunes, y los peores excesos ocurrieron en el pasado lejano. De todas formas, la publicación del *Nunca más* resultó beneficiosa, porque caldeó los ánimos populares e hizo que el presidente Sarney firmara la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura en 1985.

Hasta los años sesenta, Uruguay fue un modelo de democracia en Sudamérica y gozaba de relativa igualdad social, una riqueza moderada y tranquilidad política. A medida que la economía, basada en un esquema

de sustitución de importaciones, se fue deteriorando durante los sesenta, fue emergiendo la violencia política. El movimiento guerrillero Tupamaros, bajo el liderazgo de Raúl Sendic, comenzó a utilizar secuestros y asesinatos como forma de expresar su oposición.

Los gobiernos civiles comenzaron a reaccionar duramente, solicitando la intervención militar. En 1969 el presidente Pacheco Areco pidió a los militares que detuvieran las huelgas. La tortura y el maltrato de prisioneros comenzaron a ser moneda corriente. Pacheco entonces reclamó a los militares que combatieran a los Tupamaros. Juan María Bordaberry, el sucesor favorecido por Pacheco, ganó la presidencia en las elecciones de marzo de 1972. Inmediatamente suspendió la mayoría de los derechos civiles, dejando libres a los militares para que lanzaran una guerra total contra los Tupamaros. Ya en 1973 los militares habían efectivamente derrotado a los Tupamaros en una forma brutal, encarcelando y torturando a muchos que se sospechaba que eran miembros del movimiento.

Las protestas respecto de los métodos de los militares comenzaron a elevarse en todo Uruguay. Las Fuerzas Armadas utilizaron estas protestas como una excusa para derrotar a la subversión en las universidades, el sistema educativo, la administración pública, las profesiones y la clase política. Bordaberry suspendió las libertades civiles que aún quedaban el 1° de junio de 1973, sin aprobación del Congreso. El 27 de junio de 1973 los militares suspendieron el Congreso, crearon un Consejo Supremo Militar y redujeron el rol de Bordaberry al de mera figura decorativa.

Uruguay sufrió una extendida represión militar. De acuerdo con Weschler, más del 10% de la población se exilió entre 1970 y 1985; de los que quedaron, una persona en cincuenta fue detenida y una en quinientos sufrió condenas extensas de prisión (Weschler, 1990: 10, 87-88). Algunas de las peores violaciones a los derechos humanos fueron cometidas en la vecina Argentina debido a la cooperación entre ambos regímenes.²⁵ Los militares clasificaron a toda la población en tres categorías según el grado de riesgo que la persona presentara al régimen.

Cuando los militares uruguayos creyeron que habían ganado el control total de la economía y del país, buscaron legitimarse con un plebiscito sobre una propuesta de Constitución en 1980. Para su sorpresa, per-

25 Por ejemplo, en mayo de 1976, dos prominentes líderes políticos (Gutiérrez Ruiz, el ex presidente de la Cámara de Diputados, y Zelmario Michelini, un conocido senador) fueron secuestrados y luego asesinados en Buenos Aires.

dieron el plebiscito 57% a 43%. Los militares reaccionaron con enojo, y la represión continuó. Al mismo tiempo la economía comenzó a descontrolarse. En noviembre de 1982 los militares ordenaron elecciones internas en los partidos, que fueron ganadas por candidatos opositores al régimen. Nuevamente los militares reaccionaron con más represión, principalmente contra los estudiantes en estado de protesta; varias docenas de ellos fueron arrestados y torturados en junio de 1983. A pesar de estos acontecimientos las protestas se multiplicaron, como las de las amas de casa. Hubo también una huelga de hambre protagonizada por el cura Pérez Aguirre y algunas monjas. Entretanto, los militares comenzaron a negociar con los políticos, preocupados principalmente por evitar investigaciones y juicios por abusos en los derechos humanos en vista de lo que les estaba sucediendo a sus colegas en la Argentina. Al mismo tiempo las Fuerzas Armadas comenzaron a tener conversaciones formales con los demás partidos en el Club Naval en junio de 1984.

El acuerdo del Club Naval preveía elecciones en noviembre de 1984, en las que Sanguinetti resultó vencedor. Asumió su cargo el 1° de marzo de 1985 y una semana más tarde otorgó la amnistía a todos los presos políticos, pero explícitamente excluyó a los miembros de las Fuerzas Armadas que hubieran violado derechos humanos. Ciudadanos particulares comenzaron a interponer denuncias contra quienes perpetraron específicas violaciones de derechos humanos.²⁶ Los militares rechazaron las órdenes de comparecencia, y la cuestión llegó a la Corte Suprema. En septiembre de 1986, el partido del presidente propuso una amnistía total para los militares. Esta iniciativa fue derrotada. A medida que la Corte Suprema comenzó a enviar los casos a los tribunales civiles, la resistencia militar creció y se hizo abierta y generalizada. El 22 de diciembre de 1986 los dos partidos mayoritarios propusieron una ley de caducidad de las acciones, que en definitiva ganó la aprobación del Congreso.

En febrero del año siguiente, un grupo de víctimas organizó la resistencia a esta ley de inmunidad. La estrategia consistió en lograr el llamado a un plebiscito para anular la ley, lo que requería más de medio millón de firmas. Luego de una movilización popular y un debate público sin precedentes, el grupo obtuvo más de seiscientas mil firmas.²⁷ El

26 Ciento ochenta oficiales fueron acusados de más de cuatrocientas violaciones de derechos humanos (J. F. Smith, "Uruguay Vote Strongly Backs Amnesty: Unofficial Results Show Retention of Law That Pardons Officers", *Los Angeles Times*, 17 de abril de 1989, p. 6).

27 El gobierno trató de obstruir la verificación de las firmas, inició una

general Medina afirmó que si la ley de amnistía no se mantenía el país se vería amenazado. Los juristas argumentaban que el principio de no retroactividad de la ley penal protegería a los militares. El referéndum tuvo lugar el 16 de abril de 1989. El 80% de la población acudió a votar y el 53% de la gente votó en favor de mantener la ley de amnistía, mientras que el 41% votó por derogarla.

A pesar de la desilusión provocada por los resultados del plebiscito, el referéndum animó el debate y la investigación fomentada por los particulares sobre los abusos del régimen militar, que fueron documentados en un libro, *Uruguay: Nunca más* (Servicio de Paz y Justicia [SERPAJ], 1990: 235). De todas formas, no queda claro si esta confrontación con el pasado redujo el poder de los militares sobre las cuestiones públicas. A comienzos de 1995 los periódicos contenían informes sobre presiones militares al gobierno del presidente Luis Alberto Lacalle.²⁸ En 1995 Sanguinetti comenzó su segundo período presidencial y aseguró a los militares que el tema de los derechos humanos no sería reabierto.

Salvador Allende, el candidato del Partido Socialista, fue elegido presidente de Chile en 1970, con menos del 30% de los votos. A pesar de esta estrecha mayoría intentó profundizar la transformación social comenzada por su predecesor. El apoyo de los pobres, los intelectuales y los estudiantes a Allende no pudo contrarrestar la fuerte oposición de las elites socioeconómicas y del poder judicial, ni la presión extranjera, principalmente de los Estados Unidos. Cuando el clima político se deterioró aún más, los militares, liderados por el general Augusto Pinochet, derrocaron al gobierno de Allende con un violento golpe de Estado.

La Junta Militar, con Pinochet a la cabeza, instituyó un duro estado policial, con extendidas detenciones y ejecuciones, así como extensas purgas en la administración pública y el sistema educativo, lo que fue

contracampaña para mantener la ley de amnistía y nombró al general Hugo Medina como ministro de Defensa. La Corte Electoral anunció que aún faltaban 23 000 firmas para lograr el referéndum, lo que hizo que la organización entrara en una actividad frenética para conseguirlas. En 1989 el grupo ya había logrado obtener todas las firmas necesarias (Weschler, 1990: 175-176).

28 Véase "Los generales rebeldes: Lacalle negocia con los militares", *Página/12*, 11 de junio de 1993, p. 18. Este incidente en particular tuvo que ver con presiones de los jefes de las Fuerzas Armadas para bloquear las investigaciones y las medidas que se estaban tomando contra los oficiales acusados de estar involucrados en el secuestro y asesinato de un oficial de la inteligencia chilena. (También se informó que algunos diputados recibieron amenazas por intentar inmiscuirse en asuntos militares.)

llevado a cabo a través de terrorismo de Estado y la unidad de vigilancia, la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA). Muchos desaparecieron y fueron sometidos a tortura sistemática. Grandes cantidades de personas debieron exiliarse. Algunos, considerados políticamente peligrosos, fueron asesinados en países extranjeros. Por ejemplo, el ex jefe del Ejército, el general Carlos Prats, fue asesinado en la Argentina en septiembre de 1974, y el ex ministro de relaciones exteriores, Orlando Letelier, fue asesinado en Washington en 1976. La Junta también instituyó un estricto sistema de censura de la prensa.

Luego de la primera oleada de represión, que suprimió el malestar público a pesar de la profundización de la pobreza en los sectores más sumergidos de la sociedad, las políticas de ajuste monetario del gobierno, las privatizaciones y la liberalización de las regulaciones para la entrada de la inversión extranjera comenzaron a producir éxitos económicos. En 1980, Pinochet legitimó su poder a través de una Constitución aprobada por un plebiscito.

Luego de más de una década de estancamiento político, social y económico, la población comenzó a presionar para lograr la democratización. Las organizaciones de derechos humanos, como la Vicaría de la Solidaridad de la Iglesia Católica, empezaron paulatinamente a hacerse oír denunciando los abusos del régimen. En 1988 Pinochet ofreció, como lo preveía la Constitución, realizar un plebiscito sobre si él debería seguir como presidente. Luego de acalorados debates entre varios partidos de la oposición, todos decidieron participar en el plebiscito como la única forma de terminar con el mando militar.

La decisión de participar en el plebiscito fue difícil, dado que implicaba aceptar la Constitución de 1980, pero también la ley de autoamnistía de 1978, que protegía a los miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad de la persecución penal por las violaciones de derechos humanos. La apuesta de la oposición resultó favorecida en octubre de 1988, cuando la mayoría rechazó la continuidad de Pinochet en el poder.

Tal como lo preveía la Constitución de 1980, Pinochet llamó a elecciones abiertas y nominó a un protegido. Los partidos de la oposición formaron una amplia coalición que apoyaba la candidatura del demócrata cristiano Patricio Aylwin. El de la justicia retroactiva fue uno de los puntos prominentes de la campaña. La oposición creía que era demasiado arriesgado ignorar la ley de amnistía de 1978 y meramente prometió trabajar para su derogación. Aun este compromiso resultaba inaceptable para Pinochet, quien inmediatamente declaró que terminaría con la democracia si alguno de sus hombres era llevado a juicio.

Patricio Aylwin ganó las elecciones de 1989 y en su primer discurso enfrentó la cuestión de las pasadas violaciones de derechos humanos, declarando que el gobierno debía lograr un cauteloso equilibrio entre la moral y la prudencia. A pesar de que el presidente esperaba que se realizaran juicios seguidos por amnistías, la ley de autoamnistía fue un obstáculo infranqueable dado que Pinochet seguía siendo el jefe del Ejército, y el gobierno no controlaba el Senado, que incluía a nueve miembros de derecha no elegidos por el voto popular (Correa, 1992: 1455). Aún más: el último intérprete de la ley de amnistía, la Corte Suprema, era un legado del régimen de Pinochet.

El gobierno decidió en definitiva crear una Comisión de la Verdad y la Reconciliación, similar a la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas creada por el presidente Alfonsín en la Argentina. La Comisión era un órgano del Ejecutivo, no del Legislativo, constituido por distinguidas personalidades de diferentes líneas ideológicas, y estaba encargada de las siguientes tareas: proveer una visión general de los abusos a los derechos humanos cometidos por el régimen, incluidas la metodología y las políticas generales; escribir una historia de las reacciones en los diferentes sectores sociales; explicar las causas de tales violaciones; e informar acerca de las consecuencias que tuvieron estas violaciones sobre las personas y la sociedad (Correa, 1992: 1462-1463). Se le encargó también a la Comisión la tarea de compilar un informe caso por caso de los asesinatos y/o desapariciones para lograr algún tipo de reivindicación moral de las víctimas. La Comisión investigó además las muertes de quienes fueran asesinados por el terrorismo de izquierda.

Luego de nueve meses de un trabajo altamente profesional, la Comisión presentó una copia del reporte al presidente Aylwin, quien lo hizo público el 4 de marzo de 1991. El reporte verificó los asesinatos y las desapariciones del número de personas ya mencionado, a pesar de que no pudo establecer el destino de muchos de los desaparecidos. El reporte también contenía conmovedores testimonios de las víctimas. La Comisión, de todas formas, decidió no dar la lista de nombres de los individuos implicados en las violaciones, creyendo que este era un trabajo para los tribunales. El reporte sirvió como un reconocimiento oficial de la verdad, contribuyendo así a la prevención de estos hechos al elevar el grado de conciencia social y reconociendo, tanto monetaria como simbólicamente, el enorme daño que el régimen militar infligió a muchos de los ciudadanos chilenos.

Algo del impacto del reporte chileno se vio reducido por el asesinato, ocurrido contemporáneamente a la publicación de aquel, del senador

derechista Jaime Guzmán por terroristas de izquierda, lo que desvió la atención pública hacia un posible resurgimiento de la izquierda. Sin embargo, el público generalmente cree que algún grado de justicia retroactiva es necesario, y los tribunales están comenzando a interpretar la ley de amnistía liberalmente admitiendo que ella prohíbe el castigo pero no el juicio. Esta posición del poder judicial está creando alguna preocupación en las Fuerzas Armadas, que han expuesto su poder en numerosas ocasiones realizando, por ejemplo, desfiles en uniforme de combate el 28 de mayo de 1993 en el centro de Santiago. El inmovible líder de las Fuerzas Armadas, general Pinochet, sigue presionando en favor de una amnistía general.²⁹ El 3 de agosto de 1993 el presidente Aylwin creó tribunales para asignar responsabilidades por violaciones de derechos humanos que se encuentran fuera del área de protección de la ley de amnistía, específicamente respecto de dos individuos responsables del asesinato de Osvaldo Letelier en Washington. Dos años más tarde, la condena de estas personas (una de ellas, el ex jefe de la DINA) fue confirmada por la Corte Suprema y fueron finalmente encarceladas. Pinochet sólo mostró su contrariedad.

Este breve estudio de casos, a pesar de que se encuentra lejos de ser una visión abarcativa de las violaciones de derechos humanos a lo largo del siglo, ilustra los obstáculos que surgen al intentar investigar a funcionarios del Estado por violaciones masivas de derechos humanos. Algunos problemas tienen que ver con las relaciones de poder, ya que algunas veces aquellos que cometen las violaciones aún conservan algún tipo de influencia y mantienen el acceso al aparato coactivo. Otros problemas se presentan cuando la visión del mundo según la cual los abusos fueron cometidos y justificados es inferior a la concepción del mundo de acuerdo con la cual los castigos son aplicados. Hay también problemas prácticos para definir al grupo de los culpables, requiriendo de la fiscalía un delicado balance entre una persecución extendida pero llena de dificultades, y la injusticia de limitar el castigo a unos pocos individuos. La reinserción de sectores que habían sido mutuamente hostiles dentro del sistema democrático o, al menos su coexistencia pacífica, presenta problemas adicionales. La justicia retroactiva hace surgir problemas jurídicos tales como la retroactividad de las leyes penales, el sistema de pres-

29 Véase "Aylwin reprendió a Pinochet", *Página/12*, 11 de junio de 1993, p. 19.

cripción de las acciones, el procedimiento a seguir, el objeto y los límites del castigo, y el alcance de la jurisdicción internacional.

Luego de analizar con más intensidad el caso de la Argentina, estos problemas serán discutidos en profundidad. Por el momento es importante enfatizar lo raro que resulta la justicia retroactiva para crímenes cometidos por funcionarios estatales. La inacción, las amnistías y los perdones son la norma. Cuando se intentó alguna medida de persecución a menudo se dirigieron a quienes tenían una responsabilidad meramente secundaria en los abusos. Por supuesto, como hemos visto, hubo excepciones a esta norma. La mayoría de ellas tuvieron lugar cuando un Estado en cuestión fue derrotado en un enfrentamiento bélico, y el ejército extranjero apoyó los juicios, como en Europa occidental y Japón luego de la Segunda Guerra Mundial. Tribunales nacionales procesaban y castigaban con frecuencia a los autores, como en el caso de Francia o Bélgica, sólo cuando la responsabilidad podía ser fácilmente circunscripta a un sector de la población acusada de colaborar con el invasor extranjero. El carácter violento o pacífico del proceso de transición a la democracia parece relevante también para la viabilidad de la justicia retroactiva. En este aspecto, el caso de Grecia aparece como excepcional, ya que, aun cuando había perdido una guerra, no hubo un ejército invasor presente para facilitar los juicios.

Pero aun cuando los autores de las violaciones a los derechos humanos son perseguidos, surgen típicamente críticas generalizadas. Algunos están desilusionados por el contraste entre sus expectativas de justicia y los resultados limitados que surgen de los intrincados procedimientos. Otros se sienten culpables, reconociendo que las actuales relaciones de poder fueron responsables de la forma que en definitiva adoptaron los juicios. Otros sienten una gran hipocresía cuando aquellos profundamente involucrados en el régimen responsable de los abusos quedan libres de castigo y aún retienen importantes posiciones públicas, o cuando aquellos que se mantuvieron callados en el pasado se vuelven vociferantes defensores de la justicia retroactiva. Otros se entristecen por las víctimas de los abusos en los derechos humanos pasados que no son suficientemente compensadas, rehabilitadas o reconocidas. Otros se resienten por la actitud de los extranjeros victoriosos que forman tribunales parciales, o que presionan por rígidos estándares de "justicia" que no utilizan en sus propias sociedades, e ignoran las dificultades que debe enfrentar una democracia naciente. Finalmente otros se dan cuenta de que el impacto popular de los juicios es bastante superficial y fugaz.

La investigación y los juicios por los abusos en los derechos humanos cometidos desde el Estado no es una tarea fácil ni es una fuente de orgullo nacional o aun internacional. Tal vez el caso de la Argentina ayudará a ver con mayor claridad la clase de obstáculos que rodean la aspiración recurrente de la humanidad a realizar el ideal de la justicia en los procesos contra los peores violadores de su dignidad.

2. La justicia retroactiva en la Argentina

EL TRASFONDO HISTÓRICO

La historia argentina puede ser dividida en tres períodos. El primero va desde la Revolución de Mayo de 1810 hasta el período constitucional de 1860. Durante esos cincuenta años fueron frecuentes las guerras civiles entre Buenos Aires y las provincias del interior. Fue un período notable por la preeminencia de los caudillos populares, la sangrienta dictadura de Juan Manuel de Rosas desde 1828 hasta 1852, y los intentos fracasados de establecer constituciones liberales.³⁰ Este comienzo turbulento puede haber impuesto un legado permanente a la cultura argentina. Por ejemplo, la distorsionada distribución de la tierra, que hasta nuestros días afecta profundamente las estructuras sociales, fue en gran parte decidida durante este período, mientras los más ricos se beneficiaban con las lagunas legislativas y la corrupción de los funcionarios públicos (Nino, 1992b). Justo José de Urquiza, el hombre que lideraba el ejército que derrocó a Rosas, encabezó el proceso de constitucionalización. Urquiza llamó a una Asamblea Constituyente en 1853 para dictar una Constitución³¹ que, con reformas, sigue vigente hasta nuestros días.

El segundo período se extiende de 1860 a 1930. Comienza cuando el Ejército de Buenos Aires derrotó a las provincias forzando el dictado de algunas enmiendas constitucionales y se caracterizó por cierta tranquilidad política dentro de una democracia restringida; dos partidos conservadores luchaban por el poder cíclicamente en elecciones fraudulentas.

30 Varios proyectos constitucionales dieron como resultado la sanción de dos Constituciones, una en 1819, y otra en 1826. Estas Constituciones, sin embargo, no lograron la aceptación general, porque expresaban las ideas centralistas y liberales de la elite intelectual de Buenos Aires, lideradas por Bernardino Rivadavia, y fueron por lo tanto rechazadas por los caudillos del interior, más inclinados a un modelo federalista y con mayor contenido popular.

31 Esta Constitución no fue ratificada por la provincia de Buenos Aires.

tas. Esta situación persistió hasta que la ley electoral fue modificada, y la Unión Cívica Radical, con el apoyo de la clase media y de los inmigrantes extranjeros, ganó las elecciones de 1916.

También durante este período el país atravesó una situación de progreso social y económico considerable. La inmigración produjo un crecimiento poblacional sin precedentes. La economía basada en las exportaciones de granos y carne a Gran Bretaña incrementó dramáticamente sus cifras, haciendo de la Argentina la séptima potencia mundial (como anécdota, en 1928 el país tenía más vehículos por habitante que Gran Bretaña). También se produjeron considerables reformas sociales, con un sistema de educación pública universal que llevó las tasas de alfabetización al nivel de los países más avanzados del mundo. La reforma universitaria iniciada en 1918 no sólo abrió las universidades a la clase media, sino que también mejoró la calidad académica. Esa universidad permitió que los científicos argentinos ganaran varios premios Nobel.

A pesar de estos logros, algunas tendencias autoritarias se hicieron evidentes durante ese período. Varios elementos de la democracia participativa fueron limitados. Pero lo más preocupante fue la aparición de algunas medidas represivas. Por ejemplo, el gobierno reprimió la agitación laboral anarquista y socialista durante la llamada "Semana Trágica" de enero de 1919. En lugar de contrarrestar estas medidas, los tribunales se volvieron una fuerza de legitimación, aprobando, por ejemplo, las leyes de los gobiernos de facto y asumiendo diversas y muy cuestionables doctrinas constitucionales (Nino, 1992a).

El tercer período comenzó en 1930 con un golpe de Estado liderado por un movimiento cívico-militar nacionalista y culminó en 1983 con el proceso de democratización que será el centro de atención de ese capítulo. El golpe de 1930 fue condicionado por la inestabilidad social, económica y política de los primeros años del siglo XX. Los grupos anarquistas y socialistas incitaban a huelgas y a la violencia. El establishment temía las revueltas sociales, temor que se combinaba con movimientos nacionalistas profundizados por el atractivo que ejercían la xenofobia y la ideología fascista. Un fuerte movimiento popular liderado por el Partido Radical presionaba para que se realizaran cambios en las leyes electorales, de modo de prevenir el fraude y promover una alta participación de votantes. En 1912 el establishment conservador sancionó el sufragio universal, secreto y obligatorio que, una vez aplicado, debilitó en gran medida las chances del Partido Conservador de ganar en elecciones limpias. El golpe de 1930 facilitó el desplazamiento del gobierno popular y en su lugar

colocó a diversos sectores del conservadurismo. Esta historia en general se repite en los golpes de 1955, 1962, 1966 y 1976.

El golpe de 1943, inspirado por unas Fuerzas Armadas nacionalistas y profascistas, despejó el camino para la elección de Juan D. Perón como presidente en 1946. Perón consolidó una dictadura populista, con algunas vestimentas democráticas. El apoyo popular permitió que en 1949 se realizara una reforma constitucional. Perón amplió la calidad de vida de los sectores más pobres de la población nacionalizando gran parte de las empresas de servicios públicos, iniciando un proceso concertado de industrialización, protegido por altas barreras tarifarias, e institucionalizando un Estado de bienestar. Al mismo tiempo, sin embargo, creó un Estado policial con una extendida persecución de opositores políticos. El gobierno de Perón detuvo o forzó a exiliarse a legisladores de partidos de la oposición. Algunas personas, como el doctor Ingalinella, fueron asesinadas, y varias otras torturadas. La corrupción carecía de límites en el régimen de Perón.

Luego de que Perón fuera derrocado por las Fuerzas Armadas en 1955, se exilió en España pero mantuvo una significativa influencia sobre la política argentina desde Madrid. Perón infiltró el movimiento sindical y la guerrilla de izquierda. Cuando la escalada de violencia, los militares permitieron a los peronistas presentarse a elecciones, a pesar de que a Perón no le estaba permitido ser candidato. En 1973 Héctor Cámpora, miembro del Partido Peronista, ganó la elección presidencial. Cámpora, sin embargo, inició una política de izquierda independiente, y Perón le retiró su apoyo forzándolo a renunciar inmediatamente. Se llamó a nuevas elecciones en las que triunfó Perón. Unos meses después, Perón moría e Isabel, su tercera esposa, asumía la presidencia. Isabel estaba fuertemente influenciada por su ministro de Bienestar Social, José López Rega. Este, un ex policía con inclinaciones místicas creó un grupo terrorista de derecha, la Alianza Anticomunista Argentina (Triple A), para combatir la actividad guerrillera de izquierda.

En el medio de una crisis económica, denuncias de corrupción y el incremento de la violencia entre la izquierda, la derecha y los militares, las Fuerzas Armadas derrocaron a Isabel el 24 de marzo de 1976. Como veremos, las Fuerzas Armadas institucionalizaron el régimen autoritario más represivo de la historia argentina. La indignación popular con las violaciones masivas a los derechos humanos realizadas por el régimen, junto con la derrota militar en Malvinas y el desastre económico, forzó a los militares a llamar a elecciones libres en 1982. Raúl Alfonsín triunfó en las elecciones y asumió como presidente en diciembre de 1983.

Este tercer período, desde 1930 hasta 1983 fue de algún modo similar a los primeros cincuenta años de la historia argentina: un ciclo de relativa anarquía, dictadura, y restauración de la democracia. El potencial económico argentino, así como sus niveles sociales y culturales, sufrieron una abrupta declinación durante este último período. La firme adhesión a un esquema de industrialización basado en la sustitución de importaciones y financiado por exportaciones agrícolas forjó fuertes conexiones entre los ciclos económicos y los políticos. Un aumento en el consumo interno, promovido en general por gobiernos elegidos por el pueblo, aumentaba la demanda de bienes primarios importados. Para conseguir moneda extranjera para pagar estas importaciones, la Argentina tenía que promover sus exportaciones agrícolas devaluando la moneda. Los gobiernos militares, que no eran directamente responsables frente a la población, eran quienes ordenaban esas devaluaciones, las que disminuían el consumo haciendo más caros los productos importados. Esta disminución del consumo producía descontento popular que en definitiva forzaba a la democratización, y todo el ciclo comenzaba otra vez.

TENDENCIAS RECURRENTES EN LA HISTORIA ARGENTINA

Durante estos tres períodos históricos, emergieron cuatro características recurrentes (dualismo ideológico, corporativismo, anomia y concentración del poder) que ayudan a explicar las violaciones masivas de derechos humanos que discutiremos más adelante en este capítulo.

El *dualismo ideológico*, perceptible desde el comienzo de la historia argentina,³² supone una colisión entre dos visiones del mundo. Por una parte, la tradición liberal basada en los siguientes principios universales:

32 Por ejemplo, los enfrentamientos entre el presidente conservador de la Junta, Cornelio Saavedra, y el joven liberal Mariano Moreno, secretario de esa Junta, forzaron la renuncia de este último. Moreno estaba influido por las ideas de Rousseau, así como por las de la Revolución Francesa y publicó esas ideas activamente a través del primer periódico argentino *La Gaceta*, que había fundado él mismo. Rosas, el dictador tradicionalista y populista, y Rivadavia, el presidente liberal (y fundador de la Biblioteca Nacional y de la Universidad de Buenos Aires) también se vieron envueltos en una confrontación ideológica. Asimismo el conflicto ideológico enfrentó al principal promotor de la educación liberal, Domingo F. Sarmiento, con el caudillo de la provincia de La Rioja, Facundo Quiroga.

secularismo, avance basado en el mérito, crítica de las tradiciones y escepticismo sobre la legitimidad de los grupos corporativos (las Fuerzas Armadas, la Iglesia y los sindicatos). Por otra parte, la tradición conservadora, que favorece un marco social orgánico, cerrado, defensor de las instituciones sociales tradicionales.

La tensión entre estas dos visiones alternativas del mundo se mostró en varias oportunidades. Por ejemplo, durante la Convención Constituyente de 1853, los grupos tradicionalistas presionaban por el reconocimiento constitucional del catolicismo como la religión oficial del país mientras los liberales sostenían que la igualdad entre religiones diferentes debía ser incluida en la Constitución. El resultado fue un compromiso entre estas facciones que resultó en el art. 2, que obliga al Estado a sostener a la Iglesia Católica y prescribía que el presidente debía pertenecer a la fe católica.

Creo que la resolución del dualismo ideológico es más difícil y tortuosa en la Argentina en comparación con otros lugares de Occidente por la forma en que el liberalismo ha sido defendido históricamente. En principio, los liberales no eran demócratas. Muchos liberales eran elitistas al despreciar la participación de aquellos que creían demasiado incultos.³³ Como resultado, los liberales no crearon ningún apoyo en el interior y en las áreas menos "sofisticadas" de la Argentina. Tanto quienes los apoyaban como sus enemigos identificaron al liberalismo con la defensa del capitalismo, con una mínima preocupación por los derechos de los sectores más débiles de la sociedad. Los liberales también construyeron compromisos con los conservadores en cuestiones de autonomía personal. Por ejemplo, acordaron el estatus especial de la Iglesia Católica en la Constitución, lo que cuestiona el compromiso de esos liberales con el valor de la autonomía personal.

Estas contradicciones en la forma en que la concepción social liberal fue defendida e implementada otorgaba crédito a la visión conservadora de la sociedad. Muchos creían que el tradicionalismo era más democrático, más sensible a los intereses del interior, más comprometido con la justicia social, o tan indiferente como los conservadores a la autonomía de la persona.

Este dualismo ideológico existe en muchas sociedades pluralistas. No hay duda de que el debate ideológico es invalorable, dado que las posiciones en juego reflejan valores diferentes pero genuinos, que deben ser

33 Véase una crítica de las tendencias democráticas de Moreno en Shumway (1991).

expresados en toda sociedad democrática. Pero en el caso de la Argentina, la confrontación entre liberales y conservadores fue tan intensa que comprometió el marco democrático diseñado para contener y promover ese debate. El tradicionalismo llevó a las dictaduras militares a favorecer el corporativismo, y la homogeneidad llevó a regímenes populares que en forma descuidada ignoraban los procesos democráticos estrictos y el respeto por las libertades civiles. El liberalismo también tuvo sus dictaduras. La visión liberal de un país cosmopolita, integrado al mundo a través del libre comercio, llevó a dictaduras militares bajo el pretexto de construir una verdadera democracia liberal pero que perseguía a todos aquellos que se opusieran a la visión liberal.

La visión conservadora de una sociedad orgánica se enraizó en el aparato del Estado argentino a medida que crecía el temor por una revolución comunista. Este temor generó medidas autoritarias designadas para controlar a los movimientos subversivos, desarrollar una red de inteligencia, limitar el flujo de extranjeros, apoyar grupos de derecha y determinar los hábitos privados de los ciudadanos. El miedo al comunismo también explica la adopción de políticas proteccionistas dado que se pensaba que la sustitución de importaciones, así como un fuerte Estado de bienestar era lo que disminuiría el descontento social (Waisman, 1987). Tal temor sería el que sustentara la proclividad de la Argentina hacia el Eje durante la Segunda Guerra Mundial.

Este temor endémico por la revuelta social fue magnificado durante la Guerra Fría. Ella dio nacimiento a la “doctrina de la seguridad nacional” que legitimó las violaciones masivas a los derechos humanos de la década del setenta. Esta doctrina, sustentada por ideólogos nacionales así como por asesores militares norteamericanos y franceses, concebía una “guerra total” en la que toda la población estaba comprometida; según esta visión el enemigo, los agentes comunistas, habían infiltrado masivamente a la población, principalmente en el sistema educativo, las profesiones y el movimiento sindical. El enemigo conducía la guerra a través de la agitación intelectual y actos terroristas arbitrarios. La doctrina de la seguridad nacional y la imagen concomitante de la guerra total se enraizó firmemente en aquellos sectores que habían sido más influenciados por la concepción orgánica y conservadora de la sociedad.³⁴

34 Como veremos más adelante, en la filosofía política ha habido recientemente cierto renacimiento de una concepción orgánica de la sociedad con el

La segunda tendencia, el *corporativismo*, es con frecuencia objeto de malentendidos. Guillermo O'Donnell astutamente nota que el aspecto que distingue al corporativismo latinoamericano es su *bifrontalidad* (O'Donnell, 1977: 47-87). Es un medio para controlar a ciertos sectores de la sociedad a través del aparato del Estado y también una forma en la que diferentes grupos de interés hacen llegar sus opiniones estridentes dentro del aparato del Estado para influir en sus decisiones y lograr una protección especial.³⁵

El corporativismo latinoamericano es incluyente o excluyente dependiendo de si la clase trabajadora, representada por el movimiento sindical, se encuentra dentro de la constelación corporativa (O'Donnell, 1977: 67-70).

El corporativismo argentino oscila entre las dos categorías. El régimen militar que surgió del golpe de 1930 era excluyente, el golpe de 1943 —que tenía similares tendencias nacionalistas y filofascistas— produjo un corporativismo incluyente apoyado por el movimiento sindical. Mientras el régimen cuasiconstitucional de Perón fue incluyente, los golpes contra los gobiernos peronistas en 1955, 1966 y 1976 fueron claramente diseñados para restablecer un corporativismo excluyente. El presente gobierno del presidente Carlos Menem, sin dudas tiene fuertes tendencias corporativas, pero es el primer gobierno peronista decididamente excluyente. El corporativismo argentino fue un instrumento tanto de regímenes militares como de democracias populistas. Mientras el corporativismo alternó entre manifestaciones excluyentes e incluyentes, los principales miembros de la constelación corporativa (las Fuerzas Armadas, la Iglesia Católica y grupos empresarios) permanecieron constantes.

Los militares, sobre todo durante el primer y el tercer período histórico, lograron un posición de preeminencia.³⁶ La preeminencia militar

surgimiento del movimiento que se ha dado en llamar "comunitarismo". Para una descripción y crítica de este movimiento, véase Nino (1989: 37).

35 El corporativismo latinoamericano se diferencia del fascismo en dos aspectos: 1) el corporativismo facista fue conducido exclusivamente desde el Estado y el partido oficial; y 2) el grado de control que ejercía sobre los diferentes sectores sociales era mucho más intenso. El corporativismo latinoamericano también se diferencia de los sistemas democráticos en los que los grupos de interés y los lobbies intentan guiar la política oficial. En las democracias, movimientos espontáneos intentan influir en las decisiones gubernamentales, mientras que los esfuerzos corporativos están altamente organizados y detalladamente calculados.

36 Aun durante el segundo período (1853-1930), en el cual prevalecieron gobiernos civiles cuasidemocráticos, varios presidentes electos exhibían

surge parcialmente de la concepción conservadora de una sociedad orgánica que ve en los militares, junto con la Iglesia y otros grupos corporativos, parte del “verdadero” entramado de la sociedad. Por supuesto, cuando la doctrina de la seguridad nacional radicaliza el campo ideológico, los militares son vistos como los salvadores de la Nación frente a la amenaza permanente de la subversión. La posición privilegiada de los militares, por lo tanto, es instrumental a su rol como los custodios de los valores nacionales. Las Fuerzas Armadas infiltraron toda la sociedad civil; muchos servicios públicos, como el servicio meteorológico, aeropuertos civiles, la aviación civil, y aun algunas escuelas secundarias están controladas por las Fuerzas Armadas. Los militares mantienen un veto, aun durante los gobiernos civiles, sobre varias cuestiones de seguridad interna y de inteligencia. Todos los miembros de las Fuerzas Armadas están exentos de la jurisdicción ordinaria por crímenes cometidos en conexión con los servicios militares. Los miembros de las Fuerzas Armadas también gozan de un amplio rango de beneficios entre los que se incluyen créditos para la vivienda subsidiados, acceso a clubes especiales y lugares de vacaciones, y un temprano retiro. Sus salarios son relativamente altos, y el presupuesto militar ha consumido tradicionalmente un desproporcionado porcentaje del gasto público.

La Iglesia Católica ha gozado y en cierta manera continúa gozando de un estatus privilegiado. La Constitución obliga al Estado a “sostener” a la Iglesia Católica, lo que ha sido interpretado por la mayoría de los juristas como un limitado apoyo financiero. Como tal, el Estado provee concesiones para predios destinados a iglesias, subsidios a escuelas católicas y salarios de los sacerdotes. Lo más fundamental es que la Iglesia ha sido concebida como la guardiana de los valores nacionales. El resultado de ello es que la Iglesia mantiene un poder de veto en todas las cuestiones relacionadas con la educación, la familia, la anticoncepción, el aborto, y los hábitos sexuales.

El movimiento sindical ha gozado de un estatus de privilegio desde el primer gobierno peronista, lo que garantizó a la Confederación General del Trabajo (CGT) un monopolio sobre la representación de los trabajadores. El poder financiero de la CGT también fue aumentado en gran medida cuando se le entregó el control sobre todo el sistema de

afinidad con las Fuerzas Armadas. Por ejemplo, Julio Argentino Roca fue el general que conquistó gran parte de la Patagonia de manos de los indios.

seguridad social y de salud. Por otro lado, ciertos grupos económicos y asociaciones de empresarios fueron beneficiarios de las políticas de sustitución de importaciones discutidas más arriba. Los grandes terratenientes, principales productores de las exportaciones agrícolas, recibían la mayor parte de la moneda extranjera. Siempre que fue necesario aumentar las exportaciones para controlar el déficit de la balanza comercial, los terratenientes recibieron beneficios en la forma de devaluaciones, exenciones impositivas y restitución de impuestos. El sector industrial fue el beneficiario de gran parte de las leyes proteccionistas (barreras aduaneras, exenciones impositivas y créditos especiales). Más aún, al brindar concesiones de obra pública o contratos con proveedores del Estado para servicios públicos a unos pocos grandes grupos económicos, los gobiernos argentinos aumentaron sus privilegios y aseguraron todavía más su control sobre la economía.

La tercera tendencia, la *anomia*, consiste en la inclinación hacia la ilegalidad y el incumplimiento de las normas sociales. La anomia es un legado del período colonial, cuando los funcionarios locales frecuentemente proclamaban que “aquí la ley se acata, pero no se cumple”.³⁷ Durante los primeros cincuenta años luego de la independencia, la Argentina no pudo sancionar una Constitución, que era irónicamente definida por el dictador Juan Manuel de Rosas como “ese cuadernito”. Algunas leyes, como la Ley de Colonización de Tierras de Rivadavia, permitieron a quienes tuvieran conexiones adquirir grandes porciones de tierra sin cargo; esta tierra sirvió eficientemente para fortalecer su poder social y económico a través de toda la historia argentina. Durante el segundo período (1853-1930), el fraude electoral fue un potente ejemplo de anomia institucional. Durante el tercer período (1930-1983), la anomia se evidenció por el uso de los golpes de Estado como un medio para llegar al poder político o el uso de mecanismos inconstitucionales para aumentar el poder presidencial.

El reconocimiento judicial de la legitimidad de los golpes de Estado y de la capacidad de los regímenes de facto para sancionar leyes es tal vez el más claro ejemplo de anomia institucional. Los jueces argentinos han desarrollado la doctrina de las leyes de facto para legitimar normas sancionadas por los gobiernos militares. En una decisión de 1968 (*in re* “Martínez”), la Corte Suprema legitimó un decreto presidencial que

37 Véase mi discusión sobre el origen y evolución de la anomia en la Argentina en Nino (1992b: 53-136).

semejaba una ley. Luego del golpe de 1930, la Corte Suprema reconoció oficialmente al nuevo régimen como gobierno legítimo dado que controlaba el aparato coercitivo del Estado y podía mantener la ley y el orden. En 1947 la Corte Suprema expandió la doctrina de las leyes de facto declarando que los decretos promulgados por los gobiernos militares eran válidos aun luego de que los militares dejaran el poder y en tanto el gobierno constitucional no derogara explícitamente esa ley. Otras decisiones que siguieron a las mencionadas otorgaron aun mayores poderes legislativos a los gobiernos militares. Este proceso culminó en 1976 cuando la Corte Suprema de la Nación reconoció la autoridad militar para modificar y suspender la Constitución.

Como veremos, en 1984 esta doctrina fue radicalmente modificada por la Corte Suprema en el caso "Videla", al declarar que la ley de amnistía de los militares era una ley nula por su origen y por su contenido. La Corte Suprema declaró válidos los decretos militares sólo si fueron explícita o implícitamente ratificados a través de un debido procedimiento constitucional. Por desgracia, la expansión de la corte producida por el presidente Menem en 1990 motivó el regreso a la antigua doctrina; su corte declaró que, a pesar de "evaluaciones ideológicas o afectivas de la democracia", las leyes sancionadas por un régimen militar eran tan válidas como las sancionadas por el Congreso.

Más allá de estas ramificaciones institucionales, la anomia es un fenómeno expandido social y políticamente. El mercado negro florece en la Argentina. La evasión impositiva, a pesar de haber sido más controlada en los últimos años, es enorme. Los ciudadanos toman parte de varias prácticas corruptas, desde contrabando hasta soborno. Las reglas del tránsito, como los límites de velocidad, son raras veces respetados. La literatura folclórica argentina y muchas letras de canciones, incluido el tango, manifiestan desconfianza respecto del derecho y la justicia, que son vistos como instrumentos de opresión por parte del poderoso.

Creo que esta extendida anomia es el resultado de una acción colectiva ineficiente (Nino, 1992b: 53-88). Todos estarían mejor si las leyes se obedecieran, pero nadie en particular concibe la obediencia desde su autointerés. Las ineficiencias que llevan a la anomia, como el cuasimonopolio de la propiedad de la tierra, la corrupción y la baja productividad, pueden ayudar a explicar la reversión ostensible del desarrollo social y económico de la Argentina. La anomia también está relacionada con el corporativismo. La más alta expresión de una sociedad obediente de la ley es el Estado de Derecho, que supone la aplicación universal e imparcial de las normas jurídicas. El corporativismo, que se basa en otorgar a

grupos particulares privilegios especiales y extralegales, desafía el Estado de Derecho provocando, por lo tanto, anomia.

La cuarta característica definitoria es la *concentración de poder*. El régimen colonial español, altamente centralizado, fue el que impuso este legado sobre la Argentina. A través de los primeros cincuenta años luego de la independencia surgieron conflictos acerca de la correcta distribución de poder entre Buenos Aires y las provincias. La Constitución sancionada, con sus reformas de 1860, institucionalizó un débil sistema federal, con Buenos Aires como la capital del país. Los residentes de Buenos Aires gozaron del uso privilegiado de las instituciones gubernamentales, y para aumentar su posición privilegiada, los grupos poderosos apoyaron las iniciativas gubernamentales para aumentar el gasto público en Buenos Aires. Hoy, más de una tercera parte de la población vive en el área de Buenos Aires, mientras grandes extensiones de la Argentina permanecen desiertas.

La concentración del poder no sólo se manifiesta en el balance entre el gobierno federal, por un lado, y los gobiernos provinciales y municipales, por el otro. También, dentro del mismo gobierno federal, el poder se ha concentrado en la presidencia a expensas de los poderes Legislativo y Judicial. Esto dio como resultado un sistema hiperpresidencialista de gobierno. El padre de la Constitución argentina, el jurista Juan Bautista Alberdi, emuló explícitamente la Constitución chilena de 1828 (Alberdi, 1979: 26-28). Alberdi creía que la historia argentina demandaba un rey electo, un gobierno democrático en su origen, pero no en su ejercicio. De acuerdo con ello el texto constitucional otorga al presidente los siguientes poderes que están ausentes en su contraparte norteamericana: designar los miembros de su Gabinete y otros funcionarios ejecutivos sin la confirmación del Senado; sanción unilateral del estado de sitio cuando el Congreso se encuentra en receso; la capacidad de detener y desplazar personas durante un estado de sitio; y (aunque es debatible) la capacidad de desplazar autoridades provinciales elegidas en períodos de inestabilidad interna o externa.

Más importante que los poderes otorgados constitucionalmente son los poderes presidenciales que se han creado de facto. Por ejemplo, el presidente ha adquirido a través de la delegación implícita varios poderes legislativos. Asimismo el presidente ha adquirido poder para usurpar prerrogativas legislativas cuando las cuestiones suponen "necesidad y urgencia". El Ejecutivo puede vetar parte de una sanción del Congreso y personalmente promulgar el resto amoldando la legislación como mejor le plazca. A pesar del hecho de que la Constitución sugiere lo contrario, el presi-

dente también ha asumido el poder de indultar procesados en juicio sin condena. El presidente tiene el poder de crear, por decreto, instituciones cuasiejecutivas, como el Banco Central, que son directamente controladas por él.³⁸ Las experiencias militares complementaron y contribuyeron a la concentración del poder en el gobierno federal y, más específicamente, en el Poder Ejecutivo. Durante los regímenes militares el poder descansaba completamente dentro del Ejecutivo Federal. Las Juntas ejercían control sobre las funciones diarias del gobierno. El presidente militar sancionaba legislación (un terreno constitucionalmente reservado al Congreso), así como decretos ejecutivos. En el régimen militar usualmente se cambiaba a todos los jueces de la Corte Suprema, junto con cualquier otro juez políticamente "obstaculizante", y se nombraban jueces-títeres que en definitiva aprobaban doctrinas que facilitaban el control militar. El presidente militar también dominaba los gobiernos provinciales, dado que los gobernadores de las provincias respondían directamente a aquel. El presidente militar devino el centro natural del poder en la Argentina.

En mi concepción, estos cuatro fenómenos (dualismo ideológico, corporativismo, anomia y concentración del poder) construyen el escenario para las violaciones masivas de derechos humanos perpetradas por el gobierno militar luego de 1976. El intento de castigar tales abusos luego de 1983 debe ser concebido como parte de una estrategia más general de contrarrestar estas tendencias.

POLARIZACIÓN POLÍTICA Y ESCALADA DE VIOLENCIA: 1960-1976

A pesar de que el tercer período histórico que comenzó en 1930 se caracterizó por su inestabilidad, la atmósfera no devino violenta sino hasta los años sesenta. Desde 1930 en adelante dictaduras, golpes de Estado y enfrentamientos políticos resultaron en muertes y violaciones diversas de derechos humanos, pese a que estas se mantuvieron como incidentes aislados. Sin embargo, desde mediados de los sesenta en adelante, la Argentina ingresó en un período sangriento de terrorismo de izquierda y de derecha, y de represión estatal. Esta espiral de violencia culminó en los abusos masivos a los derechos humanos de los años setenta.

38 Para un análisis en profundidad de estos puntos específicos y la estructura general del hiperpresidencialismo, véase Nino (1992a).

Los primeros signos de violencia fueron perceptibles ya en 1959-1960, con el en definitiva frustrado movimiento guerrillero llamado Uturun-cos. En 1962 un grupo trotskista voló un edificio de departamentos de Buenos Aires. En agosto de 1963, el Movimiento Nacionalista Revolucionario Tacuara robó una clínica, matando a dos guardias. En 1964, se estableció un brazo revolucionario del movimiento peronista con el apoyo del propio Perón. En 1966, un golpe de Estado liderado por el general Onganía depuso al presidente Arturo Illia, del Partido Radical. El régimen así establecido se convirtió en un Estado represivo burocrático-autoritario. Las universidades fueron purgadas de disidentes. Los opositores fueron detenidos bajo el estado de sitio, y el gobierno –inspirado por sectores de derecha de la Iglesia– estableció normas estrictas de moralidad privada. El régimen también inició un plan económico neoliberal que redistribuyó el ingreso de los trabajadores a los dueños del capital, y de pequeñas empresas nacionales a las empresas multinacionales.

A partir de este contexto emergieron los más importantes grupos guerrilleros. El Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP), fundado como una facción guevarista, comenzó sus actividades terroristas en 1969. Entre las más prominentes se destacan el secuestro del cónsul honorario británico Stanley Silvester en 1971, y el asesinato de Oberdam Sallustro, gerente general de la empresa de automotores Fiat, en 1972. Las Fuerzas Armadas Peronistas (FAP) se formaron en 1968 y fueron lideradas por Envar El Kadri y Carlos Caride; en 1971 fue disminuyendo su accionar cuando sus más altos líderes fueron encarcelados. Las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR) nacieron en 1966 con la esperanza de convertirse en el eslabón con la guerrilla boliviana iniciada por el Che Guevara. Cuando este último fue asesinado en 1969, las FAR, lideradas por Carlos E. Olmedo y Roberto Quieto, comenzaron una persistente actividad de terrorismo urbano que incluyó bombas en una cadena de supermercados propiedad de Nelson Rockefeller. Las FAR se unieron con Montoneros en 1973. El Ejército Nacional Revolucionario, asociado con el semanario *El Descamisado*, asesinó a dos importantes líderes sindicales, Augusto Vandor y José Alonso, antes de unirse a Montoneros en 1970.

Los Montoneros, una facción del movimiento peronista, fue el más estable de los grupos de guerrilla de izquierda.³⁹ Formado por un pequeño grupo de estudiantes católicos de familias de clase media alta que origi-

39 Para una descripción detallada de los orígenes y la evolución de los Montoneros, véase Gillespie (1982).

nariamente habían sido atraídos por una ideología nacionalista de derecha, los Montoneros rápidamente giraron a la izquierda.⁴⁰ Montoneros, como los otros movimientos de guerrilla urbana, adoptó una estructura celular y militarista, con grados y jerarquías. Sus miembros creían que el movimiento corporizaba la doctrina de “socialismo nacional” en su forma más pura.⁴¹ Mientras Perón estuvo en España los apoyó y alentó. Montoneros capitalizó el creciente descontento popular con las políticas económicas, sociales y educativas del gobierno que culminaron en el Cordobazo, una protesta callejera violenta ocurrida en Córdoba en 1969, que fue en definitiva reprimida por las Fuerzas Armadas.

En el primer aniversario del Cordobazo, los Montoneros secuestraron y luego asesinaron al ex presidente militar Pedro Eugenio Aramburu, en venganza por la ejecución de militares peronistas rebeldes en 1956. Los Montoneros sufrieron gran cantidad de bajas cuando, en sucesivas operaciones, como la toma de La Calera en julio de 1970 y el robo al Banco Galicia en septiembre del mismo año, sus líderes fueron asesinados. Varios de sus miembros sobrevivientes fueron enjuiciados y condenados por su participación en esas acciones. A pesar de ello, Montoneros siguió siendo una parte activa del movimiento peronista y fue en definitiva responsable del retorno de Perón.

El creciente deterioro del clima socioeconómico aceleró la decisión de las Fuerzas Armadas de reemplazar a Onganía por el general Alejandro Agustín Lanusse, quien planeó legalizar el peronismo y llamar a elecciones. Entretanto, las operaciones de la guerrilla continuaban y las Fuerzas Armadas contrarrestaban esa violencia con represión (comandos de muerte, bombas en las oficinas de los abogados que defendían terroristas, torturas, encarcelamientos) a pesar de que se realizaba en un grado menor al del régimen de Onganía. Recuerdo, por ejemplo, un incidente en el que cinco policías fuertemente armados entraron en mi estudio jurídico preguntando por mi socio. A pesar de que las fuerzas de seguridad nunca volvieron, su presencia consiguió que sintiéramos cierta intimidación.

40 El grupo fundador de Montoneros incluía a Fernando Abal Medina, Norma Arrostito, Carlos Gustavo Ramus, Mario Eduardo Firmenich, Emilio Ángel Maza, Carlos Capuano Martínez, José Sabino Navarro. Estos fundadores estuvieron muy influenciados por escritores nacionalistas y sacerdotes del movimiento tercermundista, como Carlos Mujica y el ex seminarista Juan García Elorrio.

41 Hablo de “socialismo nacional” para diferenciarlo del nacionalsocialismo que se refiere a la ideología nazi.

En agosto de 1972 varios líderes de alto rango de ERP, FAR y Montoneros, encarcelados en Rawson, intentaron escapar a través de Trelew. Pese a que algunos tuvieron éxito, otros volvieron a ser capturados y finalmente asesinados por los guardias militares en lo que se conoció como la "Masacre de Trelew".

Luego de las elecciones del 11 de marzo de 1973, en las que los peronistas pudieron participar legalmente por primera vez desde la caída del régimen de Perón,⁴² los Montoneros disminuyeron su actividad terrorista y comenzaron su trabajo político dentro de la Juventud Peronista. Cuando el delegado de Perón, Héctor Cámpora, tomó la presidencia el 25 de mayo de 1973, los miembros guerrilleros encarcelados fueron amnistiados e inmediatamente liberados por una gran multitud de simpatizantes. El ERP, liderado por Santucho, continuó con operaciones de guerrilla, pero los Montoneros y otros grupos peronistas hicieron una pausa, tomando ventaja de sus cercanos contactos con algunos ministros del gobierno de Cámpora y en la Universidad de Buenos Aires (Gillespie, 1982: 123-127). Perón, enojado por los gestos de independencia de Cámpora, lo forzó a renunciar cuarenta y nueve días después de la asunción. Se llamó a nuevas elecciones en las que Perón era uno de los candidatos, para septiembre de 1973. Cuando Perón volvió al país el 20 de junio de 1973, se produjeron estallidos de violencia entre la izquierda, incluyendo a los Montoneros, y facciones de la derecha peronista en medio de los millones de personas que esperaban a Perón en el aeropuerto de Ezeiza en Buenos Aires.⁴³ Cuando Perón asumió la presidencia, el 12 de octubre de 1973, los grupos armados peronistas redujeron casi totalmente sus actos de violencia, con la esperanza de que Perón iniciara sus políticas revolucionarias. A pesar de ello, Perón envió duras leyes penales al Congreso dirigidas a reprimir la actividad subversiva. El Día del Trabajador, el 1º de mayo de 1974, Perón se dirigió a cien mil personas reunidas en la Plaza de Mayo. Furioso por los cánticos de la izquierda, Perón alabó al movimiento sindical y criticó a la izquierda con los mote de "infiltrados" y "estúpidos imberbes". Los Montoneros y la Juventud Peronista se retiraron de la Plaza.

42 De todos modos, tecnicismos legales relacionados con su "ausencia" de la Argentina impidieron a Perón ser candidato en estas elecciones.

43 Al menos veinticinco personas murieron, la mayor parte de las cuales pertenecía a los grupos de izquierda. Perón, que finalmente arribó a otro aeropuerto, justificó la represión, afirmando que se debía establecer la ley y el orden.

La tensión entre Perón y los Montoneros no se profundizó sólo porque Perón murió de un ataque cardíaco a los 78 años, dos meses después del incidente de Plaza de Mayo. La tercera esposa de Perón, María Estela Martínez de Perón, o “Isabel”, lo reemplazó. Fue inmediatamente obvio que su administración sería dominada por el ministro de Bienestar Social, un astrólogo de extrema derecha enemigo de los grupos marxistas y de la izquierda peronista. A comienzos de 1973 creó un escuadrón de la muerte, la Alianza Anticomunista Argentina (la “Triple A”). La Triple A estaba compuesta por policías retirados, y protagonizó los asesinatos de personas de filiación izquierdista, y no sólo miembros de organizaciones guerrilleras sino también sacerdotes, intelectuales, abogados y políticos. Entre sus víctimas se cuentan el intelectual Silvio Frondizi, el padre Carlos Mujica, el general chileno Prats y Atilio López, el ex gobernador de Córdoba. Para septiembre de 1974 la Triple A ya había asesinado aproximadamente a doscientas personas (Gillespie, 1982: 155).

Los Montoneros volvieron a la actividad subversiva como respuesta, denunciando al gobierno de Isabel como antiperonista. Con más de cinco mil miembros en su momento culminante del año 1975, y con una inyección de fondos provenientes de un secuestro muy lucrativo,⁴⁴ Montoneros comenzó la escalada de su actividad militar, principalmente contra blancos policiales. El asesinato del jefe de la Policía Federal, Alberto Villar, un esfuerzo cooperativo entre Montoneros y algunos grupos marxistas, fue la más espectacular de estas actividades. En octubre de 1975 Montoneros atacó un cuartel militar en Formosa. En diciembre de 1975, la policía y las Fuerzas Armadas arrestaron a uno de los jefes montoneros, Roberto Quieto, mientras jugaba en la playa con su familia. Inmediatamente después, los militares asaltaron bases guerrilleras, con el resultado de muchas desapariciones y el fuerte indicio de que Quieto había hablado luego de la tortura. Como resultado, Quieto fue sentenciado a muerte por un tribunal revolucionario.

El 23 de diciembre de 1975 el ERP movilizó sus fuerzas para atacar al Ejército en Monte Chingolo, provincia de Buenos Aires. Aparentemente la información se filtró al Ejército, el que repelió exitosamente el ataque. La mayor parte de los atacantes del ERP fueron muertos, lo que devino en una herida fatal a la organización ERP.

44 Los Montoneros recibieron sesenta millones de dólares por el rescate de Juan y Jorge Born, directores de la multinacional Bunge y Born, luego de su secuestro ocurrido en septiembre de 1974 (Gillespie, 1982: 180-181).

De acuerdo con *The Buenos Aires Herald* se produjeron 200 muertes por causas políticas durante 1974, 860 durante 1975 y 149 en los tres meses previos al golpe de 1976 (Gillespie, 1982: 215). *The Buenos Aires Herald* también informó que de las 705 muertes políticas ocurridas entre el 1° de julio de 1974 y el 12 de septiembre de 1975, 248 personas eran miembros de grupos de izquierda, 131 murieron en enfrentamientos armados, 41 eran miembros de grupos de derecha, 75 eran policías, 34 miembros del Ejército, 19 empresarios, 35 eran personas sin orientación política identificable y 122 eran cuerpos no identificados. De acuerdo con las fuerzas de seguridad, en el período que comenzó en mayo de 1973 y terminó en marzo de 1976 las muertes relacionadas con el terrorismo se elevaban a 1358, e incluían a 445 subversivos, 180 policías, 66 miembros de las Fuerzas Armadas y 667 civiles. Amnistía Internacional estimó que la violencia de derecha dio como resultado 1500 muertes en un período de dieciocho meses (Gillespie, 1982: 215, n. 156).

Entretanto la represión militar aumentaba. En febrero de 1975 el Ejército luchaba contra el ERP en Tucumán. En mayo de 1975, la presidenta Isabel Perón, por decreto, autorizó la intervención del Ejército en la lucha contra las fuerzas subversivas en Tucumán. En julio de 1975 el Ejército, junto con los sindicatos, forzó la renuncia de López Rega. En agosto de 1975 el general Jorge Rafael Videla fue nombrado comandante en jefe del Ejército y en octubre de ese año el Ejército comenzó a formar parte de un consejo de seguridad interna encabezado por la presidenta. La policía fue muy pronto subordinada al Ejército. Este último comenzó a presionar para que Isabel Perón renunciara. En junio de 1975 un decreto presidencial autorizó al Ejército a enfrentar agresivamente a la subversión en todo el país. Fue en medio de esta extendida violencia de izquierda y derecha, de una economía deteriorada y de ilimitada corrupción que las Fuerzas Armadas decidieron tomar el control del gobierno. El 24 de marzo de 1976 los militares derrocaron a Isabel Perón. El período más oscuro de la historia argentina estaba por comenzar.

LA DICTADURA MILITAR: 1976-1980

La Junta Militar liderada por el general Jorge Rafael Videla, comandante en jefe del Ejército, el almirante Emilio Eduardo Massera, de la Armada, y el brigadier Orlando Ramón Agosti, de la Fuerza Aérea, tomó el

control del gobierno argentino. Al mismo tiempo Videla fue nombrado presidente de la Nación. La Junta sancionó inmediatamente un "acta fijando los propósitos y objetivos básicos del proceso de reconstrucción nacional". Esta acta identificaba los objetivos de la Junta: asegurar la primacía del Estado (y lograr la seguridad nacional), promover la moralidad (lo que incluía la cristiandad) y la eficiencia, erradicar la subversión, y promover el desarrollo económico.

Ese mismo día la Junta promulgó regulaciones que delimitaban sus funciones, junto con las del Ejecutivo. La Junta era el órgano supremo del Estado; sus miembros, los comandantes de las tres armas, cuyo término duraba tres años. El presidente era un miembro de la Junta nombrado por ella que podía sancionar unilateralmente ciertos tipos de legislación. Las leyes que una comisión legislativa asesora, compuesta por delegados de las tres fuerzas, no clasificaban como importantes, eran promulgadas por la comisión y aprobadas por el presidente. Las leyes que fueran definidas como importantes eran promulgadas directamente por el presidente, a menos que él no acordara con esa clasificación, en cuyo caso la Junta resolvería el conflicto.

La Junta restringió inmediatamente las libertades civiles. Las Fuerzas Armadas suspendieron el art. 23 de la Constitución que garantizaba a quienes fueran arrestados bajo el estado de sitio el derecho a dejar el país. El Congreso fue disuelto. Los jueces de la Corte Suprema, como todos los jueces que ocupaban cargos políticamente sensibles, fueron destituidos y reemplazados por personas confiables para los militares. Muchos gobernadores provinciales y legisladores fueron también apartados de su cargo. Las Fuerzas Armadas realizaron purgas en las universidades. Los miembros de las Fuerzas Armadas tomaron el control de los canales estatales de radio y televisión. En los días siguientes una dura legislación penal estableció la pena de muerte como castigo por actividad subversiva. Las cortes marciales lograban jurisdicción sobre los civiles imputados de la comisión de actos subversivos. La Junta prohibió la actividad política y sindical. El presidente promulgó una ley que permitía al gobierno apartar a funcionarios sospechados de subversivos. El hábeas corpus fue severamente restringido.

La Junta nombró a José Alfredo Martínez de Hoz como ministro de Economía. Este inició un plan quinquenal de estabilización. Este plan fue aprobado por el FMI y diseñado para imponer austeridad fiscal, eliminar barreras comerciales, forzar la devaluación de la moneda y promover el flujo de capital extranjero. El plan de austeridad resultó en la desindustrialización y la fuerte caída de los salarios de los

trabajadores,⁴⁵ y la acumulación de una deuda externa que hacia el final del régimen militar sumaba más de cuarenta y cinco mil millones de dólares. Toda oposición popular a tales medidas fue reprimida.

El control militar llegó a niveles de violencia sin precedentes. Las Fuerzas Armadas organizaron en forma sistemática la represión, formando grupos de tareas que eran, cada uno de ellos, responsables por el secuestro de "subversivos", su tortura e interrogatorio, su ocultamiento en centros clandestinos y su posterior asesinato realizado de diversas formas, la más común de ellas arrojarlos desde aviones al mar. Unos pocos de aquellos que "desaparecieron" fueron luego liberados, en general con la condición de que dejaran el país; otros fueron hechos prisioneros legales, sujetos a los caprichos de un oficial con enorme poder bajo el estado de sitio o llevados a juicio ante tribunales militares o civiles.

Grupos de tareas vestidos con ropas civiles y manejando autos sin patente llevaban a cabo los secuestros; la policía local seguía las órdenes que le prohibían intervenir en el secuestro. Normalmente el hogar de la víctima era allanado y destruido al mismo tiempo que el secuestro tenía lugar. Quienes lo perpetraban también robaban para su beneficio personal. Los niños de padres secuestrados eran o bien entregados a los vecinos o llevados por los miembros de los grupos de tareas o secuestrados junto con sus padres. Aquellos que eran secuestrados eran transportados a la fuerza a más de 300 centros clandestinos de detención, como la ESMA, "Automotores Orletti", "Club Atlético" en Buenos Aires o "La Perla" en Córdoba. En los centros de detención la víctima era sujeto de torturas, humillaciones y abusos sexuales. Los militares utilizaban técnicas como la electrocución, la inmersión y el encierro de prisioneros en celdas con perros. Las violaciones ocurrían frente a familiares cercanos. Si una víctima era judía se la sometía a un tratamiento especialmente duro, y las humillaciones sucedían frecuentemente en habitaciones decoradas con insignias nazis (Timerman, 1981).

Las siguientes historias, que son por supuesto una muy breve selección de las dramáticas experiencias sufridas bajo el régimen militar, ilustran la profundidad y severidad de la represión. El 14 de mayo de 1976, a las cinco de la mañana, cinco hombres armados violentaron la entrada al

45 Hacia fines de septiembre de 1976 el ingreso real de un trabajador era un 50% menor al de los niveles de 1974 (Gillespie, 1982: 230).

departamento de Emilio Mignone en el centro de Buenos Aires. Varios vehículos armados esperaban en la calle, impidiendo el paso a los peatones. El área fue declarada “liberada”, lo que significaba libre de la intervención de la policía local. Los intrusos, a pesar de estar vestidos con ropas civiles, decían ser miembros del Ejército. Preguntaban por su hija de veinticuatro años, quien realizaba trabajo voluntario en villas miseria. Los secuestradores decían llevarla al Regimiento de Patricios para interrogarla sobre un amigo y dijeron que ella volvería en unas pocas horas. A pesar de que Mignone era un miembro prominente de la sociedad argentina y había sido subsecretario de Educación bajo el régimen militar anterior, no pudo descubrir el paradero de su hija. Su familia nunca la volvió a ver.

Mario Villani, un físico del Instituto Nacional de Tecnología Industrial, fue secuestrado el 18 de noviembre de 1977. Pasó cuatro años en detención clandestina en el campo El Olimpo donde fue torturado salvajemente. Con el tiempo se convirtió en el “periodista” del campo. En 1981, luego de cuatro años de encarcelamiento, fue liberado bajo supervisión, y luego sería uno de los testigos principales en el juicio contra los miembros de la Junta (Feitlowitz, 1992: 40-74). Ramón Miralles también contó su historia incluyendo “torturas indecibles”, y el secuestro de su familia entera, a la Conadep (Conadep, 1986: 395).

En su testimonio ante la Conadep (1986: 64-65), Susana L. Caride afirmó que fue secuestrada en julio de 1978. Fue objeto de una miríada de técnicas de tortura, que incluyeron simulacros de ejecución, descargas eléctricas, golpes y la “limpieza” de heridas con agua salada. Sus captores querían que revelara el paradero del funcionario judicial Guillermo Díaz Lestrem, quien más tarde desapareció. Pedro Miguel Vanrell atestiguó que los detenidos judíos eran forzados a gritar “Amo a Hitler” y que pintaban esvásticas sobre sus cuerpos (Conadep, 1986: 75). A un detenido judío de nombre “Chango”, se le ordenaba imitar a un perro y lamer las botas de sus guardias.

El profesor Alfredo Bravo, un miembro prominente del sindicato de maestros que luego se convertiría en subsecretario de Educación en el gobierno de Alfonsín, fue secuestrado en septiembre de 1977 y torturado para obtener información sobre los sindicatos. Fue convertido luego en un detenido legal bajo el estado de sitio y finalmente liberado bajo vigilancia (Conadep, 1986: 252-253). Los militares emplearon otros medios además de las desapariciones. Varios conocidos activistas fueron ejecutados sumariamente en la calle o en los descampados de los suburbios. Ejecuciones colectivas y masacres, como la de

marzo de 1978 de 200 prisioneros en la cárcel de Villa Devoto, han sido documentadas.⁴⁶

A pesar de que los funcionarios del gobierno negaban el conocimiento de estas atrocidades, estaban muy cerca de justificar tales medidas públicamente. Para ellos ésta era una “guerra sucia” contra un enemigo sin uniforme ni bandera. Dado que este enemigo no seguía las reglas de la guerra, el gobierno estaba justificado a recurrir a medidas extraordinarias para repeler la agresión. El general Roberto Viola, comandante en jefe del Ejército y presidente, declaró que la guerra, las heridas y la muerte iban de la mano. El general Leopoldo F. Galtieri, quien más tarde se convertiría en presidente (y comenzaría la guerra de Malvinas), afirmó que los militares no podían explicar lo inexplicable, ni dar razones a lo irracional y que para obtener el premio de la gloria, había que atravesar primero zonas de oscuridad y de fango.⁴⁷

El general Tomás Sánchez de Bustamante, quien fue luego juez en la corte militar encargada de enjuiciar a los responsables de las atrocidades, declaró que este tipo de lucha requería un completo secreto; por lo tanto, una nube de silencio debía caer sobre la prensa.⁴⁸ El general Ramón Camps, jefe de la Policía de la provincia de Buenos Aires, explícitamente afirmó a *Clarín* el 20 de enero de 1984 que

[...] teníamos que extraer información antes de las veinticuatro horas. Por supuesto es preferible actuar sin torturas y gritos de dolor, pero esto no siempre es posible, y en algunos casos es necesario para salvar la vida de ciudadanos honestos cuando uno está jugando contra el tiempo.⁴⁹

En conversaciones privadas, algunos oficiales militares de alto rango argumentaban que si cinco de cada cien secuestrados eran terroristas, la represión estaría justificada.⁵⁰

Mientras los miembros de la Junta autorizaban tácticas represivas, los oficiales militares de menor rango se mostraban deseosos de ejecutar-

46 *Clarín*, 30 de mayo de 1980, cit. por Mignone (1991: 69).

47 Íd.

48 Íd.

49 Íd.

50 Véanse los dichos del general Roualdes en una conversación privada con Mignone, en Mignone (1991: 67).

las.⁵¹ De los oficiales de menor rango, el que ha adquirido mayor notoriedad es el teniente Alfredo Astiz, acusado de disparar y secuestrar a una joven sueca, Dagmar Hagelin, en enero de 1977; de ayudar en el secuestro de las monjas francesas sor Alice Domon y sor Léonie Duquet en diciembre de 1977; y de facilitar el secuestro de una de las líderes de las Madres de Plaza de Mayo (Rosenberg, 1991). Además, algunos médicos y sacerdotes, como Christian Von Wernich, quien ha sido en varias ocasiones implicado por testigos en la Conadep, participaron de sesiones de tortura.

Mientras que muchos de los desaparecidos eran miembros de los movimientos de guerrilla de izquierda, muchos otros eran meramente familiares o amigos de quienes estaban comprometidos en esa actividad. Otros blancos inocentes de la represión fueron abogados que firmaron hábeas corpus en favor de los detenidos ilegalmente, periodistas que se quejaban de los abusos del régimen, psicoanalistas y escritores considerados peligrosos, miembros de grupos de derechos humanos, sindicalistas como Oscar Smith que se oponían a la política económica del régimen, y políticos considerados peligrosos. Por ejemplo, Héctor Hidalgo Solá, embajador de la Argentina en Venezuela, fue secuestrado en el centro de Buenos Aires el 18 de julio de 1977. De la misma forma desapareció Edgardo Sajón, secretario de Prensa del anterior presidente militar Lanusse. La “Noche de los lápices” es un desgarrador ejemplo de la forma en que la represión señalaba injustificadamente a ciudadanos inocentes. El 16 de septiembre de 1976 ocho adolescentes de entre 14 y 18 años fueron secuestrados en sus casas, llevados a varios centros clandestinos de detención, torturados y finalmente asesinados por su actividad en un movimiento de protesta de alumnos secundarios en favor del boleto de transporte estudiantil (Conadep, 1986: 329).

Por supuesto, esta dura represión neutralizó eficientemente la actividad terrorista de izquierda. El ERP sufrió pérdidas paralizantes en los cuatro meses anteriores al golpe y virtualmente dejó de existir en los cuatro meses posteriores (Gillespie, 1982: 231). Los líderes del ERP, Mario Roberto Santucho, José Benito Urteaga y Domingo Menna, fueron asesinados el 19 de julio de 1976.

51 Entre esos oficiales de menor rango están los comandantes del primer y tercer cuerpo de Ejército, generales Carlos Suárez Mason y Benjamín Menéndez; el jefe de Policía de la provincia de Buenos Aires, general Ramón J. Camps, y el comandante de la ESMA, almirante Rubén J. Chamorro.

Montoneros, enormemente debilitado por el asesinato de cientos de sus miembros, incluidos sus prominentes líderes Carlos Caride y Miguel Zabala Rodríguez, continuó organizando operaciones terroristas. Entre ellas: el asesinato del jefe de la Policía Federal, general Cesáreo Cardoso, el 18 de julio de 1976, a manos de Ana María González; el estallido de una bomba en el Departamento de Policía el 2 de julio de 1973 en el que resultaron muertas 25 personas y 60 heridos; las bombas en un auto que mataron a 11 policías y 2 civiles el 12 de septiembre de 1976; la bomba en el cuartel de policía provincial de La Plata el 9 de noviembre de 1976, que provocó la muerte de un oficial y otros 11 heridos; la explosión en el aeropuerto metropolitano en febrero de 1977; la explosión en el Edificio Cóndor del Comando de la Fuerza Aérea; y la explosión en una plataforma en la que Videla daba un discurso.

Los militares reaccionaron duramente frente a esas operaciones. En agosto de 1978 los Montoneros estimaban sus bajas posteriores al golpe en 4500 (Gillespie, 1982: 238). Varios miembros, incluidos líderes como Mario Firmenich y Fernando Vaca Narvaja, emigraron al exterior y comenzaron a pedir apoyo por el mundo. El de 1978 fue un año relativamente tranquilo gracias al campeonato mundial de fútbol, que tenía como centro la ciudad de Buenos Aires, dado que inevitablemente atraería visitantes extranjeros, incluidos los medios de comunicación. En 1979, sin embargo, Montoneros intentó vigorizar sus actividades apuntando contra miembros del Ministerio de Economía, hiriendo a la familia del secretario de Coordinación Guillermo Walter Klein, e intentando asesinar al secretario de Hacienda, Juan Alemann. Como respuesta, los militares aumentaron la represión, asesinando a miembros dirigentes de Montoneros. Esta violencia provocó disensos internos, y varios de los líderes que quedaban vivos emigraron. En ese lapso, varios terroristas detenidos en centros clandestinos colaboraron con sus captores, divulgando la identidad de sus compañeros y aun participando en los secuestros.⁵²

Al final el movimiento izquierdista mostró ser una amenaza insignificante a los 130 000 miembros de las Fuerzas Armadas. Los militares admitían aun, en respuesta al Reporte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que el número de víctimas de la actividad del terrorismo de izquierda era sólo un octavo del número oficial de de-

52 Algunas veces se desarrollaban extrañas relaciones entre los desaparecidos y sus captores. La más curiosa de ellas fue el matrimonio de una mujer montonera con el líder de la ESMA, almirante Chamorro.

sapariciones. La actividad terrorista de izquierda fue un pretexto útil para “disponer” de numerosos individuos considerados una amenaza a la consolidación del poder político, social y económico de los militares.

Ante tal represión el sistema judicial fue impotente para contener los abusos. Emilio Mignone, quien como padre de uno de los desaparecidos se convirtió en líder de un activo grupo de derechos humanos, estima que se presentaron aproximadamente 80 000 hábeas corpus durante el gobierno militar (Mignone, 1991: 91). La mayoría de las peticiones era rechazada sumariamente, siguiendo órdenes del Ministerio del Interior. El peticionante cargaba con las costas judiciales. Aun los pocos hábeas corpus que fueron aceptados eran prácticamente anulados dado que, de acuerdo con la Ley 21 312 sancionada en febrero de 1976, la decisión se suspendía de estar pendiente la apelación. A pesar de que la Corte Suprema en general rechazaba los hábeas corpus, hubo sin embargo una excepción notoria. Bajo el comando del general Camps un grupo secuestró al periodista Jacobo Timerman en abril de 1977. Algún tiempo después su arresto fue legalizado bajo las normas del estado de sitio. El abogado Genaro Carrió, quien sería el presidente de la Corte Suprema durante el gobierno de Alfonsín, presentó un hábeas corpus en favor de Timerman. La Suprema Corte aceptó la petición, a pesar de que parecía que los militares no acatarían la orden de liberación. Aparentemente, Videla insistió en la liberación de Timerman, y la Junta finalmente cumplió con la orden, expulsando a Timerman del país y quitándole la ciudadanía.

Hacia el final del régimen militar pareció que la Suprema Corte había cambiado de práctica. En varias ocasiones aceptó hábeas corpus y realizó algunas afirmaciones que podían ser potenciales precedentes. En el caso “Hidalgo Solá” la corte instruyó a los jueces a librar al peticionante. En el caso “Pérez de Smith” la Corte Suprema se dirigió al Ejecutivo haciéndole notar que la situación interna se había tornado grave y ordenándole tomar las medidas necesarias para asegurar las libertades reconocidas por la Constitución.

La prensa argentina sufrió la desaparición de varios periodistas, pero sin embargo no fue un vocero particularmente potente de la defensa de los derechos humanos. Con unas pocas excepciones, la más notable fue el periódico en lengua inglesa *The Buenos Aires Herald*, la prensa independiente permaneció silenciosa frente a los abusos, mientras la prensa oficial justificaba activamente la represión. De la misma manera varios sacerdotes, asociaciones religiosas, étnicas y profesionales fueron indiferentes a los abusos de derechos humanos. La Asociación de Abogados de

Buenos Aires fue una notable excepción. Científicos y escritores también permanecieron silenciosos. Nuevamente hubo excepciones, como el escritor Ernesto Sabato.

Quienes más insistentemente y eficientemente protestaban en el país eran, por supuesto, los familiares de los desaparecidos que se aliaron con varias personas para formar grupos de presión. El más antiguo de estos grupos, la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, proveyó de asistencia jurídica luego de 1975. La Asamblea Permanente por los Derechos Humanos resultó de una convergencia de líderes políticos y religiosos y fue codirigida durante un tiempo por Raúl Alfonsín. El Servicio de Paz y Justicia fue creado en 1974 por Adolfo Pérez Esquivel, quien, luego de ser detenido por dos años, recibió el Premio Nobel de la Paz. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), fundado oficialmente en 1980 por Emilio Mignone y Augusto Comte, fue un duro crítico de las violaciones a los derechos humanos en foros administrativos y judiciales.

Las Madres de Plaza de Mayo, que son conocidas en todo el mundo, lideradas por Hebe de Bonafini y compuestas por madres de desaparecidos, surgieron en 1977 como una protesta silenciosa (Simpson y Bennett, 1985). Cada jueves las Madres, con sus pañuelos blancos, marchaban silenciosamente alrededor de la pirámide de la Plaza de Mayo exigiendo que sus hijos les fueran devueltos con vida. Esas demostraciones continúan hasta hoy. Abuelas de Plaza de Mayo investigó la desaparición de más de 200 niños nacidos de quienes estaban en cautiverio.

Los militares acosaban continuamente a estos grupos. Por ejemplo Azucena Villaflor de Vicenti, una de las líderes de las Madres, fue secuestrada en diciembre de 1977, llevada a la ESMA, y jamás vuelta a ver. Tal secuestro fue orquestado por el teniente Alfredo Astiz, quien se había infiltrado en las Madres, bajo el nombre de "Gustavo Niño", afirmando que su hermana había desaparecido.

La oposición internacional a los abusos de derechos humanos fue bastante eficiente al atenuar la represión luego de 1979. A la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la que se había impedido realizar una visita a la Argentina por algún tiempo, se le permitió entrar en diciembre de 1978 debido al aumento de la presión de los Estados Unidos. Luego de realizar una detallada visita en 1979, la Comisión Interamericana publicó un reporte que contenía una seria condena al régimen militar argentino (CIDH, 1980). La Comisión Interamericana concluyó que, a través de acciones y omisiones, el Estado argentino, junto con sus agentes, violó muchos de los derechos humanos fundamentales reconocidos en la Declaración Americana de Derechos del Hombre, incluidos el derecho a la

vida, la libertad personal, la integridad y seguridad personal, y el derecho a juicio. La Comisión Interamericana centró su atención particularmente en las desapariciones, subrayando que habían disminuido a partir de la visita de la Comisión. El gobierno argentino se negó a la publicación del reporte en la Argentina sin sus refutaciones. El reporte de la Comisión atrajo el interés del presidente de los Estados Unidos, James Carter. La subsecretaria de Estado para los Derechos Humanos de los Estados Unidos, Patricia Derian, así como Tex Harris de la Embajada de los Estados Unidos en Buenos Aires, aplicaron una presión cada vez mayor sobre el régimen militar para limitar sus abusos en los derechos humanos.

LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA: FASE UNO, 1980-1983

Durante 1980 la dictadura militar comenzó a perder energía. La presión internacional forzó la disminución de la represión y la censura. Algunos periodistas comenzaron a criticar al gobierno. Aun la cuestión de las desapariciones comenzó a formar parte de discusiones en público. La mayor fuerza que estaba detrás del deterioro del gobierno fue el fracaso del plan económico de Martínez de Hoz, evidenciado por la quiebra del Banco de Intercambio Regional. A pesar de ello, el gobierno se negaba a considerar cualquier tipo de compromiso o de disminución de su poder. Dado que sus cinco años como presidente habían culminado, Videla fue reemplazado el 29 de marzo de 1981 por el general Eduardo Viola, quien había sido el comandante en jefe del Ejército. Viola comenzó charlas con políticos civiles, y también experimentó algunas medidas económicas importantes. La situación socioeconómica se deterioró tanto que la Junta reemplazó a Viola el 22 de diciembre de 1981 por el general Galtieri, el comandante en jefe del Ejército.

Cuando Galtieri asumió su cargo, la opinión pública ya había comenzado a volverse contra el régimen militar. El 30 de marzo de 1982 los sindicatos y los partidos políticos se unieron para denunciar públicamente las políticas sociales y económicas del régimen; la demostración, que juntó a decenas de miles de personas en la Plaza de Mayo, fue la más grande de las demostraciones opositoras al régimen. Yo concurrí con mi esposa Susana y algunos colegas, y fuimos recibidos por policía montada y gas lacrimógeno.

Como respuesta a tal oposición, Galtieri buscó cambiar drásticamente la imagen del gobierno. Dos días después de la demostración, el 2 de

abril de 1982 Galtieri invadió las Islas Malvinas, en posesión de Gran Bretaña desde 1830. La Plaza de Mayo se llenó nuevamente pero esta vez con el apoyo nacionalista a la invasión de Galtieri. La guerra de Malvinas, sin embargo, tuvo un trágico final para la Argentina, que se vio forzada a rendirse el 14 de junio de 1982. Esta derrota constituyó el comienzo del fin para el régimen militar. Galtieri renunció bajo la presión de las Fuerzas Armadas, y la Junta se desmanteló debido al disenso entre ellas. El general Reynaldo Benito Bignone se convirtió en presidente el 22 de junio de 1982. Los líderes de varios partidos políticos, que formaban la "multipartidaria", convinieron en demandar el levantamiento del estado de sitio, la legalización de la actividad política y el llamado a elecciones. Bignone prometió que gradualmente se iría permitiendo la apertura política, aunque sin entusiasmo.

El régimen militar tenía la esperanza de negociar los términos de la democratización. De todas formas los partidos no querían negociar abiertamente con un régimen que estaba desmoronándose. Propusieron, así, un llamado a elecciones generales para el 30 de octubre de 1983. Como respuesta el gobierno redactó quince condiciones, incluida la "no revisabilidad" de la "guerra sucia contra la subversión" y de los hechos de corrupción, así como la preservación de la continuidad del sistema judicial. Los partidos no admitieron estas condiciones, mientras se preparaban para la campaña electoral. La excavación de fosas comunes, reportes de prensa alarmantes y un clamor extendido en favor de la justicia retroactiva signaron la campaña electoral.

Fue en ese momento cuando un grupo de colegas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF), Genaro R. Carrió, Eugenio Buliging, Eduardo Rabossi, Jaime Malamud Goti, Martín D. Farrell, Ricardo Guibourg, y yo mismo, comenzamos a tener reuniones para discutir las formas de facilitar el proceso de democratización. Luego de decidir contactar a los líderes del Partido Radical, nos entrevistamos con Raúl Alfonsín en la casa de Juan Gauna. Nos impresionó de Alfonsín su compromiso con principios éticos, su disposición a la discusión de ideas y su cálida personalidad. Él parecía atraído por nuestro grupo y nos empezó a llamar "los filósofos", nombre que luego utilizaría la prensa. Comenzamos a mantener reuniones en su estudio jurídico del CISEA (un centro de investigación en Ciencia Política), con su socio, Dante Giadone, su secretario general, Dante Caputo, y otros dos colegas.

Mientras los partidos políticos trabajaban en los detalles del proceso de democratización, la Junta se reconstituyó, y el 23 de abril de 1983

publicó el “documento final de la Junta Militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo”, el así llamado “documento final”. En este documento los militares asumían la responsabilidad histórica de la guerra, pero afirmaban que las acciones militares fueron consecuencia directa de los decretos de Isabel Perón e Ítalo Luder de 1975. Más aún, a pesar de que las técnicas empleadas en la “guerra sucia” no tuvieron precedentes, la naturaleza del enemigo exigía tal respuesta. Los militares también admitían que, en la pasión del combate, algunos errores, incluidas violaciones a los derechos humanos, pudieron haber sido cometidos, pero que ellos debían ser dejados al juicio de Dios. Para preservar la jurisdicción militar y echar los cimientos para la justificación de la obediencia a órdenes superiores, el “documento final” también estipulaba que todas las acciones se habían conformado a los planes aprobados por el comando superior. El mismo día que la Junta lanzó el “documento final”, también ratificó una ley institucional que declaraba que

todas las operaciones contra la subversión y el terrorismo protagonizadas por las fuerzas de seguridad, la policía y el servicio penitenciario, bajo control operativo, en cumplimiento de los decretos 261/75, 2760/75, 2771/75 y 2772/75, fueron ejecutadas en conformidad con los planes aprobados supervisados por el comando superior orgánico de las Fuerzas Armadas y por la Junta Militar desde su constitución.

Varios grupos rechazaron duramente el “documento final” y las leyes institucionales que lo acompañaban. Aun la Iglesia Católica que, excepto por valerosos obispos como De Nevares, Hesayne o Laguna, había permanecido silenciosa o indiferente durante la mayor parte de la represión, declaró, a través de la Comisión Ejecutiva del Episcopado, que las afirmaciones de la Junta no mostraban un arrepentimiento suficiente por los errores cometidos, especialmente respecto de los niños desaparecidos, y mostraba una inadecuada atención a cualquier tipo de reparación.

En respuesta al “documento final”, Raúl Alfonsín, el candidato del Partido Radical para las elecciones, emitió un documento titulado “Esta no es la última palabra”. En este documento, Alfonsín prometía utilizar el sistema judicial para procesar a todos los que hubieran cometido acciones ilícitas. Alfonsín también declaró que las violaciones contra el derecho a la vida y a la integridad personal de individuos que no se resistían eran funciones ilegítimas de las Fuerzas Armadas. De esta manera deberían ser jueces civiles y no miembros de las Fuerzas Armadas, que es-

tuvieron implicadas en tales acciones, quienes deberían decidir si se aplicaban justificaciones como la obediencia debida, el error, o la violencia.

Al mismo tiempo, Jaime Malamud, Martín Farrell y yo comenzamos a trabajar con Raúl Alfonsín y Dante Caputo para diseñar las estrategias con las que se enfrentarían los abusos de derechos humanos cometidos en el pasado. Alfonsín también nos pidió que diseñáramos un paquete de leyes para asegurar la futura protección de los derechos humanos. Nosotros tres comenzamos a tener frecuentes almuerzos de trabajo en la Asociación de Magistrados, frente al Palacio de los Tribunales en Buenos Aires, junto con colegas y amigos de la Facultad de Derecho, como Ricardo Gil Lavedra y Andrés D'Alessio, quienes luego serían nombrados jueces del tribunal que enjuició a los comandantes, así como Enrique Paixao, quien luego sería nombrado secretario de Justicia.

Al articular un programa para tratar las violaciones de derechos humanos, Alfonsín identificó tres categorías de autores: los que planearon la represión y emitieron las órdenes correspondientes; quienes actuaron más allá de las órdenes, movidos por crueldad, perversión, o codicia; y quienes cumplieron estrictamente con las órdenes. Alfonsín creía que mientras las dos primeras categorías merecían el castigo, los que pertenecían al tercer grupo debían tener la oportunidad de reinserirse en el proceso democrático.

Alfonsín articuló por primera vez públicamente estas distinciones en una conferencia en la Federación Argentina de Colegios de Abogados en agosto de 1983. En esa conferencia, también planteó los cinco presupuestos filosóficos básicos respecto de los derechos humanos:

1. Todo ser humano goza de derechos humanos sin importar su raza, nacionalidad, o género;
2. Los derechos humanos aseguran que las personas no sean usadas como meros instrumentos al servicio de objetivos colectivos;
3. Los derechos humanos pueden ser violados tanto por acción como por omisión;
4. La legitimidad del gobierno está íntimamente ligada a la preservación y promoción de los derechos humanos; y
5. Como preocupación de la comunidad internacional, la defensa de derechos humanos trasciende las fronteras nacionales.

La posición de Alfonsín respecto de los derechos humanos y las formas de enfrentar las violaciones fue en general bien recibida, a pesar de que

su ambigüedad no intencional neutralizaba la controversia. Las categorías de Alfonsín eran bastante vagas. ¿Qué actos se situaron “más allá” de las órdenes? ¿Los actos que no formaban parte de los planes de operaciones, como los robos o las violaciones que fueron históricamente parte de la actividad militar? ¿O los actos que eran excesivos, sin importar que hayan sido objeto de órdenes, por la mera virtud de haber sido realizados por motivos siniestros? Esta última era la interpretación más aceptable para los grupos de derechos humanos.

En esa época Farrell, Malamud y yo nos reuníamos con Caputo en las oficinas de la calle Perú. Allí nos enteramos de que Alfonsín quería enjuiciar a los comandantes y a los oficiales de más alto rango, pero se mostraba escéptico respecto de enjuiciar a demasiados oficiales de rangos menores, temiendo una reacción peligrosa por parte de las Fuerzas Armadas. Nuestra tarea era diseñar algún tipo de mecanismo legal para facilitar los deseos de Alfonsín. Reconocíamos las dificultades que involucraba esta tarea, pero sin embargo comenzamos a estudiar las diferentes alternativas.

En una reunión posterior con Alfonsín, con la presencia del futuro ministro de Defensa Raúl Borrás, Horacio Jaunarena y Dante Esquiadone, presentamos la propuesta que yo escribí y que Horacio Verbitsky publicó en *Civiles y militares* (Nino y Malamud Goti, 1987: 389-391). La propuesta intentaba delinear y distinguir las tres categorías de Alfonsín. La primera se distinguía en virtud de la capacidad de deliberación de sus miembros, el rango y el nivel de comando. Distinguimos el segundo y el tercer grupo examinando detalladamente la justificación de la obediencia debida. Permitimos que esa justificación funcionara en el caso de la tortura. A pesar de que es cierto que la obediencia debida no es una excusa viable cuando se conecta con acciones aberrantes como la tortura, reconocíamos que en este particular contexto histórico se debía hacer una excepción. Tales actos aberrantes fueron cometidos bajo una intensa campaña de propaganda dirigida a legitimar la violencia bajo una presión permanente. Además, existían fuertes razones prudenciales para restringir el castigo a aquellos que actuaron fuera de ciertos límites y otorgar a otros (quienes seguían órdenes) la oportunidad de cooperar en la reconstrucción democrática. Esta distinción se hacía especialmente relevante si el castigo no se comprendía como retributivo sino más bien como una garantía del orden social para el futuro.

Creíamos que esta distinción entre quienes excedieron los límites de órdenes superiores y quienes cumplieron estrictamente con ellas debía ser decidida dentro de las Fuerzas Armadas en una audiencia que debe-

ría ser conducida por oficiales retirados antes de 1973. Ningún autor podría ser castigado a menos que tal cuerpo determinara que el oficial individual actuó más allá de sus órdenes, sea por codicia o por algún motivo personal. Dicho cuerpo determinaría la admisibilidad del castigo, y no la legalidad del acto. Esta distinción preservaba la igualdad entre los autores dado que no se hacía ningún juicio sobre la legalidad (todos habían ejecutado conductas ilegales, pero existían consideraciones prudenciales que llevaban a limitar el castigo sólo a algunos).⁵³ Alfonsín parecía interesado en nuestras ideas, y escuchaba cuidadosamente mi propuesta mientras, como siempre, caminaba ansiosamente por la habitación.

Todos creían que el gobierno pronto emitiría una ley de amnistía. El 19 de agosto de 1983 hubo una importante demostración popular con más de 40 000 personas, en oposición a cualquier propuesta de amnistía. El entusiasmo rodeaba la manifestación, y los jóvenes entonaban cánticos como “No hubo errores, no hubo excesos, son todos asesinos los milicos del proceso” (Verbitsky, 1987: 38). Los principales candidatos presidenciales enviaron contingentes a la marcha. Mi esposa y yo, junto con varios de nuestros más cercanos amigos, fuimos a la demostración. Luego de tantos años de silencio y represión, no se podía evitar la emoción que causaba el feliz surgimiento de la expresión popular a la que estábamos asistiendo. Entretanto el gobierno continuaba trabajando en la ley de amnistía.

El 23 de septiembre de 1983, sólo cinco semanas antes de las elecciones, Bignone firmó la Ley 22 924 conocida como la “ley de autoamnistía”. Bignone afirmaba que la ley establecería la fundación de la reconciliación nacional, la pacificación y la reconstitución. También insistía en que las Fuerzas Armadas lucharon en nombre de la dignidad humana; que los métodos crueles y siniestros del terrorismo exigían una respuesta que, desafortunadamente, era incompatible con el propósito general anterior. El primer artículo de la Ley 22 924 garantizaba una amnistía total por el conjunto de acciones subversivas y antisubversivas desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982. La amnistía se extendía a todos los que ayudaron o incitaron a tal actividad subversiva o antisubversiva, así como a delitos militares comunes. El segundo artículo excluía de su protección a todos aquellos miembros de asociaciones terroristas que no residían en la Argentina al momento de la sanción de la ley. Este

53 Véase esta idea en más detalle en el capítulo 5 cuando se trata el tema de la prescripción.

artículo también excluía a quienes a través de sus acciones evidenciaban una asociación continua con tales grupos terroristas. Otros artículos de la ley excluían de la amnistía a quienes ya habían sido sentenciados, así como a aquellos que fueron acusados de “subversión económica”. Finalmente, la ley prohibía a los tribunales citar o interrogar a aquellos a quienes se podía mostrar *prima facie* que se les aplicaba la amnistía; también creaba un procedimiento sumario para obtener de las cámaras de apelaciones el rechazo definitivo de los cargos criminales. La ley también impedía la compensación civil por actos comprendidos dentro de la amnistía.

La ley de amnistía agregaba nuevos obstáculos legales a los juicios por abusos de derechos humanos. Casi todos los sectores políticos junto con los grupos de derechos humanos rechazaron la ley, excepto los de la extrema derecha, en particular la Ucede (Unión de Centro Democrático), liderada por Álvaro Alsogaray. Alfonsín, creyendo que la ley era espuria e inmoral, abogaba públicamente por su anulación. Otros políticos, el más notorio de los cuales era el candidato peronista Ítalo Luder, se oponían a la ley pero creían que su derogación no impediría su aplicación en virtud del art. II del Código Penal. Este artículo garantiza a los imputados el beneficio de la ley más favorable existente desde el momento de la comisión del hecho hasta la sentencia, y el art. II del Código Penal no podía ser derogado sin violar el art. 28 de la Constitución, que prohíbe la ley penal retroactiva.

Genaro Carrió, Jaime Malamud, Eduardo Rabossi, Jorge Baqué y yo publicamos una carta en *La Nación* donde refutábamos el tipo de argumento esgrimido por Luder. Argumentábamos que la validez es un concepto evaluativo que está íntegramente ligado a la moral. La ley de autoamnistía no debe ser calificada automáticamente como válida sino que debe ser analizada en términos morales. Cuestionábamos la moralidad de la ley utilizando dos líneas argumentales. Primero empleamos un argumento constitucional, desarrollado por Carrió, enraizado en el art. 29 de la Constitución, que prohíbe el otorgamiento de poderes extraordinarios al Ejecutivo. Dado que la ley de autoamnistía impedía al Poder Judicial investigar las decisiones de un Ejecutivo que había absorbido funciones legislativas, creíamos que la ley de autoamnistía violaba el art. 29.

Yo desarrollé la segunda línea argumental en un artículo, “Hacia una nueva estrategia para el tratamiento de las normas de facto”, publicado en el periódico jurídico *La Ley* (1983-D: 935). Allí argumenté en favor del abandono de la doctrina de las normas de facto sobre la base de que ella se fundamenta en la falacia naturalista, tan característica del posi-

tivismo. Al determinar la fuerza obligatoria de las normas jurídicas, los hechos empíricos como la eficacia normativa y la distribución de poder para sancionar esas normas suponen evaluaciones. Una vez que se reconoce el carácter evaluativo de la validez, mi argumento afirmaba que se sigue lógicamente que, dado el carácter epistémico del proceso democrático, sólo normas de origen democrático gozan de la presunción de la aceptabilidad moral.

Durante los últimos días del gobierno militar algunos jueces rehusaron aplicar la ley de autoamnistía, caracterizándola de nula e inconstitucional. Entre ellos estaban Jorge Torlasco y Guillermo Ledesma (dos jueces que luego serían ascendidos a la Cámara Federal de Apelaciones que juzgó a los miembros de la Junta). Los militares no estaban preocupados por ese desafío porque suponían que, como todas las encuestas indicaban y la mayoría de la gente creía, sería electo el candidato peronista. Dado que los militares estaban seguros de una victoria peronista, no trataron de cooptar al Partido Radical como hicieron con el peronista. De todas formas Alfonsín ganó en popularidad al denunciar lo que llamó el "pacto sindical-militar" para ocultar la cuestión de los juicios a los derechos humanos bajo un gobierno peronista.⁵⁴

A medida que el día de la elección se aproximaba, amplios sectores de la sociedad se sumaban en forma entusiasta a la campaña de Alfonsín. Se organizaron exitosas demostraciones en estadios de box y de fútbol. El 26 de octubre de 1983, cerca de 1 000 000 de personas se congregaron en la Avenida 9 de Julio para escuchar a Alfonsín hablar sobre derechos humanos. En ese acto Alfonsín enfatizó la necesidad de verdad y justicia y reiteró sus tres categorías de responsabilidad. Los peronistas organizaron un acto similar, a pesar de que contó con menor entusiasmo seguramente porque el candidato peronista, Luder, carecía de carisma y porque el candidato peronista para la gobernación de la provincia de Buenos Aires, Herminio Iglesias, con su orientación derechista y su imagen violenta, quemó un ataúd con la figura de Alfonsín en el escenario. La gente ya había tolerado suficiente violencia en el pasado reciente, y el siniestro gesto de Iglesias evocaba recuerdos dolorosos.

Alfonsín ganó la presidencia con el 52% de los votos que incluía una amplia constelación de grupos con diferentes expectativas. Este hecho

54 En respuesta a esta denuncia, el líder del sindicato de metalúrgicos, Lorenzo Miguel, querelló a Alfonsín por calumnias. Alfonsín fue defendido por Genaro Carrió y el caso nunca prosperó.

marcó el primer momento en la historia argentina en que el Partido Peronista fue derrotado en una elección clara y abierta. Mientras celebrábamos los resultados de la elección en la casa de Caputo, estábamos preocupados sobre lo que el futuro traería. Todos sabíamos que ningún gobierno democrático había finalizado su mandato desde el gobierno de Alvear en 1928. Nuestro trabajo acababa de comenzar.

EL PRESIDENTE ALFONSÍN: 1983

Tan pronto como Alfonsín fue elegido, comenzó a articular claros parámetros para lo que debía hacerse. En primer lugar debía emprenderse una búsqueda inmediata del paradero de los desaparecidos. Respecto del castigo, Alfonsín impulsó tres principios que servirían como guía:

1. tanto el terrorismo de Estado como el subversivo serían castigados;
2. habría límites para quienes deben ser responsables, porque sería imposible perseguir eficazmente a todos los que cometieron delitos; y
3. los juicios deben ser limitados a un período finito de tiempo durante el cual el entusiasmo por este programa se mantuviera en niveles altos. Alfonsín también impuso metas más lejanas con la esperanza de institucionalizar mecanismos jurídicos diseñados para prevenir la violación futura de derechos humanos.

Durante este período Jaime Malamud y yo, junto con políticos radicales a quienes se les asignaron posiciones en el Gabinete, comenzamos a trabajar en los detalles del programa de derechos humanos. Primero completamos las medidas con vistas al futuro con la ayuda de D'Alessio, Gil Lavedra y Paixao. Luego volvimos nuestra mirada a la cuestión más difícil, es decir, la de la justicia retroactiva.

Dado que las posiciones judiciales existentes no serían *a priori* respetadas, dado que los jueces habían jurado el estatuto de los militares, Jaime Malamud comenzó la reforma de la justicia federal. Propuso nuevos ministros de la Corte Suprema; y Carrió fue inmediatamente aceptado como presidente de la corte. Los jueces en tribunales políticamente sensibles, principalmente la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal

de Buenos Aires, que jugaría un rol integral en la respuesta a las violaciones de derechos humanos, fueron reemplazados.

Tuvimos también varias reuniones con Antonio Tróccoli, quien sería el ministro del Interior, con Raúl Galván, quien sería el subsecretario del Interior, y con Horacio Jaunarena, quien luego asumiría el cargo de secretario de Defensa. Jaunarena sostenía la visión más estrecha de la justicia retroactiva afirmando su impresión de que sólo los miembros de la Junta deberían ser llevados a juicio. Galván, Jaime y yo creíamos que los juicios, para superar la extendida práctica de la impunidad, deberían ser más amplios. Tróccoli tomó una posición más neutral, a pesar de que en general se alineaba con Jaunarena.

Dentro de este grupo de trabajo, redactamos una ley aprobada por Alfonsín, diseñada para limitar la responsabilidad basada en la capacidad de deliberación y en una reinterpretación de la cláusula de obediencia debida del Código Militar. También comenzamos a discutir la posibilidad de formar una comisión para investigar el destino de los desaparecidos; los grupos de derechos humanos creían que debería ser una comisión bicameral del Congreso, pero Alfonsín pensaba diferente.

La jurisdicción para los juicios era un punto de controversia. Jaime y yo creíamos que los tribunales civiles debían gobernar los juicios o, como alternativa, que los tribunales militares debían retener su jurisdicción sólo sobre las audiencias previas al juicio. Borrás, Jaunarena y Tróccoli proferían la jurisdicción militar. Un encuentro crucial presidido por Alfonsín tuvo lugar en 6 de diciembre de 1983 en el Hotel Panamericano. Presentes en él estuvieron: Borrás, Tróccoli, Jaunarena, Malamud y yo. Comenzamos leyendo las propuestas legislativas respecto de derechos humanos para el futuro. Fueron todas aprobadas. Cuando luego avanzamos sobre la cuestión de los juicios, el principal punto de controversia seguía siendo el de la jurisdicción. La idea de audiencias previas al juicio aparecía como una pesada carga. Alfonsín concluyó el encuentro asumiendo en forma tentativa la posición de que los tribunales civiles eran el foro apropiado. Arreglamos reunirnos nuevamente al día siguiente.

Mientras tanto, *La Razón*, un diario vespertino supuestamente ligado a los servicios de inteligencia, publicó la mayor parte del contenido de nuestra reunión en su edición de esa misma noche. Jaime y yo estábamos bastante preocupados. Sabíamos que un participante de la reunión debía haber sido el informante y temíamos que Alfonsín sospechara de nosotros debido a que éramos los menos cercanos a su administración. A la mañana siguiente mencionamos este tema. Él nos mostró la ventana señalando hacia el lado opuesto de la ancha avenida, afirmando que

nuestras conversaciones estaban siendo grabadas con un micrófono direccional que detectaba las vibraciones de la ventana. Sin embargo ahora la policía había instalado un instrumento para prevenir esta detección.

En este encuentro, Alfonsín volvió sobre los pasos de su anterior posición y se sumó a la opción de utilizar tribunales militares en primera instancia, con un amplio derecho a apelación ante los tribunales civiles. Creímos que la suya era una buena propuesta de compromiso, y nos pidió que finalizáramos el proyecto.

No sabíamos qué posiciones, si alguna, tendríamos en el futuro gobierno. Cuando volví de un viaje académico a Mendoza el 8 de diciembre, Jaime me dijo que Alfonsín quería nombrarnos sus asesores. De esta manera con gran alegría y emoción, fuimos nombrados asesores presidenciales el día previo a la asunción de Alfonsín como presidente. Mientras tenían lugar las ceremonias de asunción el 10 de diciembre en medio de un enorme entusiasmo público, nosotros nos encontrábamos trabajando frenéticamente en los proyectos legislativos y en los decretos que iniciarían la persecución penal.

En el discurso inaugural de Alfonsín ante la Asamblea Legislativa él abogó, en términos generales, en favor de una investigación acerca del destino de los desaparecidos y por la consolidación del Poder Judicial, de manera tal que tuviera las armas suficientes como para distinguir entre los tres niveles de responsabilidad. El 13 de diciembre, cuando todos los proyectos legislativos estuvieron completos, Alfonsín habló en todas las radios y canales de televisión exponiendo su programa de derechos humanos. Enfatizó que estas metas incluían la reinstalación del Estado de Derecho y la prevención de violaciones a los derechos humanos en el futuro. La impunidad era incompatible con estos principios. Mientras que la persecución de la verdad sería irrestricta, el castigo sería limitado, sopesando consideraciones preventivas más que retributivas, y la necesidad de incorporar a todos los sectores en el proceso democrático.

El presidente entonces anunció su paquete de medidas hacia el futuro, que incluía:

- La derogación de todas la leyes draconianas contra la subversión sancionadas por los anteriores gobiernos peronista y militar. En su lugar serían sancionadas leyes para apoyar la democracia, que convertirían en delito todos los actos que pusieran en peligro el sistema constitucional, especialmente por parte de las Fuerzas Armadas o de seguridad.

- La sanción de una ley que castigue la tortura con la misma sanción que la reservada para el asesinato. Haría responsables a los directores de prisiones, jefes de policía y miembros de cuarteles militares responsables por los actos de tortura cometidos dentro de su jurisdicción.
- La abolición de la jurisdicción militar para civiles.
- La reforma del Código de Procedimientos Federal en materia penal, limitando la duración de los procesos y haciendo más fácil la obtención de la excarcelación.
- La sanción de una ley que prohibiría la discriminación pública y privada.
- La ratificación de varios tratados internacionales de derechos humanos, incluidos la Convención Americana de Derechos Humanos (lo que suponía aceptar como jurisdicción obligatoria la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), el convenio de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos y el convenio de las Naciones Unidas sobre derechos económico-sociales.
- La reforma del Código Militar para abolir efectivamente la jurisdicción militar sobre delitos comunes cometidos en conexión con actos de servicio.

Luego Alfonsín anunció su programa para enfrentar los hechos del pasado. Este programa incluía:

- Un procedimiento similar al del hábeas corpus a través del cual los civiles sentenciados por tribunales militares podían lograr la revisión de esas sentencias en tribunales civiles.
- Una ley que acortaba los tiempos de encarcelamiento para los detenidos por exagerados motivos de seguridad.
- La anulación de la ley de amnistía. Alfonsín llegaba a la conclusión de que la ley de amnistía violaba el principio de igualdad reconocido en el art. 16 de la Constitución, otorgaba poderes extraordinarios al Ejecutivo violando el art. 29 de la Constitución, y al ser una ley de facto moralmente inaceptable, carecía de la presunción de validez en el sentido de obligatoriedad.
- La modificación del Código Militar, reconociendo la jurisdicción militar, pero otorgando a la Cámara Federal de Apelaciones amplios poderes de revisión de las decisiones de aquella jurisdicción.

- La modificación de las normas del Código Militar respecto de la obediencia debida. En torno a esta justificación se creaba una presunción *iuris tantum* a favor de aquellos que siguieron órdenes que en definitiva violaban derechos humanos y que cometieron un error respecto de la legitimidad de las órdenes. Esta presunción no debía alcanzar a quienes tenían capacidad de decisión.
- La sanción de decretos que ordenaran el inicio de procesos judiciales contra los líderes de los movimientos guerrilleros de subversión y también contra los miembros de las tres Juntas Militares.⁵⁵ Luego del discurso, todos los miembros del Gabinete firmaron las órdenes del Ejecutivo y los proyectos de ley. Me sorprendió el contenido de algunos de estos textos, principalmente que las listas de los señalados para ser procesados eran más cortas de lo que Malamud y yo esperábamos. También estaba preocupado porque aquellos que esperaban medidas retributivas más enérgicas estarían desalentados por el discurso. De hecho dudé en asistir a una fiesta de cumpleaños para Carrió porque temía que los deseos de muchos de los invitados hubieran sido frustrados y, por lo tanto, la fiesta sería una sesión de críticas amargas. Asistí, a pesar de ello, y todos me saludaron con gran entusiasmo. Esta fue la primera muestra de las dificultades que Alfonsín tendría para comunicar al público su intención de restringir el alcance de los juicios.

A partir del discurso de Alfonsín se diseñó una estrategia para tratar con algunos obstáculos de índole jurídica. El primero de ellos surgía del art. II del Código Penal el cual, a su vez, no podía ser derogado retroactivamente sin violar el art. 18 de la Constitución. El art. II otorga al imputado el beneficio de la ley penal más benigna. Este obstáculo se eludía a través de una nueva teoría sobre las leyes de facto que permitía

55 El Decreto 157 ordenó el inicio de las acciones penales contra los siguientes sospechosos de liderar los movimientos de guerrilla: Firmenich, Vaca Narvaja, Obregón Cano, Galimberti, Perdía, Pardo y Gorriarán Merlo. El Decreto 158 ordenaba iniciar las acciones penales correspondientes contra los siguientes miembros de las Juntas: Videla, Viola y Galtieri por el Ejército; Massera, Lambruschini y Anaya por la Armada; y Agosti, Graffigna y Lami Dozo por la Fuerza Aérea.

la anulación *ex nihilo* de la amnistía, negando su fuerza obligatoria desde su nacimiento.

El segundo obstáculo era la imposibilidad de modificar retroactivamente la jurisdicción militar debido al art. 18 de la Constitución, que prohíbe las leyes *ex post facto*. Este obstáculo se mitigaba invocando el art. 95 de la Constitución, que prohíbe al presidente, y los tribunales dependientes de él, enjuiciar y sancionar a individuos. Para satisfacer estas dos normas constitucionales en conflicto, llegamos al compromiso de reconocer la jurisdicción militar en primera instancia y al mismo tiempo establecer una amplia apelación en los tribunales civiles.⁵⁶ Otras modificaciones al procedimiento militar no fueron consideradas retroactivas *in malam parte*, dado que expandían la garantía del debido proceso.

El tercer obstáculo lo constituía la modificación retroactiva de las normas del Código Penal y del Militar que definían a la justificación de la obediencia debida en términos muy amplios (que prácticamente cubrían todos los casos de abusos a los derechos humanos), que debía ser realizada sin violar el art. 18 de la Constitución. Esta dificultad fue resuelta reinterpretando, más que modificando, las leyes de obediencia debida existentes en el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983. Como ya había sido reconocido por casi todos los juristas, aun los militares, la defensa de la obediencia debida cobraba existencia sólo cuando la excusa del error acerca de la legitimidad de las órdenes o la coerción eran factores supuestos en tal defensa. La reinterpretación propuesta creaba una presunción *iuris tantum* de que, salvo que la gente tuviera autoridad para tomar decisiones, todos los que invocaran la defensa de la obediencia debida habían creído, erróneamente, que las órdenes eran legítimas dado una intensa propaganda y un clima general de coacción.

Además de estos tres obstáculos legales, Alfonsín debía determinar cómo limitar la duración y alcance de los juicios. Para limitar la duración, Alfonsín se remitió a las normas del procedimiento sumario del Código de Justicia Militar, y los límites temporales para las apelaciones también fueron fijados en lapsos breves. Respecto del alcance de la responsabilidad, Alfonsín fijó una estrategia de dos niveles. Primero, creía que podía confiar en que los tribunales militares actuarían velozmente contra un pequeño grupo de gente que cometió los actos más crueles

56 Este procedimiento es equivalente al de los procesos administrativos, como por ejemplo, los impositivos.

como una forma de autodepuración y recuperación de su credibilidad social. Segundo, la reinterpretación de las normas de obediencia debida dejaba a quienes entraran dentro de las dos primeras categorías de responsabilidad diseñadas por Alfonsín, expuestos a la imputación penal. La primera categoría incluía a quienes habían tenido capacidad de decisión, entre los que estaban todos los miembros de las Juntas y todos los que habían comandado unidades operativas. La segunda categoría incluía a todos los subordinados que cumplieron órdenes pero que, al hacerlo, actuaron en una forma tan cruel y perversa que cualquier juez podría imputar, dada la naturaleza del acto, la presunción de que no existió error acerca de la legitimidad de las órdenes recibidas; en otras palabras, que ninguna persona razonable podría creer que una orden que permitía los peores tormentos podía ser una orden legítima.

La estrategia política de concentrar la culpa en un pequeño grupo de gente que había promovido y conducido el terrorismo de Estado, así como en aquellos que ejecutaron los actos más crueles y perversos, fue el punto focal de la oposición y la desconfianza de varias organizaciones de derechos humanos y de los grupos políticos de izquierda. Estos grupos aparentemente creían que esta política exceptuaba a demasiadas personas de su responsabilidad y que, en última instancia, sólo los miembros de las Juntas serían responsables por las violaciones de los derechos humanos. Por otro lado, los militares y los grupos de derecha también se oponían a las políticas de Alfonsín, creyendo que dado que cientos serían sujetos a persecución penal por su participación en la represión, la integridad de las Fuerzas Armadas se vería amenazada. Siempre creí que si la extrema derecha y la extrema izquierda se hubieran juntado y discutido sus preocupaciones, y el gobierno hubiera explicado que su intención era enjuiciar a docenas de personas y no a un puñado ni a cientos, el proceso que siguió se hubiera desarrollado con mayor tranquilidad.

Alfonsín envió de inmediato el paquete legislativo al Congreso. También informó al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas el contenido del Decreto 158, iniciando el proceso contra los nueve miembros de las Juntas. Asimismo, Alfonsín notificó al procurador general Juan Gauna del Decreto 157 y sus responsabilidades respecto del inicio de acciones penales contra los líderes de los movimientos subversivos.

El presidente también comenzó la reforma de los tribunales que estarían comprometidos en forma más cercana con las cuestiones relativas a las violaciones de derechos humanos, el caso más notable era la Corte Suprema de la Nación y la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal.

Luego de lograr la confirmación del Senado, la nueva Corte Suprema se integraba con Genaro R. Carrió como presidente y Carlos Fayt, José Severo Caballero, Enrique Petracchi y Augusto Belluscio como ministros. Ricardo Gil Lavedra, Andrés D'Alessio, Carlos Arslanián, Jorge Valerga Aráoz, Jorge Torlasco y Guillermo Ledesma fueron nombrados nuevos jueces de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal.

A pesar del hecho de que los jueces en los tribunales clave eran amigos cercanos de la administración, los dos tribunales mantuvieron un alto grado de independencia. Carrió era considerado un jurista sofisticado, y su única experiencia política fue un corto período como subsecretario del Interior en la presidencia militar de Aramburu; Petracchi, a pesar de ser amigo de Malamud, era un peronista con fuertes conexiones con Lorenzo Miguel, el líder sindical de los metalúrgicos; Fayt, un ex presidente de la progresista Asociación de Abogados de Buenos Aires, mantenía profundas afiliaciones socialistas; Belluscio, un conocido civilista, tenía algunas conexiones radicales; y Severo Caballero, relacionado con el vicepresidente Víctor Martínez, estaba conectado con la derecha del Partido Radical. En la Cámara Federal de Apelaciones los únicos jueces con claras simpatías radicales eran Gil Lavedra y D'Alessio, quienes también habían pertenecido al Poder Judicial durante el régimen militar; Arslanián, quien había sido juez previamente y era peronista (fue luego ministro de Justicia bajo el gobierno de Menem); y Torlasco Ledesma y Valerga Aráoz eran miembros de carrera del Poder Judicial, con un fuerte espíritu de cuerpo y neutralidad política.

Una vez que el Poder Judicial fue reconstituido, Alfonsín se concentró en las propuestas para crear una comisión que investigara las desapariciones. El presidente rechazó las propuestas de crear una comisión bicameral del Congreso generada por grupos de derechos humanos y el peronismo. Creía que una comisión ligada al Congreso daría la poco saludable oportunidad a los legisladores de competir por la autoría de la sanción más dura a las Fuerzas Armadas, creando una situación extremadamente tensa. En cambio, el 15 de diciembre de 1983, Alfonsín promulgó un decreto en el que creaba la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep).

La Conadep fue una comisión ejecutiva ligada al Ministerio del Interior y encargada de investigar el destino y paradero de los desaparecidos. Le fueron otorgados 180 días para cumplir con su misión, y se esperaba que presentara al presidente un reporte al finalizar este período en el cual se describiera en detalle la metodología seguida para conducir la investigación. La Conadep tenía jurisdicción para oír los reclamos de las

víctimas y entregarlos al Poder Judicial, para recibir testimonios voluntarios y documentación de ciudadanos privados o para exigir testimonio escrito de cualquier funcionario público o miembro de las Fuerzas Armadas y de seguridad. También gozaba de acceso inmediato a cualquier detenido en prisiones especiales, en cuarteles militares o dependencias policiales. Aun cuando la Conadep ejercía funciones cuasijudiciales como una comisión ejecutiva, se abstenía de emitir juicios sobre hechos y circunstancias que se hallaban dentro de la exclusiva competencia del Poder Judicial.

Los miembros de la Conadep incluían a Ernesto Sabato, un famoso escritor y una de las pocas figuras prominentes que había exteriorizado su oposición a los abusos de derechos humanos; Magdalena Ruiz Guiñazú, una periodista radial católica que también se expresó en contra de los abusos de los derechos humanos; Ricardo Colombres, un ministro de la Corte Suprema del gobierno de Frondizi; René Favaloro, un famoso cirujano que renunciaría luego; Hilario Fernández Long, un ex rector de la Universidad de Buenos Aires durante la presidencia de Illia; Carlos T. Gattinoni, un pastor protestante comprometido con la defensa de derechos humanos; Gregorio Klimovský, un filósofo y matemático; Marshall Meyer, un rabino de origen estadounidense bastante activo en la defensa de derechos humanos; Jaime de Nevares, un obispo católico en extremo valeroso en su defensa de los derechos humanos; y Eduardo Rabossi, un filósofo, abogado, presidente de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico, luego subsecretario de derechos humanos en el Ministerio del Interior. Seis diputados y senadores nominados por las respectivas cámaras también formaron parte de la Conadep.

Yo jugué un rol activo en la definición de los miembros de la Conadep. Mientras Malamud trabajaba con el ministro de Justicia Alconada en el nombramiento de los jueces, yo hacía otro tanto con José Ignacio López, un periodista católico que fue el vocero de Alfonsín en la formación de la Conadep. Sugerí a Rabossi, Klimovsky, Fernández Long y Meyer, así como por consejo de Carrió, a Colombres. Pese a que queríamos que hubiera representación de las organizaciones de derechos humanos, estas organizaciones se mostraban escépticas respecto de la Comisión y se rehusaron a participar. Como veremos, luego cooperaron íntimamente con la Conadep, una vez que reconocieron la seriedad con la que asumió su tarea.

LA SEGUNDA FASE: 1984

En 1984 las batallas se peleaban en varios frentes. Para contrarrestar la tradicional autonomía corporativa de los militares y facilitar así la justicia retroactiva, Alfonsín hizo que cada cuerpo fuera directamente responsable ante él, a través de su ministro de Defensa y convirtió la comandancia en jefe de cada arma en una asesoría de estado mayor. El presidente también dio al Ministerio de Defensa y no a la Armada ni al Ejército la jurisdicción sobre las fronteras y los mares. El control de la producción de armas, una fuente importante de ingresos, les fue quitado a las Fuerzas Armadas y entregado al Ministerio de Defensa. Alfonsín también redujo el presupuesto militar más de un 50%, con la reducción correspondiente de personal en todos los niveles (véase Fontana, 1990).

En el Congreso, por supuesto, el gobierno radical confrontaba con otros partidos, específicamente el peronismo. Los peronistas tenían una fuerte representación en la Cámara de Diputados y estaban en condiciones de dilatar la decisión sobre la legislación no otorgando el quórum necesario. En el Senado los peronistas mantenían una minoría aún más fuerte, capaz de lograr una mayoría absoluta cuando se sumaban los representantes de los partidos provinciales normalmente aliados con los peronistas.

Habiendo aprendido la lección de las elecciones, los peronistas en general se situaban a la izquierda del partido de Alfonsín. Por ejemplo, insistían con la formación de una comisión bicameral para investigar el destino de los desaparecidos y, cuando se formó la Conadep, se rehusaron a participar en las posiciones reservadas para legisladores.⁵⁷ A pesar de que los legisladores peronistas expresaban una posición más severa, proveyeron del quórum necesario para aprobar la sanción de todas las leyes referidas a esta cuestión, reconociendo tácitamente que esta era demasiado delicada para interferir en el equilibrio que deseaba construir el Ejecutivo.

La primera decisión del Congreso consistió en anular la ley de autoamnistía. Ambas cámaras, con las Madres de Plaza de Mayo presentes en los palcos, aprobaron en forma unánime la Ley 23 040 de anulación. Aun Alsogaray, miembro de la Ucede y militar retirado, votó por esta medida reconociendo que la sociedad demandaba el conocimiento de la verdad. Diputados y senadores de todos los partidos reclamaban justicia, abrien-

57 En definitiva, sólo tres diputados nacionales, todos ellos radicales, fueron miembros de la Conadep: Santiago López, Hugo Piucill y Horacio Huarte.

do el camino para los juicios y, por primera vez en la historia argentina, un nuevo tratamiento de las leyes de facto.

El Congreso aprobó sin inconvenientes la mayor parte del paquete de leyes respecto del futuro, excepto la ley que prohibía la discriminación y la ley de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, que fue propuesta para resolver el tratamiento de los testigos de Jehová que eran sancionados como desertores. La propuesta de Defensa de la Democracia y el Orden Constitucional fue sancionada como la Ley 23 077. La Ley 23 097 modificó el Código Penal respecto del delito de tortura. La propuesta legislativa destinada a modificar el Código de Procedimientos Penal Federal respecto de la duración de los juicios y el procedimiento de excarcelación se convirtieron en las leyes 23 050 y 23 042, respectivamente. La Ley 23 057 reformó la regulación de la condena condicional y la reincidencia. Las reglas que determinaban el cómputo de los términos de la privación de libertad entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 fueron establecidas en la Ley 23 070. Finalmente la Argentina ratificó la Convención Interamericana de Derechos Humanos a través de la Ley 23 054.

Las reformas más controvertidas fueron las que trataron las cuestiones de la jurisdicción y la obediencia debida sobre las que los miembros del Poder Legislativo proponían el más variado espectro de posiciones. Varios diputados de partidos de izquierda y algunos peronistas se oponían a estas reformas. Estos diputados insistían en que los juicios debían estar en manos de jueces civiles. El bloque peronista, principalmente el diputado Oscar Fappiano, alentaba la propuesta de Eugenio R. Zaffaroni que defendía la reconstitución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas por jueces civiles como el foro apropiado para los juicios en los casos de derechos humanos. Ricardo Balestra, un diputado de derecha, defendía la conducta de los militares. Un diputado radical, Juan Manuel Casella, creía que la presunción de obediencia debida podía ser rechazada por prueba en contrario colectada en sede judicial tendiente a demostrar que las acciones en cuestión eran atroces o aberrantes.

A pesar de tan variadas posiciones, la medida propuesta por Alfonsín fue aprobada por la Cámara de Diputados con dos modificaciones: 1) hacía de la presunción en favor de la obediencia debida discrecional al cambiar las palabras de la ley “se presumirá” por “se podrá presumir”; y 2) imponía el término de 180 días a los tribunales militares para decidir los casos de derechos humanos y constituía a los tribunales federales de apelaciones en la instancia inmediata superior.

La oposición sin embargo fue aun mayor en el Senado, donde el Partido Radical no tenía mayoría. Allí, el líder peronista Vicente Saadi se

opuso a la definición del rol de los tribunales militares y la cláusula de la obediencia debida. Definía a esta última como una “amnistía encubierta”. El senador Antonio Berhongaray, del Partido Radical, fue el principal defensor del Ejecutivo en el Senado. Frente a la oposición peronista, sin embargo, la negociación con los partidos provinciales –en particular con el Movimiento Popular Neuquino– fue crítica para el éxito de la reforma. El senador Sapag, que contaba con un familiar desaparecido, prometió el apoyo a la posición del Ejecutivo bajo las siguientes condiciones: 1) que la ley explícitamente provea la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones frente a una indebida demora o negligencia por parte del tribunal militar; 2) que la víctima o sus familiares gocen del derecho de apelación; y 3) que la ley explícitamente sancione que los actos aberrantes o atroces se exceptúan de la presunción por error acerca de la legitimidad de las órdenes. Esta última condición frustraba la estrategia de Alfonsín, transformando una excepción implícita y relativamente estrecha a una regla clara en un medio más amplio y explícito de rebatir la presunción. Inmediatamente los grupos de derechos humanos, la izquierda y los miembros de las Fuerzas Armadas, responsables por los peores actos pero deseosos de conseguir la solidaridad de todos sus camaradas de armas, argumentaban que todo delito podría ser considerado atroz y aberrante. ¿Podría alguien negar que el secuestro de civiles desarmados, la detención de civiles en lugares clandestinos, y la tortura y asesinato de estos civiles eran actos atroces y aberrantes? Utilizando esta línea de argumentación, los legisladores se alinearon detrás de la posición del senador Sapag y aprobaron la Ley 23 049 que regulaba los juicios y fue ratificada por el presidente el 13 de febrero de 1984.

Andrés D'Alessio, asesor del senador Berhongaray y encargado de negociar con Rodolfo Rivarola, un asesor del senador Sapag, recuerda que cuando me anunció el compromiso me vio palidecer. Muy agitado telefoneé a Alfonsín y le pedí que previniera el desastre. Me respondió algo en forma un tanto fatalista, diciendo que debíamos dejar pasar las cosas y que luego veríamos...

La batalla por la justicia retroactiva también se peleó en el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, una institución fundada en 1895 como el más alto tribunal de la jurisdicción militar que era presidido en 1984 por el brigadier Luis María Fagés.⁵⁸ Dos de los miembros se rehusaron

58 Los otros miembros del Consejo Supremo eran los almirantes León Mario Scasso y Juan Carlos Fourcade, el brigadier Jorge Alberto Filipini y el

a intervenir en el caso contra la Junta dado que habían sido miembros del gobierno de Videla. A pesar de que el presidente Alfonsín tenía el derecho de reemplazar a estos miembros no ejerció este derecho para que no se creyera que estaba interviniendo en el juicio. En cambio, se nominaron por azar al general Emiliano Flouret y al brigadier Carlos R. Etchegoyen como miembros adjuntos del Consejo Supremo.

En ese momento el Consejo Supremo tenía en sus manos otro difícil caso: el juicio, iniciado por el presidente militar Bignone, por los crímenes cometidos en el planeamiento y la ejecución de la Guerra de Malvinas.⁵⁹ Por lo tanto el Consejo Supremo solicitó que el gobierno priorizara los juicios. Entretanto Bignone ya había consentido a poner el juicio de Malvinas en espera del otro. Así, el Consejo Supremo, el 29 de diciembre de 1983, notificó a los miembros de las Juntas incluidas en el Decreto 158 que se encontraban bajo proceso.⁶⁰ Hubo otros que también fueron llamados a juicio con los miembros de la Junta. El Decreto 280 del 19 de enero de 1984 ordenó que el general Ramón Camps, un abierto defensor de la represión, fuera sometido a proceso y puesto inmediatamente bajo arresto. De la misma forma el jefe de la ESMA, el almirante Chamorro, fue acusado el 21 de febrero de 1984, junto con los miembros de las Juntas.

Los acusados fueron llamados ante el Consejo Supremo, que se hallaba en posesión de documentos provistos por el gobierno, los grupos de derechos humanos y las víctimas. Videla declaró su inocencia respecto de los cargos que se le hacían en el Decreto 158, afirmando que todos sus actos eran políticos y no justiciables. También argumentó que actuó en una guerra contra la subversión y con el apoyo explícito de muchos sectores de la sociedad. Videla negó tener conocimiento de las ejecuciones y de las torturas. Massera proclamó su inocencia de la misma forma que Videla, pero agregó que en 1978 fue el promotor de un proceso de pacificación cuando, por ejemplo, publicó una lista de guerrilleros que habían muerto o desaparecido en la lucha. El testimonio de otros fue del mismo tenor, a pesar de que varios comandantes enfatizaron que el

general Tomás Sánchez de Bustamante. Véase Camarasa, Felice y González (1985: 36).

59 La Cámara Federal de Apelaciones condenó más tarde a Galtieri, al almirante Anaya y al brigadier Lami Dozo por estos delitos.

60 El almirante Massera ya estaba detenido por una orden judicial por organizar el secuestro de un empresario para salvaguardar sus relaciones íntimas con la esposa de este último.

triunfo de las Fuerzas Armadas en la guerra contra la subversión fue lo que facilitó las elecciones libres. Otros argumentaron que los juicios eran una nueva manifestación de la guerra contra la subversión y un medio de revancha contra las Fuerzas Armadas.

Durante los meses de abril y mayo de 1984, el Consejo Supremo comenzó a recibir el testimonio de víctimas y a buscar el de civiles que pudieran corroborar las pruebas. El 28 de junio de 1984, el período otorgado al Consejo Supremo por la Ley 23 049 había finalizado. La Cámara Federal de Apelaciones, que estaba bien nutrida de nuevos jueces y preparada junto con su fiscal, Julio Strassera, discutía cómo responder a la demora del Consejo Supremo. Frente a un pedido de reporte que exigía la ley, el Consejo Supremo respondió que era cierto que los seis meses habían expirado, pero que no podía llegar a una conclusión dada la complejidad del caso. Frente a ello la Cámara Federal de Apelaciones solicitó el expediente por cuarenta y ocho horas y luego otorgó al Consejo Supremo treinta días más para proceder. Al finalizar ese período la Cámara debía ser informada del progreso del juicio, y afirmó que este último no podía durar más de noventa días.

Luego de este episodio los miembros de la Cámara, los del Consejo Supremo, Malamud y yo asistimos en forma subrepticia a un asado en el club de la policía. El propósito de la reunión era lograr establecer relaciones amistosas entre los varios actores del juicio y, por nuestra parte, tratar de detectar la predisposición del Consejo Supremo respecto del juicio. La atmósfera era amigable, como en la mayoría de los asados argentinos. Percibimos que el líder del Consejo era el general Sánchez de Bustamante, un hombre muy articulado y de buen sentido del humor, y que el Consejo Supremo quería, tal vez con no demasiado entusiasmo, llevar adelante el proceso.

Entretanto, el malestar militar comenzó a crecer. Los oficiales jóvenes se reunieron para decidir cómo defender a las fuerzas "contra la agresión" de los juicios y el recorte del presupuesto militar. Los militares acusaban a Alfonsín de "rojo" en estos encuentros. Como respuesta Alfonsín reemplazó al general de ejército Jorge Arguindegui por el general Gustavo Pianta. En Córdoba varias bombas explotaron cuando el mayor Ernesto Barreiro fue detenido. El ex comandante del tercer cuerpo de ejército amenazó violentamente a una persona que lo enfrentó cuando él salía de un canal de televisión; su foto, cuchillo en mano, apareció en la primera página de todos los diarios y afianzó la posición de la opinión pública contra los militares. Al mismo tiempo los miembros del Consejo Supremo recibían diariamente cartas anóni-

mas con una pluma blanca, el símbolo militar de la cobardía (Camarasa, Felice y González, 1985: 62).

A pesar de todo, la presión del gobierno sobre el Consejo Supremo comenzó a generar resultados. El 2 de agosto de 1984, el Consejo Supremo ordenó la prisión preventiva de Videla luego de que este repitiera verbalmente su justificación de la guerra sucia, “creyéndolo responsable de los hechos mencionados en el Decreto 158/83”. La Corte Suprema también rechazó la apelación de los comandantes que cuestionaba la constitucionalidad de las modificaciones al procedimiento militar. De la misma forma se ordenó la prisión preventiva del brigadier Agosti. Cuando culminó el término de treinta días, el Consejo Supremo reportó ante la Cámara Federal de Apelaciones, la que, a su turno, otorgó al Consejo otro período de treinta días. El 30 de agosto de 1984 se ordenó la prisión preventiva de Massera. Massera respondió acusando a terroristas de izquierda de la organización del juicio y de una campaña de difamación contra las Fuerzas Armadas. El presidente del Consejo Supremo, Fagés, respondió a las afirmaciones de Massera en tono apologetico, haciendo notar que, a pesar de que coincidía con Massera, se encontraba obligado por el decreto.⁶¹

Cuando culminó la segunda extensión de treinta días, el Consejo Supremo envió un reporte a la Cámara Federal de Apelaciones que cayó como una bomba. Primero, admitía que no podría terminar con el juicio en los noventa días asignados. Segundo, afirmaba que los comandantes no podían ser condenados legítimamente sin una determinación previa de los crímenes cometidos, los autores inmediatos, y la víctima de cada delito. Hasta el presente, agregaba el reporte, todo lo que poseía eran afirmaciones generales que carecían de valor probatorio. En consecuencia, el Consejo Supremo necesitaba investigar con mayor profundidad la conducta específica de los imputados en el contexto de “la batalla contra la delincuencia terrorista que afectó a nuestra patria”. Sólo entonces podría el Consejo balancear la necesidad del respeto por la disciplina militar con la necesidad de imponer justicia retroactiva. El reporte concluía con esta provocativa afirmación:

[C]omo resulta de los estudios realizados hasta la fecha, los decretos, directivas, órdenes operativas que regularon la actividad militar contra la subversión son, tanto en su contenido como en su forma, inobjetables.

61 Para más detalles, véase Camarasa, Felice y González (1985: 63).

La Cámara Federal de Apelaciones respondió inmediatamente ordenando al Consejo Supremo el envío de las 15 000 fojas del expediente al fiscal Strassera, quien proclamó que había llegado el momento de que la Cámara Federal asumiera el control del juicio de acuerdo con las normas de la Ley 23 049. La Cámara Federal de Apelaciones confirmó tal posición el 4 de octubre de 1984. Esta decisión marcó el fracaso de un elemento clave en la estrategia de Alfonsín: utilizar el tribunal militar como un filtro para asignar responsabilidades por violaciones de derechos humanos. El Consejo Supremo retuvo el control sobre los otros casos que tenían otros imputados. Pero dada la inacción del Consejo Supremo en esos casos y la reticencia de la mayor parte de las Cámaras Federales de Apelaciones del Interior para intervenir, esta distribución del poder resultaría en una extensión excesiva de los juicios con el concomitante nerviosismo militar. Nadie (excepto tal vez Alfonsín) sabe por qué los militares, a través del Consejo Supremo se negaron a purificar la institución y reconstituir su ascendencia social. Tal vez la presión social forzó al Consejo Supremo a renegar de sus promesas previas.

El tercer foro en que se peleó la batalla por la justicia retroactiva fue la Conadep. La Conadep inició su tarea el 29 de diciembre de 1983 designando a Ernesto Sabato como su presidente y formando cinco secretarías que se harían cargo de los trabajos específicos: Graciela Fernández Meijide fue la secretaria a cargo de recibir las denuncias; Daniel Salvador, el secretario a cargo de la documentación y el procesamiento de los datos; Raúl Aragón, el secretario a cargo del procedimiento; Alberto Mansur, el secretario a cargo de asuntos legales,⁶² y Leopoldo Silgueira, el secretario a cargo de los asuntos administrativos. La Conadep tenía sus oficinas en el Centro Cultural San Martín, un complejo municipal de teatros y museos en el centro de Buenos Aires, donde empezó a recibir un aluvión de denuncias. A pesar de que al principio los grupos de derechos humanos desconfiaban de la Conadep, pronto se dieron cuenta de la seriedad de la misión de este organismo y comenzaron a colaborar con ella. La habilidad de la Conadep para atender simultáneamente las

62 Mansur es un viejo amigo y ex socio mío, a quien siempre he admirado por su decencia y ética de trabajo, a pesar del hecho de disentir con sus simpatías peronistas. Todos acuerdan en que su trabajo en la Conadep fue fundamental para su éxito, forjando un equilibrio entre las presiones de los grupos de derechos humanos representados por Graciela Fernández Meijide y las aspiraciones del gobierno, así como redactando, junto con Rabosi, gran parte del *Nunca más*.

necesidades de las víctimas y aplacar a los grupos de derechos humanos fue en sí misma una contribución extremadamente valiosa para la estrategia general del gobierno.

La relación entre Alfonsín y los más extremos grupos de derechos humanos fue un tanto tensa. Recuerdo una reunión de 1984 entre las líderes de las Madres de Plaza de Mayo, Alfonsín, Malamud y yo, cuando intentamos explicar la política general del gobierno; las Madres respondieron que todos los desaparecidos debían retornar vivos y que todos los responsables debían ser castigados. Hebe de Bonafini fue particularmente hostil hacia Malamud cuando este comenzó a explicar algunas sutilezas legales. Alfonsín perdió la calma, y les dijo a las Madres que ellas estaban confundiendo a su gobierno con los gobiernos militares anteriores.

La Conadep también recibió la cooperación de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y de varios países que, por ejemplo, enviaron expertos para identificar cadáveres. Con ese apoyo la Conadep pudo establecer ramas en algunas ciudades del interior y visitar quince provincias donde recibieron 1400 denuncias. También recibió testimonios de miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad, inspeccionó 340 centros de detención clandestinos y visitó morgues y cementerios para identificar cadáveres. La Conadep inspeccionó registros de la policía y de las prisiones, sus miembros concurrieron a cuarteles militares, prisiones o manicomios que habían sido identificados como lugares en los cuales podían ser encontrados desaparecidos; los resultados fueron siempre negativos. Varios de los miembros de la Conadep viajaron al extranjero para examinar pruebas, recibir denuncias de los exiliados y establecer oficinas permanentes en algunas embajadas. La Conadep envió 1300 pedidos de informes a la administración. Con la cooperación de las Abuelas de Plaza de Mayo, la Conadep ayudó a crear un banco de datos en el hospital Durand que ayudaría a identificar y restituir a sus familiares a los niños nacidos de mujeres detenidas que habían sido “adoptados” durante el régimen militar.⁶³ Alfonsín extendió por tres meses más el período inicial de seis meses con los que contaba la Conadep, cuando se hizo evidente que aún había mucho trabajo que completar. Durante ese tiempo, la Conadep recibió miles de denuncias. El testimonio cubría 50 000 fojas sobre 7000 casos diferentes.

63 Por supuesto, esto provocó varias batallas sobre la custodia en los tribunales entre las familias que estaban en posesión de los niños y los familiares de sus padres naturales.

La mayor parte de la evidencia colectada por la Conadep fue decisiva en los juicios que seguirían. Ciertos testimonios fueron extremadamente efectivos. Por ejemplo, el arquitecto Roberto Omar Ramírez, quien había estado en diferentes centros clandestinos de detención, pudo describir en forma general el funcionamiento de esos centros (Conadep, 1986: 77). Juan Carlos Torres atestiguó sobre la forma en que los cadáveres de los ejecutados eran quemados (Conadep, 1986: 137). Andrés Castillo describió la forma de trabajo interno del centro de información que Massera había establecido en París (Conadep, 1986: 143). El doctor Norberto Liwsky, Carlos Enrique Ghszan, y Enrique Núñez brindaron testimonio sobre la tortura sistemática (Conadep, 1986: 27, 61, 64). Varios menores atestiguaron acerca de las formas en las que fueron violados (Conadep, 1986: 50-51). Juan Matías Bianchi describió varias de las prácticas sexuales perversas (Conadep, 1986: 48). Santiago Burnichón y Lucio Ramón Pérez describieron la forma en que se realizaban los secuestros (Conadep, 1986: 18). Federico Manuel Vogelius atestiguó sobre los robos que se realizaban junto con los secuestros (Conadep, 1986: 286). Sara Solarz de Osatinsky atestiguó acerca del nacimiento de niños en los centros clandestinos de detención (Conadep, 1986: 303). Alicia Mabel Portnoy corroboró el secuestro de adolescentes (Conadep, 1986: 330).

El reporte de la Conadep comienza con una descripción del proceso general por el cual los militares privaron a los civiles de sus derechos humanos: secuestro, detención en centros clandestinos, tortura, y en muchos casos, asesinato. Continúa afirmando que aproximadamente 8960 personas permanecen con paradero desconocido y también que la violencia no sólo llegó a terroristas sino también a civiles sin conexión alguna con la actividad terrorista. Mientras el gobierno militar afirmaba que habían existido 25 000 “subversivos”, sólo 350 fueron condenados en tribunales militares. La Conadep definió los actos de represión como “atrocidades sistemáticas” en lugar de “excesos” y rechazó las excusas de los militares basadas en la “defensa frente al terrorismo”. También descubrió que el presidente Bignone había ordenado la destrucción de la documentación del programa de los militares para la represión. Concluía su reporte recomendando que el organismo que reemplazaría a la Conadep continuara llevando casos a los tribunales, que los tribunales continuaran investigando los casos que se les presentaran. De acuerdo con su mandato la Conadep presentó 1086 casos al Poder Judicial.⁶⁴ La

64 La Conadep presentó estos casos ante jueces civiles, para evitar confrontarse

Comisión también recomendó que se sancionaran leyes para ayudar económicamente a los familiares de los desaparecidos, que las desapariciones fueran declaradas crímenes de lesa humanidad, que las organizaciones de derechos humanos recibieran apoyo, que los derechos humanos fueran enseñados en las escuelas, que se les brindara a los jueces los medios necesarios para investigar las violaciones de los derechos humanos, y que la legislación represiva que aún subsistía fuera derogada.

El 20 de septiembre de 1984 la Conadep presentó su informe, junto con 50 000 páginas de documentos al presidente Alfonsín, durante una ceremonia conmovedora. El presidente ordenó la publicación del informe. El libro publicado, *Nunca más*, contiene el informe de la Conadep junto con un apéndice que brinda una lista de los nombres de los desaparecidos. El *Nunca más* se convirtió en el mayor *best-seller* de la Argentina y fue traducido a varios idiomas.

Hubo una considerable disputa dentro de la Conadep respecto de la publicación de los nombres de los miembros de las Fuerzas Armadas identificados en los testimonios como autores de violaciones a los derechos humanos. En definitiva la Conadep decidió no publicar la lista porque de esa manera hubiera actuado como un tribunal. Sin embargo, la lista de 1000 militares identificados fue entregada al presidente Alfonsín en secreto. Pocos días más tarde la lista era publicada por *El Periodista*, probablemente por una filtración realizada por algún miembro del staff de la Conadep ligado a grupos de derechos humanos.

Antes de disolverse la Conadep realizó un programa de televisión para publicitar sus hallazgos. Esto provocó alguna preocupación en el gobierno dado que ciertos sectores pensaron que incentivaría una reacción militar. Sin embargo Alfonsín aprobó el programa con un prólogo del ministro del Interior, Antonio Tróccoli. Cuando se disolvió la Conadep, Eduardo Rabossi, subsecretario de derechos humanos del Ministerio del Interior, fue el encargado de concluir el trabajo de la Conadep como lo sugerían sus recomendaciones.

El trabajo de la Conadep resultó extraordinario por su imparcialidad y detalle. A pesar de las diferencias existentes entre sus miembros, el grupo y su staff permanecieron unidos y trabajaron en forma eficiente. Contrariamente a los problemas en el Congreso y en el Consejo Supremo, la estrategia del gobierno con la Conadep resultó absolutamente exitosa.

con las víctimas de los abusos y con los grupos de derechos humanos. Esos jueces decidirían los casos teniendo en cuenta la legislación existente.

Los esfuerzos de la Conadep ayudaron a dar cuenta de los desaparecidos, colectaron invaluable evidencia para los juicios, crearon un refugio en el aparato del Estado para las víctimas y sus familiares y mejoraron las relaciones con los grupos de derechos humanos.

LA TERCERA FASE: 1985

Mientras en 1984 la lucha por la justicia retroactiva se peleó en el Palacio del Congreso, en la mansión estilo francés del Consejo Supremo, y en el moderno centro cultural en que la Conadep tenía sus oficinas, en 1985 la pelea por la justicia retroactiva se dio casi completamente en el Palacio de Justicia de Buenos Aires. Este fue el año del gran juicio.

El 27 de diciembre de 1984 la Corte Suprema rechazó el argumento de los imputados militares que afirmaba que la anulación de la ley de amnistía y el establecimiento de una jurisdicción civil era inconstitucional. La corte confirmó en forma unánime, en una sentencia de cien páginas, la nueva teoría respecto de las normas de facto, afirmando que las reglas de procedimiento podían ser modificadas cuando no afectasen una debida defensa y que la doctrina del “juez natural” no impedía cambios de jurisdicción. El ministro Belluscio explícitamente remarcó que el juzgamiento por un tribunal militar es una aberración que no sólo es incompatible con la finalidad de esos tribunales, sino también con la más importante garantía de ser juzgado por tribunales independientes del Poder Ejecutivo.

Por esa época, Alfonsín nos dio instrucciones a Malamud y a mí para redactar leyes que repararan el daño causado por algunas de las medidas del Congreso respecto de los juicios y del Consejo Supremo. El presidente esperaba limitar la duración de los juicios, definir mejor los actos “atrocés y aberrantes”, e identificar a aquellos que hubieran tenido “capacidad de decisión”. Nuestras propuestas modificaron el procedimiento del Consejo Supremo para acelerar los juicios que quedaban. Por ejemplo, el Consejo Supremo se dividiría en salas, y los juicios se limitarían a tres o seis meses (dependiendo de si el proceso había comenzado antes o después de la sanción de la Ley 23 049). La capacidad de decisión se imputaba a aquellos que hubieran alcanzado el rango de general o coronel, o su equivalente en las otras fuerzas, o a aquellos que habían tenido control directo sobre los centros clandestinos de detención. Los “actos atroces o aberrantes” excluían aquellos que podían ser atribuidos

a un error respecto de la legitimidad de las órdenes, y fueron definidos como delitos de comisión, y no de omisión, incluyendo específicamente asesinato, lesiones graves, violación, tortura y robo agravado, pero excluyendo el secuestro. Cuando la competencia de los jueces civiles fuera cuestionada en la apelación, y el fiscal acordara con el apelante, el juez civil no podría imponer la prisión preventiva.⁶⁵ En definitiva Alfonsín decidió no enviar este proyecto al Congreso con el argumento de que los beneficios no justificaban el costo político (véase Nino y Malamud Goti, 1987: 389-391). Dado el subsiguiente curso de los eventos, esta decisión demanda ser reevaluada.

El 4 de febrero de 1985 la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal realizó su primera reunión respecto de este caso. Al mismo tiempo el fiscal Julio Strassera, junto con su asistente Luis Moreno Ocampo, quienes habían trabajado en la oficina del procurador general, y su staff legal comenzaron a estudiar 670 de los casos de secuestro seleccionados de los materiales provistos por la Conadep. El 12 de febrero de 1985 solicitaron que los imputados fueran citados; la Cámara aceptó este pedido el 14 de febrero y procedió a citar a los imputados entre el 21 de febrero y el 11 de marzo. Luego de que los imputados presentaran su caso, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal divulgó la identidad de las víctimas, aclarando las afirmaciones de la fiscalía, y amplió las bases de las prisiones preventivas para impedir una apelación a la Corte Suprema debido a la debilidad de las decisiones que sobre esta medida había articulado el Consejo Supremo.

También a comienzos de 1985 estalló una nueva crisis militar. Lo que disparó esta crisis fue el caso del capitán Astiz. La Cámara Federal decidió que el Consejo Supremo debía juzgar a Astiz por el secuestro de Dagmar Hagelin. Pero el Consejo Supremo rechazó el caso en un día, afirmando que una decisión del tribunal militar tomada con anterioridad impedía una nueva audiencia. El ministro de Defensa, Raúl Borrás, instruyó de inmediato al fiscal militar para que solicitara la anulación de esta decisión del Consejo Supremo y que presentara el caso ante la Cámara Federal. El presidente Alfonsín también pasó a retiro a varios miembros de alto rango del Ejército y de la Marina, entre los que estaba el jefe de Estado Mayor Conjunto, Torres, quien fue reemplazado por el brigadier Teodoro Waldner.

65 Tuvimos varias discusiones sobre este proyecto con nuestros colegas Gabriel Bousat, Hernán Gullco, Carlos Rosenkrantz y Agustín Zbar.

La primera audiencia pública del gran juicio tuvo lugar el 22 de abril de 1985. El ambiente estaba cargado de una gran emoción. 50 000 personas concurrieron a manifestaciones en Buenos Aires y en las ciudades del interior como una expresión de apoyo al juicio. Mucha gente se emocionó al ver a quienes fueran dictadores todopoderosos ponerse de pie cuando los seis jueces civiles entraron en el recinto. Hebe de Bonafini, Pérez Esquivel y Eduardo Rabossi asistieron a la primera audiencia. La atmósfera estaba bastante caldeada. Cuando José María Orgeira, el abogado defensor de Viola, se dirigió al tribunal en forma irrespetuosa, el juez que la presidía, Arslanián, ordenó su arresto disciplinario.

El ex candidato presidencial Ítalo Luder fue el primer testigo; se le preguntó sobre el decreto que él había firmado ordenando el aniquilamiento de la subversión. Declaró que su decreto no exigía la eliminación física de subversivos sino la limitación de sus acciones. Más aún, afirmó que un decreto no puede derogar principios constitucionales básicos. Varios ministros del gobierno de Isabel Perón corroboraron esos sentimientos.

Al día siguiente, Theo Van Boven, el director de derechos humanos de las Naciones Unidas, atestiguó que las Naciones Unidas habían recibido numerosas quejas respecto de la situación de los derechos humanos durante el régimen militar de la Argentina. También varios miembros de la Armada testimoniaron sobre su interpretación de "aniquilamiento" y negaron las acusaciones que señalaban que existía gente que permanecía detenida en la ESMA. Ramón Baldassini, un conocido líder sindical, también atestiguó afirmando que cuando estuvo detenido recibió un trato excelente. El testimonio de Erick Stover, director de la American Science Association, tuvo un fuerte impacto en la opinión pública porque identificó los cadáveres de una familia entera, incluidos los niños, que habían sido muertos con disparos de armas. Clive Snow corroboró el testimonio de Stover. El almirante francés Antoine Sanguinetti contó un encuentro con el almirante Montes, ministro de Relaciones Exteriores de los militares, durante el cual preguntó acerca de las monjas francesas que desaparecieron; Montes le contestó que era extraño mostrar preocupación acerca de esas monjas cuando un ejecutivo de la fábrica Peugeot había sido asesinado por la guerrilla. Varios políticos, junto con los miembros de la cuarta Junta, explicaron el "documento final".

Roberto Cox, ex editor del *Buenos Aires Herald*, atestiguó que se sintió presionado para no publicar las listas de los desaparecidos. Adriana Calvo de Laborde, una física, contó cómo dio a luz a su hijo mientras era secuestrada en un auto entre la humillante sorna de sus captores. Jacobo Timerman describió su secuestro y tortura, incluido el interrogatorio

que le hizo Camps respecto del banquero Graiver, quien supuestamente habría guardado el dinero para los Montoneros. Domingo Moncalvillo atestiguó sobre un grupo de jóvenes que, habiendo sido secuestrados, lograron algo de libertad y aun tomar contacto con sus familias. Sin embargo, en definitiva seguían desaparecidos. Carlos Alberto Hours, un suboficial de la policía de Buenos Aires, describió cómo los policías mataron a Edgardo Sajón. El ex presidente militar, general Alejandro Lanusse, atestiguó sobre los procedimientos ilegales y describió las disputas que mantuvo con varios líderes militares, incluido el presidente Bignone, respecto de tales procedimientos.

Varios testigos describieron el secuestro y tortura de los miembros del grupo económico Grassi. Rabossi describió el trabajo de la Conadep. Emilio Graselli, un cura que había sido capellán militar, describió las denuncias que recibió sobre desapariciones. La ex coordinadora de derechos humanos del departamento de Estado de los Estados Unidos, Patricia Derian, atestiguó su conocimiento acerca de las violaciones argentinas de derechos humanos, las presentaciones que realizó ante el gobierno argentino y sus duros enfrentamientos con miembros del gobierno argentino como el ministro del Interior Albano Harguindeguy. Varios periodistas moderados como Mariano Grondona y Magdalena Ruiz Guiñazú atestiguaron acerca del clima de represión en el que habían vivido. El teniente Facundo Urien, quien había sido dado de baja por rehusarse a participar en el programa de la represión, atestiguó que varios cadáveres fueron desenterrados en su cuartel.

Varios declararon en el caso de Amelia Insaurralde, quien fue encontrada muerta en su cama en una celda de una prisión clandestina. Luego de ese testimonio, varios oficiales sugirieron que el suicidio podía explicar la muerte, y un médico forense afirmó que la muerte fue causada por un ahorcamiento. Gustavo Adolfo Contemponi, quien inicialmente fue encarcelado en Córdoba por conspiración como miembro de Montoneros y luego fue colaborador del régimen militar, describió en detalle el centro clandestino de detención La Perla en Córdoba. El senador Hipólito Solari Rigoyen, quien fue secuestrado junto con otros miembros del Partido Radical, describió la tortura y en definitiva la muerte de algunos de sus colegas. Emilio Mignone atestiguó acerca del secuestro de su hija.

Esta lista representa meramente una parte ilustrativa de las 832 personas que fueron testigos durante el gran juicio. Un grupo de conocidos filósofos en derecho y filósofos morales de habla inglesa, Ronald Dworkin (quien luego escribió la introducción de la versión inglesa del *Nunca más*), Owen Fiss, Thomas Nagel, Thomas Scanlon y Bernard Williams,

asistieron a algunas de las audiencias. En un clima algo ateniense, discutieron los problemas legales y filosóficos asociados con la justicia retroactiva. También brindaron conferencias públicas acerca de cuestiones filosóficas abstractas en la Universidad de Buenos Aires y en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico.

Entretanto, la inquietud militar aumentaba; los juicios eran considerados intolerables y definidos como una maniobra de izquierda. El jefe del Estado Mayor del Ejército, el general Pianta, fue reemplazado por el general Héctor Ríos Ereñú. En junio de 1985 Ríos Ereñú afirmó que una ley de amnistía era la única forma de hacer de la Argentina una gran nación. El 1° de julio de 1985 el ministro de Defensa Roque Carranza declaró que no habría una ley de amnistía. El ex presidente Frondizi, quien se había acercado a los militares luego de haber sido derrocado por ellos, llamó al juicio “show político”. El capellán militar, José Miguel Medina, preguntó públicamente “si existía alguna fuerza subterránea determinada a desmembrar a mis amadas Fuerzas Armadas y la policía”. Al mismo tiempo la inquietud del sindicalismo aumentó. El 23 de mayo de 1985 la Confederación General del Trabajo movilizó 120 000 personas para expresar sus demandas por una reforma económica.⁶⁶ El 14 de agosto de 1985 se completaron los testimonios, y el 11 de septiembre de 1985 Strassera empezó a resumir la evidencia presentada por la fiscalía. Comenzó reafirmando que al menos 9000 personas habían desaparecido. Agregó que el terrorismo de Estado debía ser entendido dentro del contexto de la pérdida de la conciencia jurídica. El método del terrorismo de Estado frustró sus propios objetivos al usar los mismos antiéticos cursos de acción. Una vez que los blancos de la represión se deshumanizaban, se estaba muy cerca de intentar conseguir su aniquilación por cualquier medio posible.

Luego de describir los hechos que rodearon los 709 casos en cuestión, la fiscalía exploró las bases legales para el castigo. Al discutir los principios de autoría, haciendo de los comandantes los responsables por los hechos que no ejecutaron directamente, la fiscalía se basó en el caso “Yamashita”, en el cual el comandante fue condenado por los actos de su subordinado, y las teorías de Roxin y otros juristas alemanes, por las cuales el “autor detrás del autor” podía ser hecho responsable por un crimen que utilice el aparato de poder que él controla en forma completa y en el cual el agente es absolutamente fungible.

66 Véase detalles de estos eventos en Camarasa, Felice y González (1985).

La fiscalía también afirmaba que los acusados eran responsables por los asesinatos y las torturas tanto por comisión como por omisión. Los fiscales rechazaron las posibles justificaciones de legítima defensa, puesto que no existió proporcionalidad; de estado de necesidad, dado que el daño causado fue mucho mayor que el evitado; de obediencia a la ley, dado que la ley no autorizaba específicamente estos actos, y la de estado de guerra, puesto que no existía tal guerra⁶⁷ y, aun de haber existido, los imputados debían ser considerados criminales de guerra.

Strassera concluyó su caso argumentando que a pesar de que los acusados habían cometido delitos para los cuales Dante, en *La divina comedia*, reservaba el séptimo círculo del infierno, estaba pidiendo meramente el castigo que, como dijo Oliver Wendell Holmes, brindaría suficiente credibilidad a la amenaza preventiva de la ley. Luego de solicitar diferentes sanciones, que iban desde la prisión perpetua para los miembros de las primeras dos Juntas hasta diez años para los miembros de la última, Strassera concluyó dramáticamente pidiendo se le permita repetir la frase que ya pertenecía al pueblo argentino, "Nunca más".

La defensa comenzó su argumentación el 30 de septiembre de 1985. El defensor público de Videla, Carlos Alberto Tavares, comenzó cuestionando el Decreto 158 del presidente Alfonsín que suponía que los imputados eran culpables. También cuestionó la Ley 23 049 basándose en el principio del "juez natural" y las garantías del debido proceso. Tavares descartó el testimonio brindado por la gente involucrada en la investigación de la Conadep, ya que consideraba a esta Comisión un verdadero centro de creación de evidencia. Pidió la absolución de Videla y la aplicación de la ley de amnistía. José María Orgeira, autor de la defensa de Viola, llamó a la corte un tribunal inquisitorio y descartó la evidencia porque decía que había sido fabricada por aquellos conectados con el terrorismo de izquierda; también argumentó que la omisión no podía ser una fuente de responsabilidad por este tipo de acciones. Viola declaró que estaba siendo acusado por algo de lo que él estaba orgulloso: la victoria sobre la subversión de izquierda.

El abogado de Massera, Jaime Prats Cardona, afirmó que el juicio era parte de una conspiración para destruir a las Fuerzas Armadas. También descartó el testimonio de los testigos porque creía que ellos estaban involucrados con el terrorismo, y solicitó la absolución de Massera. Massera

67 Por ejemplo, no había documentación alguna de las diferentes operaciones de los prisioneros y de las bajas.

mismo, durante su deposición, afirmó que él no se iba a defender por haber organizado una guerra exitosa contra el terrorismo subversivo.

Bernardo Rodríguez Palma e Ignacio Garona, los defensores del brigadier Agosti, trataron de distinguir a la Fuerza Aérea de las otras fuerzas militares, como también de negar la veracidad de las acusaciones directas.

Enrique Ramos Mejía y Fernando Goldaracena, los defensores de Lambruschini, se basaron en los decretos sobre "aniquilación" firmados por Isabel Perón y Luder, alegando que había existido un estado de guerra. El defensor de Graffigna, Roberto Calandra, arguyó que no hubo un solo hecho que pudiera ser imputado a su cliente. El equipo que ejercía la defensa de Galtieri, liderado por Eduardo Munilla Lacasa, advirtió que el país, con medidas tales como ese juicio, en definitiva sería llevado a situaciones como las experimentadas en Nicaragua. El equipo defensor de Anaya, liderado por Eduardo Aguirre Barrio, alegó que en el momento en que su cliente se hizo cargo de la Armada la represión había cesado. Miguel Marcopoulus, el defensor de Lami Dozo, justificó la guerra contra la subversión citando a Napoleón: "Aquel que salva a la nación no rompe ninguna ley". También argumentó que la batalla antisubversiva había llegado a su fin antes de que Lami Dozo se hiciera cargo del poder.

Durante estos procedimientos una serie de bombas explotaron en diferentes lugares del país, incluido el hogar de algunos líderes militares. Sólo cuatro horas después de que el caso de las defensas finalizara el 21 de octubre de 1985, el vocero presidencial José Ignacio López anunció que el presidente Alfonsín había declarado el estado de sitio en respuesta a esos intentos de bombas. El estado de sitio se limitó a la detención por sesenta días de seis miembros de las Fuerzas Armadas y seis civiles. Algunos jueces comenzaron a declarar que el estado de sitio era inconstitucional debido a la falta de evidencia que conectara las bombas con los detenidos. El presidente revocó el estado de sitio unas pocas semanas después. En una conversación telefónica con Alfonsín, expresé mi desacuerdo con la medida inicial. Para evitar la generalización del estado de sitio, la declaración fue limitada a los acusados; pero yo creía que la generalidad era un requisito constitucional implícito.

Una vez que el estado de sitio fue impuesto, las bombas cesaron por completo. De todas formas, la ansiedad militar aumentó cuando la corte entró en receso para preparar su decisión final. El gobierno esperaba que la decisión de la Cámara calmara los temores de aquellos que creían que la interpretación liberal de la cláusula de obediencia debida podría causar persecuciones extendidas. Así, Alfonsín nos pidió a Malamud y

a mí que organizáramos una reunión secreta con los miembros de la Cámara Federal para discutir la cuestión de la obediencia debida.⁶⁸ La reunión consistió en una cena en mi casa en octubre de 1985 a la cual asistieron seis jueces, Alfonsín (quien llegó en un coche con los vidrios polarizados), Malamud, mi esposa Susana y yo. Durante la cena no discutimos el tema del juicio, cumpliendo con el respeto que tradicionalmente Alfonsín sentía por los jueces, que los críticos atribuían a su condición de haber sido abogado en un pueblo pequeño. Alfonsín definió a los jueces como héroes, agregando que la sociedad estaría agradecida para siempre por sus esfuerzos. También confesó que muchas veces se iba a dormir sin saber si sería secuestrado durante la noche. Durante el café Alfonsín preguntó si se podría, después de diez años, hacer responsables de sus actos a los oficiales de rangos menores. El juez Ledesma replicó que en la mayoría de los casos los autores individuales no podían ser identificados. Otros jueces sugirieron que se podría establecer un término de seis meses al final del cual todos aquellos que no hubieran sido identificados deberían quedar libres de persecución penal. Alfonsín no estaba convencido de que tales medidas pudieran contener adecuadamente los juicios. Finalmente les pidió a los jueces si podían definir obediencia debida en su decisión, para lograr tales fines. Le contestaron que sería bastante difícil hacerlo dado que estaban tratando con aquellos que dieron las órdenes y que como jueces no podían realizar una afirmación general. Los jueces partieron. Cuando Alfonsín estaba a punto de irse, su guardaespaldas le solicitó que no lo hiciera todavía porque había surgido un pequeño fuego en un departamento vecino, y había mucha gente además de los bomberos en la calle. Por lo tanto el presidente tuvo que esperar junto con nosotros. Durante este lapso le mostramos un video del juicio que D'Alessio me había dado.⁶⁹

El 9 de diciembre de 1985 la Cámara anunció públicamente su decisión. Comenzó describiendo el patrón general de la represión. A partir de un examen de la evidencia, los jueces concluyeron que las medidas tomadas por los acusados fueron radicalmente diferentes de las autorizadas por ley:

68 Por supuesto una reunión pública hubiera sido escandalosa dado que el tribunal estaba preparando su decisión y el gobierno hubiera sido acusado de orquestar el juicio.

69 Véase un informe de este encuentro, con algunas desviaciones de los hechos, en Verbitsky (1987b: 156-157).

La falta de confianza en los métodos civilizados para impedir la repetición de los actos terroristas o para castigar a sus instigadores, la certeza de que la opinión pública nacional e internacional no toleraría la aplicación masiva de la pena de muerte, y el deseo de evitar el escrutinio público que tal curso de acción hubiera supuesto llevaron a los imputados a ir dando los pasos que luego se siguieron en realizar la campaña contra la subversión. En esencia esas medidas consistieron en el secuestro y la posterior eliminación física de los que eran identificados (de acuerdo con el juicio de quienes ejecutaban las órdenes) como delinquentes subversivos. Que el sistema elegido para combatir la subversión se apartara del Estado de Derecho —y aun de aquellas normas de excepción que se diseñaron para los tiempos de emergencia— se refleja no solamente en la violencia que caracterizó esas operaciones, sino también en las medidas que se tomaron con el propósito de ocultar los arrestos y el destino de los detenidos, entregándolos a condiciones inaceptables de cautiverio. Toda la evidencia que se ha producido y evaluado en los capítulos precedentes confirma esta afirmación.⁷⁰

A pesar de los argumentos en contra de la fiscalía, la Cámara se rehusó a imputar responsabilidad a las Juntas mismas y más bien insistió en imputar responsabilidad a cada comandante en jefe, a pesar de la cooperación que de tiempo en tiempo cada arma brindaba a la otra, “no se sigue que las operaciones fueran conducidas por una autoridad más alta que la de cada comandante en jefe”. La Cámara además afirmó que los comandantes debían conocer los procedimientos que utilizaron sus subordinados, incluidos el secuestro, la tortura, el robo y aun el asesinato, dado el patrón general de aquellas operaciones y el control que ellos mantenían sobre sus fuerzas. Lo mismo, sin embargo, no podía ser dicho acerca de los delitos que se refieren al hurto de propiedad, secuestro de menores y soborno. Dado que la mayor parte de las órdenes fueron dadas oralmente, no es sorprendente que el Consejo Supremo encontrara las órdenes escritas “inobjetables”.

70 Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, sentencia en el caso n° 13 (9 de diciembre de 1985). Tomado de la traducción inglesa de Garro y Dahl (1987: 368, 373).

La Cámara luego discutió los crímenes en cuestión. Basándose en la definición de privación de libertad que se encuentra en el art. 144, inc. b) del Código Penal argentino, negó que tales secuestros puedan estar autorizados por la ley. La tortura había sido prohibida por el art. 144, inc. c) del Código, conforme la reforma de la Ley 14 616. En algunos casos, como el de Anaya, la tortura se agravaba debido a la muerte de las víctimas. De acuerdo con el art. 80 del Código Penal los asesinatos se agravan debido a la crueldad con la cual fueron cometidos. Por otra parte la Cámara no encontró a los imputados como autores de los siguientes crímenes: encubrimiento, reducción a servidumbre, y falsedad documental.

La Cámara luego se refirió a las diferentes justificaciones. La de estado de necesidad fue rechazada porque los medios usados para combatir la subversión fueron tan perniciosos como la subversión misma; lo que es más, algunos de los males que se querían prevenir no eran inminentes. La justificación del actuar de acuerdo con deberes legales fue rechazada dado que los decretos en cuestión debían ser contruidos armónicamente con el resto del sistema jurídico. La legítima defensa fue rechazada dado que la acción que se pretendía defensiva no era razonablemente proporcional a la agresión y dado que el secuestro terminaba con cualquier amenaza. Tampoco los imputados podían argumentar en forma exitosa que actuaron en meros “excesos” de órdenes legítimas porque la mayor parte de los actos eran innecesarios en primer lugar. La Cámara discutió largamente la defensa del estado de guerra, subrayando las distinciones entre diferentes tipos de guerras y describiendo los pasos de la así llamada “guerra revolucionaria”. La Cámara comenzó con una aclaración: existe una simple definitoria característica de la guerra, pero insistió en que, aun durante una guerra, gobiernan sobre ella las reglas nacionales e internacionales y que los imputados no cumplieron con esas reglas. A pesar de que el método utilizado aceleró la victoria contra la subversión, esto en sí mismo no justifica el uso excesivo de la fuerza.

La siguiente sección del fallo fue dedicada a las reglas de la autoría y la participación. La Cámara sostuvo que la teoría del “dominio del hecho”, formulada por el jurista alemán Hans Welzel, debía ser la doctrina utilizada. El autor del crimen es el que puede controlar el curso de los eventos. Esta noción está de acuerdo con el Código Militar, especialmente el art. 514 que trata de la obediencia debida. La Cámara afirmó:

El autor indirecto es penalmente responsable porque es quien está en control de la realización del delito. El autor indirecto controla el acto delictivo al controlar la voluntad de la persona

que en realidad comete el delito... En la opinión de esta Cámara, los imputados son responsables por los crímenes cometidos por sus subordinados, independientemente de la responsabilidad penal de estos últimos. Los actos criminales realizados por oficiales subordinados siempre estuvieron bajo el control de los imputados, por lo tanto ellos deben responder como autores indirectos aun si algunos de los autores indirectos pueden ser exentos de responsabilidad penal sobre las bases de algún tipo de justificación... Bajo estas circunstancias, quienes en realidad cometieron los delitos no son tan importantes. El control de aquellos que encabezaban el sistema era absoluto. Aun si un subordinado se rehusaba a obedecer, sería automáticamente reemplazado por otro quien se conformaría a las directivas (Garro y Dahl, 1987: 415-417).

La Cámara afirmó que los imputados no sólo contribuyeron a los delitos dando las directivas sino también facilitando su ejecución.

En la siguiente sección, el tribunal atribuye responsabilidad a cada uno de los imputados. Por ejemplo, Videla fue encontrado responsable de 16 cargos de homicidios agravados por crueldad, 50 de homicidios agravados por crueldad, 306 cargos de privación ilegal de la libertad agravada por amenazas violentas, 93 cargos por torturas, 4 cargos por torturas seguidas de muerte, y 26 cargos de robo. Fue absuelto de otros cargos.

La sección final de la sentencia de la Cámara contenía las condenas. Videla y Massera recibieron prisión perpetua e inhabilitación permanente para todo cargo público; Agosti recibió 4 años y medio de prisión e inhabilitación permanente; Viola recibió 17 años de prisión e inhabilitación permanente para cualquier cargo público; Lambruschini recibió 8 años de prisión e inhabilitación permanente, Grafigna, Galtieri, Anaya y Lami Dozo resultaron absueltos. La sentencia también incluía un punto que después sería controvertido. Las sanciones penales que fueron reveladas en el curso de los procedimientos fueron reportadas al Consejo Supremo para que imputara cargos criminales contra los oficiales superiores que estaban a cargo de las áreas relevantes durante la campaña contra la subversión.⁷¹ Tanto la fiscalía como la defensa apelaron la decisión a la Suprema Corte.

71 Este punto es considerado una interpretación de la cláusula de la obediencia debida, y así, como un gesto hacia las preocupaciones del gobierno.

Mientras que había en el gobierno quienes estaban desilusionados porque la Cámara no había circunscripto en forma decisiva la justificación de la obediencia debida, la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones fue indudablemente el componente más exitoso de la estrategia de Alfonsín. A pesar de las presiones de diferentes sectores y de los riesgos ostensibles, la Cámara condujo el juicio en una forma extremadamente digna y, en su sobria y razonada decisión, sentó los principios que conducirían al restablecimiento del Estado de Derecho y de los principios más elementales de la ética en la vida argentina. La conciencia moral de la sociedad parecía haber sido profundamente afectada por estos juicios. Aun a pesar de que el juicio no fue transmitido directamente por televisión,⁷² los meses de testimonio respecto de las atrocidades hicieron un impacto perceptible en la mente de la gente.

LA CUARTA FASE: 1986-1990

Durante este período, la reacción pública comenzó a modificar la estrategia original, forzando medidas para contener el proceso punitivo. Mi conexión con los eventos de este período fue menos intensa dado que en la navidad de 1985 el presidente me nombró coordinador del Nuevo Consejo para la Consolidación de la Democracia, que fue un cuerpo interdisciplinario y bipartidario de asesoramiento encargado de proponer reformas estructurales para rectificar algunas de las tendencias endémicas mencionadas al comienzo de este capítulo, especialmente la concentración del poder. Por lo tanto me vi menos envuelto en la cuestión de la justicia retroactiva.

En marzo de 1986 hubo otra reunión secreta para discutir los problemas de los juicios entre Alfonsín y algunos de los jueces, esta vez en la residencia presidencial de Olivos. También estuvimos en ella Malamud y yo, el ministro del Interior Tróccoli, el nuevo ministro de Defensa, Germán López, y el nuevo secretario de Justicia, Ideler Tonelli. No llegamos a un consenso acerca del curso de acción que se debería tomar. De todas formas tuve la clara impresión de que la idea de detener los juicios estaba creciendo. Petracchi, un ministro de la Corte Suprema que había pro-

72 De hecho el gobierno ordenó que toda la cobertura de la televisión fuera silenciosa para mitigar la irritación militar.

puesto el nombre de Tonelli a Alfonsín, estaba diseñando una propuesta que restringiría los términos de prescripción de las acciones. A pesar de que esta propuesta era rechazada por algunos jueces, especialmente por Gil Lavedra, quien proponía acelerar los juicios que quedaban, Alfonsín aseguró a los jueces que apoyaría la propuesta de Petracchi (Verbitsky, 1987b: 157).

El gobierno primero intentó convencer al Consejo Supremo de que acelerara los juicios que se estaban llevando a cabo. También intentó presionar a las Cámaras Federales del Interior para que ellas tomaran los casos dentro de su jurisdicción. Algunos funcionarios, incluido a Malamud, viajaron al interior para determinar cómo el gobierno podría asistir a estas Cámaras Federales. Las Cámaras, de todos modos, eran bastante dubitativas respecto de la decisión de hacerse cargo de los juicios, dado que las presiones militares eran más fuertes en las pequeñas ciudades de provincia. La Cámara de Córdoba, que había tenido que tratar con el general Menéndez y los abusos del centro clandestino La Perla, fue la más intransigente. Era bastante posible que incluso algunos de los miembros de la Cámara estuvieran conectados con Menéndez. El 4 de abril de 1986, la Cámara Federal de Buenos Aires decidió tomar el juicio contra el general Camps. La decisión evidenciaba una crítica implícita a las Cámaras del Interior que estaban permitiendo que el tiempo de prescripción se venciera.

El 23 de abril de 1986 el secretario de Defensa, Horacio Jaunarena, llamó a una audiencia con el ministro de Defensa Germán López, el secretario de Justicia Tonelli y los asesores legales de las Fuerzas Armadas. En esa reunión, surgió un consenso basado en un texto preparado por Tonelli: el ministro de Defensa daría instrucciones a los fiscales militares para acelerar aquellos casos que se encontraran en juicio ante el Consejo Supremo en los que los oficiales con capacidad de decisión eran los imputados; los otros serían absueltos. Cuando el proyecto de propuesta fue presentado a varias personas en el gobierno, sólo el subsecretario de Derechos Humanos Rabossi y el diputado Federico Storani expresaron su oposición. El presidente autorizó la propuesta el 24 de abril de 1986.

En ese momento Rabossi me contó acerca de la reunión, y algunos miembros de la Cámara Federal comunicaron su seria preocupación. Hablé con Alfonsín, y él me dijo que la propuesta había sido presentada a los jueces y que ellos habían acordado. Los jueces negaron haber visto el proyecto de propuesta. Alfonsín me envió a una reunión con Germán López, Jaunarena y Tonelli. La reunión fue bastante caldeada. Argumenté que la propuesta claramente contradecía el texto de la ley, pero Tone-

lli respondió que ningún jurista serio interpretaría las instrucciones en la forma en que yo lo había hecho (Verbitsky, 1987b: 415-417).

Las instrucciones de los jueces provocaron una crítica considerable entre sectores de la prensa y los grupos de derechos humanos. El juez Jorge Torlasco de la Cámara Federal renunció. El presidente envió a Tonelli a la Cámara para impedir otras renunciadas, pero los jueces reaccionaron con hostilidad. El presidente se reunió con los jueces el 29 de abril de 1986, prometiéndoles clarificar las instrucciones. En su discurso del 1° de mayo de 1986 ante la Asamblea Legislativa, el presidente anunció que enviaría nuevas instrucciones para que aquellos que hubieran tenido capacidad de decisión y/o hubieran cometido hechos atroces o aberrantes no pudieran hechar mano de la justificación de la obediencia debida. Algunos sectores de la prensa todavía pedían que los juicios cesaran.⁷³ El 11 de junio de 1986, el presidente, en una conferencia de prensa, aclaró las instrucciones, afirmando que las absoluciones no alcanzarían a los que hubieran cometido actos atroces o aberrantes.

Varios tribunales respondieron quitando los casos de la jurisdicción del Consejo Supremo y asumiéndolas. Esto ocurrió en la Cámara Federal de La Plata, en un caso que concernía a Bignone en Rosario, y en la Cámara Federal de Buenos Aires, en los casos referidos al primer cuerpo de ejército. Cuando se enteró de que la Cámara de Buenos Aires iba a tomar jurisdicción respecto de estos casos, Alfonsín tuvo otra reunión con los jueces para evitar este curso de acción. Hasta llegó a pedir al ministro de la Corte Suprema Petracchi que intercediera, pero los jueces no se movieron de su posición (Verbitsky, 1987b: 198). Por lo tanto las instrucciones tuvieron, en definitiva, un efecto bumerán.

Las instrucciones del presidente tuvieron un efecto en un raro foro. El 18 de agosto de 1986 el Consejo Supremo usó las instrucciones del presidente para absolver al general Menéndez del tercer cuerpo de ejército de Córdoba. El mismo día el general Camps se rehusó a atestiguar ante la Cámara Federal de Buenos Aires. La Cámara Federal de Córdoba finalmente tomó el caso Menéndez, a pesar de que dejó el juicio de La Perla en la jurisdicción del Consejo Supremo. La Cámara Federal de Buenos Aires decidió no quitar el caso de la ESMA al Consejo Supremo, pero el ministro de Defensa pidió al fiscal militar presionar al Consejo Supremo

⁷³ De hecho, Joaquín Morales Solá en su editorial del 6 de mayo de 1986 en *Clarín* me acusó de ser un obstáculo a esa solución. Véase Joaquín Morales Solá, "El punto final", *Clarín*, 4 de mayo de 1986, p. 14 (editorial).

para que tomara acciones en el caso. Como repuesta, varios miembros del Consejo Supremo renunciaron.

La transferencia de virtualmente todos los casos a las Cámaras Federales agravó la situación para las Fuerzas Armadas. Altos oficiales se reunieron para discutir sus preocupaciones respectivas. El coronel Jorge Eduardo Gorleri anunció públicamente que no permitiría a ninguno de sus oficiales que concurrieran a las citaciones de tribunales civiles. Alfonsín ordenó de inmediato la baja de Gorleri. La situación se hizo aún más tensa cuando la Cámara Federal de Mendoza ordenó la detención preventiva del teniente Carlos Esteban Plá, quien estaba acusado del asesinato de dos jóvenes disparándoles en la nuca. Plá se acuarteló, rehusando obedecer las órdenes del tribunal. Sus compañeros oficiales expresaron su solidaridad. Ríos Ereñú, Jaunarena y Tonelli buscaron una solución. Inicialmente la Cámara Federal decidió no llevar adelante la orden de detención. Luego la corte dejó de lado su orden inicial cuando se dio cuenta de que uno de los testigos había cometido perjurio. Entretanto, Plá se fue en una misión a España. Este episodio reveló que los intentos de detener oficiales inferiores para ser llevados a juicios serían resistidos. Al mismo tiempo la tensión pública se había vuelto de los juicios hacia la crisis económica, que había empeorado.

En octubre de 1986 diferentes sectores del gobierno comenzaron nuevamente a buscar maneras de contener los juicios. Algunos pensaron que la Corte Suprema debería clarificar la cuestión de la obediencia debida, especialmente debido a la apelación pendiente de Videla.

Aun cuando Petracchi coincidía con esta idea, se retractó, argumentando que existía una conexión muy tenue entre la obediencia debida y las cuestiones a tratar. El ministro Tróccoli estudió el proyecto de obediencia debida. Este proyecto eliminaría la excepción de actos atroces y aberrantes y tornaría a la presunción de error en una presunción irrefutable. Subsecuentemente Alfonsín pidió a Malamud y a Ricardo Entelman que prepararan una propuesta, basada en la idea original del juez Petracchi de acortar los tiempos del sistema de prescripciones. El resultado fue una propuesta conocida como el "punto final" que imponía una fecha límite para todos los juicios.

La Cámara Federal de Buenos Aires continuó las audiencias del caso "Camps" y del caso "Ricchieri", así como las de los casos de varios oficiales militares y policías. El 2 de diciembre, la Cámara Federal sentenció a Camps a 25 años de prisión, a Miguel Etchecolatz, el jefe de policía, a 23 años de prisión, al general Pablo Ricchieri a 14 años de prisión, al

médico de la policía Jorge Bergés a 6 años de prisión, y al cabo Norberto Cozzani a 4 años de prisión.

El 4 de diciembre de 1986 se desencadenó una seria crisis militar. La Cámara Federal citó a los generales retirados Jorge Rovere, José Montes, Andrés Ferrero, Juan B. Sasaiñ y a Adolfo Sigwald, así como al coronel Roque Presti. Cuando el ministro de Defensa Jaunarena comunicó esta decisión, Ríos Ereñú, el jefe del Ejército, respondió que esa resolución provocaría una fuerte reacción militar y que forzaría a su propio retiro. A medida que la tensión se agravaba, Tróccoli, Jaunarena y Malamud fueron a la casa del ministro Petracchi a solicitarle que el Poder Judicial suavizara la situación. Petracchi encontró una solución temporaria: un policía (Juan Antonio del Cerro) acusado por torturas había apelado ante la Corte Suprema sobre la base de que la Cámara Federal tomó el caso bajo su jurisdicción en forma inadecuada. Petracchi respondió solicitando el expediente del caso. Esta medida tuvo el efecto de detener el proceso, y dado que el reclamo de Del Cerro era similar a los de los otros oficiales que se mencionan más arriba, estos procesos también se detuvieron. Se evitó así una crisis en forma temporal.

Entretanto, el 5 de diciembre de 1986, la Cámara Federal de Buenos Aires absolvió a Astiz, a pesar del secuestro de Dagmar Hagelin, dado que aplicó el sistema de prescripción de la acción penal. Ese mismo día el presidente Alfonsín envió la ley de punto final al Congreso. Yo asistí a una larga reunión en Olivos para discutir el proyecto de propuesta. Tróccoli y Dante Caputo lo defendían. Yo pensaba que la ley de punto final era políticamente contraproducente. Luego entregué una carta a Alfonsín en la cual desarrollaba claramente mis objeciones, a la vez que le pedí que me otorgara una licencia para enseñar en Yale Law School. Él puso la carta en su bolsillo, me abrazó mientras me decía "Déjeme intentarlo" y me deseó buena suerte en Yale.

La ley fue diseñada para contrarrestar la falta de certeza creada por la no resolución de varios casos. Establecía un límite de sesenta días durante el cual todas las denuncias basadas en la actividad criminal que define la Ley 23 049 deben ser interpuestas, dado que de otra manera todas esas denuncias quedarían extinguidas. Lo mismo se aplicaría a cualquier persona acusada de acción política violenta previa al 10 de diciembre de 1983. La ley no se aplicaba al secuestro de menores. Además, la prisión preventiva no sería más necesaria si el superior del oficial asumía la responsabilidad de la aparición del acusado ante el tribunal. La Cámara Federal podía ordenar al Consejo Supremo que informara acerca del progreso de los casos en cuarenta y ocho horas.

La ley fue sancionada por el Congreso el 23 de diciembre de 1986 en medio de la oposición pública.⁷⁴ Guillermo Ledesma, otro miembro de la Cámara Federal de Buenos Aires, renunció. El 19 de enero de 1987 el Consejo Supremo absolvió a 15 almirantes en el caso de la ESMA. Alfonsín, profundamente afectado por la reacción pública ante la ley, sancionó un decreto el 23 de enero de 1987 en el que ordenaba al procurador general enviar instrucciones a los fiscales para elevar cargos contra todos los que estuvieran implicados por la Ley 23 049. Dado el pésimo manejo de la información que hizo el gobierno, el público no se dio cuenta de que esta era una presión en favor de la persecución penal y no, como muchos sectores de la prensa de izquierda y de los grupos de derechos humanos creían, otro intento de evitar la confrontación con los hechos del pasado (Verbitsky, 1987b: 319). La Corte Suprema revisó la decisión de la Cámara Federal en el caso "Videla". La mayoría de la Suprema Corte no acordaba con los criterios que la Cámara Federal había aplicado respecto de la autoría, afirmando que la teoría del control de la acción era demasiado controvertible. La Corte Suprema estaba sin embargo preparada para considerar la conducta de los comandantes como cómplices necesarios, lo que suponía la misma sanción. La corte agregó que la ley de autoamnistía debía ser invalidada porque había sido un abuso de poder. Por la minoría, Jorge Bacqué⁷⁵ y Petracchi argumentaron en favor de una posición más estrecha para validar las leyes de facto y consideraron a los imputados como autores de los crímenes y no como meros cómplices. Dado el análisis de la mayoría, de todos modos, la Suprema Corte revocó la imputación de algunos crímenes a Viola y a Agosti y, por lo tanto, redujo las sentencias del primero a 16 años y del segundo a 3 años y 9 meses.

Cuando la ley de punto final devino operativa, los tribunales de todo el país, algunos de aquellos en el interior que habían actuado con bastante lentitud, entraron en una actividad frenética, aun dejando de lado la feria judicial de verano en enero. Mientras yo estaba enseñando en Yale

74 El 19 de diciembre había habido una demostración pública contra la ley.

75 Bacqué fue mi profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Luego trabajé con él en ella como su asistente. Malamud y yo habíamos sugerido su nominación para la Corte Suprema luego de que Carrió renunciara debido a su estado de salud. Algunos funcionarios de gobierno, no el presidente Alfonsín, no nos permitían olvidar esta nominación cuando Bacqué tomó una posición bastante independiente sobre cuestiones que eran consideradas cruciales para la estrategia del gobierno.

leí un editorial del *New York Times* titulada “La dilución de la justicia en la Argentina” (“Justice Diluted in Argentina”), que criticaba la ley de punto final por debilitar el impacto de los juicios. Mi respuesta, titulada “¿Juicios veloces para los militares argentinos?” (“Speedy trials for Argentina’s military?”), argumentaba que la ley en cuestión ayudaría a acelerar los juicios, dado que el número de casos que en ese momento estaban ante los tribunales argentinos se había triplicado.⁷⁶ Cuando volví a la Argentina a mitad de marzo de 1987, me di cuenta de que había subestimado el efecto de la ley: mi estimación era que el número alcanzaba a 150, pero de hecho eran 400, 20 veces el número de imputados hasta la fecha.

Dado que los tribunales creían que la ley de punto final les había dado un breve lapso en el cual debían tomar la responsabilidad histórica para castigar esos delitos, aceleraron enormemente su actividad, recibiendo copiosa evidencia de víctimas y grupos de derechos humanos. Por lo tanto, la ley de punto final estaba teniendo, como las instrucciones, un efecto bumerán, provocando un estallido de actividad judicial.

La situación fue en los inicios estable, con los militares en retirada dado este activismo judicial. ¡Finalmente, la justicia parecía haberse impuesto! En ese momento la Cámara Federal de San Martín condenó a Firmenich, quien había sido extraditado de Brasil. A diferencia de los oficiales que estaban siendo juzgados por el procedimiento oral reformado en el Código Militar, Firmenich estaba siendo juzgado por el viejo procedimiento escrito y fue sentenciado a 30 años de prisión. Al mismo tiempo López Rega, que había estado escondido en Florida y que también fue objeto de un pedido de extradición al gobierno de los Estados Unidos, fue traído a la Argentina para testificar sobre sus crímenes. El 2 de abril de 1987 Alfonsín, en una movida aplaudida por sus simpatizantes, refutó públicamente un sermón del capellán Medina por las víctimas de la Guerra de Malvinas en la Catedral. En este sermón se habían criticado los juicios. Más tarde, esa misma semana el Papa visitó la Argentina por una semana, expresando la esperanza de que no hubiera más desapariciones y alabando la actividad de los obispos que habían salvado vidas durante la dictadura. El gobierno estaba aún esperanzado en que la Corte Suprema definiera los límites de la obediencia debida en un caso que involucraba a oficiales subordinados y cuya decisión se encontraba pendiente.⁷⁷

⁷⁶ *The New York Times*, 2 de marzo de 1982, p. 30.

⁷⁷ Un día, luego de un almuerzo con el ministro Tróccoli, me sugirió que yo hablara con el ministro Bacqué respecto de la cuestión de la obediencia debida. Yo no creía que la Corte Suprema tomaría tamaña decisión política.

A medida que se acercaba la Semana Santa, el statu quo parecía estable, y casi todos los funcionarios del gobierno, incluido el presidente, estaban esperando ansiosamente sus vacaciones fuera de Buenos Aires. Una anécdota personal ilustra este engañoso estado de calma. Tres conocidos estudiosos, Owen Fiss, Thomas Nagel y Antony Honoré, llegaron a Buenos Aires para una conferencia sobre derechos humanos, durante la cual Rabossi enfrentó las críticas de los grupos de derechos humanos. Más tarde en la noche del 15 de abril, mientras tomábamos café en la Recoleta, un barrio de Buenos Aires, nos encontramos con Robert Cox, quien había asistido a la misma conferencia. Yo dije que ese era uno de los más grandes momentos para la consolidación de la democracia. Conversamos un rato más y luego, en nuestro camino a casa, pasamos por un puesto de diarios, y les compré un ejemplar de *La Razón*, casi como un souvenir. Los títulos eran esperanzadores para la Argentina: “López Rega traído al país”, “Firmenich condenado”, “Más oficiales citados para atestiguar en los juicios”, “Se llega a un arreglo respecto de la deuda externa”, y “Conversaciones entre el gobierno y los sindicatos”. Cuando volaron a Salta a la mañana siguiente, percibieron, sin embargo, los primeros síntomas de lo que sería el comienzo del fin.

El 14 de abril de 1987, el mayor Ernesto Barreiro, citado para responder acusaciones de tortura, comunicó a su superior del regimiento 14 de la brigada de infantería aerotransportada de Córdoba, el teniente coronel Luis Polo, que no aparecería en la corte. Polo reportó la decisión de Barreiro al comando del tercer cuerpo del ejército. El general Antonio Fichera viajó inmediatamente a Buenos Aires para entrevistarse con el jefe del Ejército, general Mario Sánchez. Sánchez le dijo a Polo que debía obligar a Barreiro a presentarse ante los tribunales. Polo se rehusó a hacerlo. El 15 de abril la resistencia de Barreiro se había filtrado a la prensa, y cuando fue el momento de aparecer ante la corte, se acuarteló en el club de oficiales. La Cámara Federal de Córdoba rehusó otorgar un aplazamiento y contactó al gobierno nacional para ver cómo debía proceder. En definitiva, la Cámara declaró a Barreiro rebelde y pidió a la Policía Federal facilitar su captura.

El jefe de las Fuerzas Armadas Ríos Ereñú se reunió con el alto comando del Ejército para ver si debían enviar tropas a la policía para capturar a Barreiro. Durante esa noche el gobierno envió una comunicación en

Tróccoli, bastante enojado, me dijo que íbamos a pagar si no había una solución para esta cuestión.

la que declaraba que se respetaría el orden constitucional. Barreiro también envió una comunicación adhiriendo a su posición. Las oficinas de varios diarios recibieron comunicaciones de oficiales de todo el país en apoyo de la decisión de Barreiro. Un oficial del regimiento declaró que una orden de arresto sería resistida. Al día siguiente, el 16 de abril, noticias sobre la rebelión llegaron a los titulares de los diarios matutinos, y la población comenzó a estar seriamente preocupada. Los rebeldes acusaban al jefe del staff de las Fuerzas Armadas, Ríos Ereñú, de abortar las negociaciones a propósito y pidió su renuncia así como una amnistía. Luego de estar reunidos por dos horas con los generales y ordenarles que reprimieran la rebelión, el presidente Alfonsín llamó a una audiencia urgente en la Asamblea Legislativa, desde la cual dio un discurso que fue televisado. En una sesión a la que asistieron no sólo legisladores sino también líderes de los partidos políticos, sindicatos, y asociaciones empresarias y profesionales, el presidente Alfonsín proclamó que la democracia argentina no negociaría y que la extorsión era inaceptable. Los oficiales de las Fuerzas Armadas tenían el deber de obedecer, y las decisiones de un Poder Judicial autónomo no podían ser negociadas. Alfonsín fue ampliamente aclamado por todos en el hall, así como por quienes manifestaban en la calle, que eran alrededor de 400 000 personas.

En ese mismo momento el teniente coronel Aldo Rico, que había peleado en Malvinas bajo las órdenes del coronel Alí Mohammed Seineldín, y era el jefe de un regimiento en la provincia de Misiones, tomó la escuela de infantería de Campo de Mayo, en las afueras de Buenos Aires. Tuvo el apoyo inmediato de 50 capitanes que estaban estudiando allí. Ríos Ereñú citó a Rico por rebelión.⁷⁸ Antes Aldo Rico había enviado un documento a su comandante de brigada quejándose por la citación de oficiales que habían peleado una guerra justa contra la subversión marxista y la reducción del presupuesto militar, ambas medidas destinadas a destruir las Fuerzas Armadas si no eran detenidas; en ese momento, favorecía una negociación directa con Alfonsín (véase Verbitsky, 1987a: 162-166). Ahora se había puesto en una rebelión abierta y quienes lo seguían llegaban a 200. El 17 de abril, viernes santo, Rico hizo público un comunicado con el anuncio de que las Fuerzas Armadas habían perdido toda esperanza: ya no tenían la disciplina necesaria para ser eficientes;

78 Véase detalles en "Día de vigilia en la Casa Rosada: el presidente Alfonsín ratificó al general Ríos Ereñú", *La Razón*, 18 de abril de 1987, p. 11.

los oficiales debían ponerse de pie y buscar una solución política a un evento político que era tan importante como la lucha contra la subversión. Luego proclamó que comandos de diferentes provincias compartían sus creencias y que aquellos que intentaran reprimir esa disidencia debían sufrir las consecuencias. Alfonsín llamó al jefe del Estado Mayor Ríos Ereñú y a los cuatro comandantes esa mañana para discutir cómo detener esa rebelión. Verificó que el director de los Institutos Militares de Campo de Mayo no tenía tropas para dominar a Rico, y que el tercer cuerpo de ejército no podía tener la fuerza para forzar a Barreiro a entregarse. Al mediodía Barreiro dejó su cuartel hacia un lugar desconocido. El presidente ordenó a los comandantes del segundo y del cuarto cuerpo intervenir.

El sábado 18 de abril, el comandante del segundo cuerpo, general Ernesto Alais, con gran dificultad, reunió tropas y se dirigió al sitio donde Rico estaba refugiado. El general Alais amenazó con cañones; Rico contestó que lanzaría un mortero hacia la multitud que se había reunido afuera. Rico finalmente se trasladó en helicóptero al edificio central del Ejército para hablar con Ríos Ereñú. Cuando Ereñú afirmó que se darían algunas soluciones a los juicios, Rico contestó que nadie le creía (Verbistky, 1987b: 362). El portavoz presidencial declaró esa tarde que la situación era preocupante y que el Gabinete se encontraba en sesión permanente. Los ciudadanos comunes fueron al cuartel y trataron de entrar. El senador Adolfo Gass habló con Rico y le dijo a la gente que se fuera, dado que Rico había amenazado con repelerlos con la fuerza. Una multitud se fue congregando en la Plaza de Mayo, y Alfonsín recibió a los líderes de los diferentes partidos y grupos sociales. Ríos Ereñú se reunió con todos los generales de Buenos Aires. La Confederación General del Trabajo anunció una huelga general en defensa de la democracia. Yo pasé ese largo día en la casa presidencial, la Casa Rosada, y consideré seriamente pedir a mi familia que nos fuéramos al Uruguay.

Alfonsín durmió en su oficina esa noche bajo una guardia reforzada. Temprano ese sábado de Pascuas, el 19 de abril, Alfonsín se reunió con los jefes militares de staff y con el ministro de Defensa. A lo largo de todo el día yo permanecí en la antecámara de la oficina presidencial, donde observé un incesante desfilar de gente que entraba y salía. Al mediodía, el general Alais declaró que el ataque planeado para la mañana había sido suspendido para evitar un baño de sangre, pero que las tropas leales todavía rodeaban Campo de Mayo. Líderes políticos y sociales firmaron un compromiso en "defensa de la democracia", que incluía la necesi-

dad de reconocer varios “niveles de responsabilidad”.⁷⁹ Al mismo tiempo cientos de miles de personas comenzaron a llenar la Plaza de Mayo para protestar y en defensa de la democracia. Algunos cánticos de jóvenes evidenciaban un deseo de una confrontación por la fuerza con el cuartel militar. Había habido algunas confrontaciones, en general verbales, entre civiles indignados y los rebeldes acuartelados. El ministro Jaunarena dejó el palacio presidencial hacia un destino desconocido. Luego sabríamos que se había ido a reunir con Rico.

Verbitsky (1987b: 362-365) comenta la reunión entre Jaunarena y Rico como sigue: Jaunarena dijo que Ríos Ereñú había pedido su pase a retiro, pero que el gobierno no discutiría la identidad de su sucesor. Asimismo una amnistía estaba fuera de toda posibilidad. Jaunarena consideró que diseñar distinciones entre diferentes niveles de responsabilidad era ya la política del gobierno. El gobierno no dejaría que Barreiro perteneciera nuevamente a las Fuerzas Armadas. Rico respondió que él mismo estaba preparado a morir. Jaunarena contestó que, a pesar de que era una decisión personal aceptable, estaba poniendo en riesgo la vida de otros injustamente. Luego de la conversación Jaunarena telefoneó a Alfonsín para informarle que no había ningún tipo de acuerdo entre ellos.

Recuerdo claramente la respuesta de Alfonsín. Luego del llamado, volvió a su oficina, a través de la antesala en la cual yo estaba parado. Pudimos ver a través de las cortinas transparentes a Alfonsín caminando nerviosamente ida y vuelta por más o menos cinco minutos. Nos dimos cuenta de que la situación había llegado a un punto crítico y de que una de las opciones que él estaba contemplando era pedirle a la gente que estaba afuera de su ventana que marchara a tomar el cuartel militar como ellos mismos estaban pidiendo. De repente, dejó la habitación y fue directamente al balcón que enfrenta a la plaza. Lo seguimos en un estado de trance.

Rodeado por líderes del Partido Peronista, Alfonsín se dirigió a la multitud a las 14:40.

Lo que estamos arriesgando es mucho más que un absurdo golpe de Estado; estamos arriesgando el futuro de nuestros hijos; estamos arriesgando el derramamiento de sangre entre hermanos. Es por eso que he decidido ir personalmente dentro de

⁷⁹ Véanse “Solución pacífica para la crisis” y “Los dos temas en discusión”, *La Razón*, 22 de abril de 1987, p. 3.

unos momentos a Campo de Mayo para exigir la rendición de los rebeldes... Les pido que me esperen aquí y si Dios quiere regresaré pronto con soluciones para que cada uno de nosotros pueda volver a nuestro hogar y besar a nuestros hijos diciéndoles que hemos asegurado su libertad para el futuro.

Alfonsín fue a una capilla del palacio presidencial y luego hacia el techo a tomar el helicóptero. Cuando la multitud vio su helicóptero volar sobre sus cabezas, comenzó a cantar espontáneamente el Himno Nacional.

Todos los que quedamos en el palacio presidencial estábamos extremadamente tensos. Como había hecho en otras similares situaciones, traté de concentrarme leyendo un libro que llevaba conmigo, que incidentalmente provocó algunas tomadas de pelo de los políticos que estaban esperando allí. El libro era, irónicamente, apropiado para la ocasión: *Guerras justas e injustas*, de Michael Walzer.

Alfonsín volvió a las 18 horas y, rodeado por los ministros del Interior, de Defensa, líderes peronistas y algunos miembros de las Fuerzas Armadas, se dirigió al público. El presidente proclamó:

Compatriotas... compatriotas... ¡Felices Pascuas! Los rebeldes han cambiado su actitud. Serán detenidos y llevados a la justicia. Son un grupo de hombres, algunos de ellos héroes de Malvinas, que tomaron este equivocado camino y que reiteran que su intención no era llevar adelante un golpe de Estado. Pero de todas maneras llevaron al país a esta tensión... que todos hemos pasado y en la cual el pueblo argentino fue su protagonista central. Para evitar el derramamiento de sangre, he dado órdenes al comando del Ejército de no atacar, y ahora podemos agradecer a Dios. La casa está en orden y no hay derramamiento de sangre en la Argentina. Le pido a la gente en Campo de Mayo que se vaya. Y les pido a todos ustedes, vayan a sus hogares y besen a sus hijos; para celebrar la Pascua en una Argentina en paz.

Por supuesto, la multitud estalló en un aplauso. Alfonsín era considerado un héroe de la democracia. Los titulares de *La Razón* decían: "Los rebeldes se entregaron a Alfonsín. La gente defendió la democracia".

¿Qué había sucedido en la reunión entre Alfonsín y Rico? Por supuesto existieron muchos relatos diferentes. Rico afirmaba que habían negociado un acuerdo respecto de una amnistía y del reemplazo del jefe del Estado Mayor del Ejército. La historia más creíble viene del brigadier

Panzardi, un asesor militar del palacio presidencial que acompañó a Alfonsín en la reunión. De acuerdo con Panzardi, Rico y Venturino no querían forzar un golpe de Estado sino sólo proteger a los oficiales que habían peleado en Malvinas de los juicios. Alfonsín dijo que a pesar de que él no podía interferir con la independencia del Poder Judicial, esperaba que la Suprema Corte definiera los niveles de responsabilidad de tal forma de mitigar su responsabilidad. Alfonsín luego acordó en aceptar la jurisdicción militar para tratar con esa revuelta. Luego les ordenó que se rindieran, lo que ellos aceptaron.

Lo que sea que se hubiera acordado, los hechos indisputables fueron que los rebeldes resultaron detenidos y llevados a juicio ante un tribunal militar, a pesar de la Ley 23 049. El jefe del Estado Mayor del Ejército Ríos Ereñú fue reemplazado no por el general Cáceres, la elección que aparentemente habían hecho los rebeldes, sino por el general José Dante Caridi.⁸⁰ Diez jefes de regimiento que habían simpatizado abiertamente con los rebeldes fueron dados de baja. Una ley que alteraba la presunción de la justificación de la obediencia debida y contenía de esta manera los juicios fue enviada al Congreso en la primavera siguiente.

Inmediatamente luego de la rebelión de Semana Santa, la posición del gobierno comenzó a deteriorarse. Varios comandantes resistieron sus órdenes de pase a retiro. El martes siguiente los oficiales militares depusieron su resistencia a las órdenes judiciales, y la Corte Suprema solicitó a los tribunales inferiores que devolvieran temporalmente todos los expedientes que se referían a los juicios por los derechos humanos. Varios militares pensaron que Alfonsín estaba traicionando su pacto cuando los juicios continuaron.⁸¹ Por otra parte, la izquierda repetía incesantemente las frases del discuso de Alfonsín: "La casa está en orden" y "Felices Pascuas", con un tono irónico.

La posición del gobierno se hacía cada vez más precaria por dos factores adicionales. Primero, la economía se deterioraba a medida que el éxito inicial de los planes del ministro Juan Sourroille, "Austral" y "Primavera", comenzaba a decaer. Segundo, la campaña por las elecciones de septiembre comenzaba y forzaba a la oposición a distanciarse abruptamente del gobierno. El gobierno se dio cuenta de que la Corte Supre-

80 El general Fausto López, quien había estado abiertamente de acuerdo con la movilización de la población en defensa de la democracia, fue nombrado segundo jefe.

81 Véase esta versión por un periodista que siempre presionó por un trato poco severo hacia los militares, Morales Solá (1990: 158-162).

ma, que efectivamente cooperó para aliviar o reducir las tensiones que surgían de los juicios, no definiría en forma clara la cuestión de la obediencia debida, considerándola como una cuestión política que debía ser tratada por políticos.

Esta red de problemas llevó a varios miembros del gobierno a buscar frenéticamente una solución a la extendida acción judicial parcialmente desbocada por la ley de punto final. Varias alternativas fueron sugeridas durante una serie de reuniones entre Jaunarena, el ministro de Justicia Julio Rajneri, así como con asesores y legisladores: una ley de amnistía, indultos presidenciales y una ley que definiera claramente la obediencia debida. La ley de amnistía fue rechazada dado que el Código de Justicia Militar –que no podía ser derogado *ex post facto*– requiere que todos los responsables de un delito deben ser beneficiados igualmente por la amnistía. De hecho una amnistía requería liberar a todos los comandantes ya condenados. Los indultos presidenciales, que defendían los peronistas porque querían que Alfonsín asumiera todos los costos políticos, no podían, de acuerdo con la mejor interpretación constitucional, beneficiar a los procesados no condenados. Estos casos particulares constituían, por supuesto, el grupo que estos indultos debía supuestamente beneficiar. La ley de obediencia debida aparecía, entonces, como la única alternativa viable.

Incidentalmente, yo había propuesto una solución diferente: La reforma del Código Penal por una comisión del Ministerio de Justicia. Las reformas se dirigirían específicamente a adoptar un sistema de discreción fiscal, lo que permitiría a los fiscales no continuar un proceso penal por una variedad de razones, en forma similar a lo que permite el sistema de Alemania o el de los Estados Unidos. Esto hubiera permitido al procurador general, con instrucciones del presidente o sin ellas iniciar acciones sólo contra los delitos más aberrantes. Alfonsín estaba muy entusiasmado con esta alternativa al principio. Llegó a abrazarme diciendo que lo había ayudado a evitar tomar una horrible decisión. Luego, sin embargo, y dada la resistencia del procurador general Gauna y de otros –que afirmaban quizás con razón, que tal solución podría parecer demasiado *ad hoc*– Alfonsín abandonó esta idea.

Por lo tanto el 13 de mayo de 1987 el presidente envió al Congreso un proyecto de ley de obediencia debida que creaba una casi irrefutable defensa para oficiales de mediano y bajo rango. En un discurso televisado enfatizó que no estaba contento con la medida, pero que ella era necesaria para la consolidación de la democracia. Yo estaba profundamente enojado con ese proyecto. El presidente notó mi estado de ánimo y me

preguntó si mi oposición se basaba en causas morales. Le respondí que en algún sentido no, ya que yo no soy un retributivista en el tema del castigo. Pero le expliqué que la falta de castigo podría tener consecuencias dañosas para la sociedad, dado que sería el primer paso de una escalada de nuevas demandas. En ese caso —me respondió— la decisión es una cuestión de “olfato” político y me preguntó, con afecto, qué nariz deberíamos seguir, si la suya o la mía. Yo le contesté que la suya, por supuesto, dado que era la que la gente había elegido. Como sugeriré luego, creo que su nariz y la gente que la eligió no se equivocaron.

La ley de obediencia debida fue sancionada el 6 de junio gracias a la cooperación del peronismo que dio el quórum a pesar de que muchos de ellos, incluido Carlos Menem, la criticaron duramente. La ley creaba una presunción irrefutable de que los oficiales jefes, subordinados, suboficiales y la tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad y penitenciarias habían actuado bajo órdenes y por lo tanto no podían ser castigados. La misma presunción se extendía a los oficiales superiores, generales y coroneles que no habían actuado como jefes de zona o subzona o de Fuerzas Armadas, de seguridad y penitenciarias, a menos que dentro de los treinta días se decidiera judicialmente que habían tenido poder de decisión o que habían ayudado a formular las órdenes. Esta presunción no se aplicaba a los delitos de violación, secuestro y apropiación de niños y robo.

El dictado de esta ley fue recibido con fuertes críticas, y aun con indignación, por diferentes sectores de la sociedad así como por la comunidad internacional, incluidos los grupos de derechos humanos nacionales e internacionales. Estos grupos creían que el gobierno de Alfonsín estaba traicionando su posición original (véase, por ejemplo, Rama Argentina de la Asociación de Juristas, 1988). Creo que la ley puede ser vista como una forma de restablecer, en forma más concreta y precisa, los límites implícitos en el proyecto original de 1983, que no habían sido respetados por la acción o inacción de diversos actores. Quedaba, sin embargo, mucho por hacer. Los oficiales superiores que habían sido jefes de zona o de subzonas o de diferentes fuerzas y respecto de los cuales se había determinado judicialmente que poseían capacidad de decisión o que habían participado en la formulación de las órdenes, así como quienes cometieron violaciones o secuestraron niños, todavía enfrentaban la posibilidad del castigo penal.

El 22 de junio de 1987 la Suprema Corte declaró que la nueva ley de obediencia debida era constitucional. Los ministros Severo Caballero y Belluscio opinaron que el Poder Judicial no debía evaluar la conve-

niciencia o eficacia de los medios adoptados por el Poder Legislativo para lograr sus propósitos, excepto cuando violaran derechos individuales básicos o fueran irrazonables respecto de los fines que buscaban lograr. El ministro Fayt afirmó que la corte no precisaba decidir si la ley limitaba la responsabilidad o era una amnistía encubierta, dado que ambas medidas estaban dentro de la competencia del Congreso. El ministro Petracchi se acercó a la cuestión en forma diversa, argumentando que la obediencia a órdenes no justifica ni excusa conducta alguna. Insistía en que la presunción irrefragable violaba el principio de separación de poderes al obligar a los jueces a no tener en cuenta datos empíricos objetivos. También objetaba la falta de generalidad, dado que no establecía una regla similar aplicable a hechos futuros. Sin embargo, y dadas las circunstancias, concluyó que esa ley debía ser interpretada como una amnistía autorizada por la Constitución.

El ministro Bacqué disintió con el fallo y presentó su posición en una detallada opinión. Argumentó que la ley no era aplicable al caso bajo su examen (que involucraba al ex jefe de Policía Etchecolatz) dado que el caso había sido ya decidido por los tribunales inferiores. También criticaba el hecho de que la ley era como un fallo judicial en la medida en que decidía hechos que están normalmente reservados a la discreción judicial. Afirmó además que aun cuando la ley fuera interpretada como una amnistía, la ley era inconstitucional porque carecía del elemento de la generalidad que la Constitución requiere. El uso de la defensa de obediencia debida para exonerar a quienes cumplieron con cualquier orden, aun con las ilegítimas, violaba principios elementales de nuestra civilización que estaban incorporados a la Constitución y afirmados en las convenciones internacionales suscriptas por la Argentina.

A pesar de que la Corte Suprema mantuvo la ley de obediencia debida, al gobierno no le fue tan bien en la arena política. La propuesta y la sanción de la ley, junto con los problemas sociales y económicos, llevaron a la derrota del Partido Radical en las elecciones parlamentarias y provinciales de septiembre de 1987. Los peronistas lograron el control de la Cámara de Diputados y del Senado, así como la mayor parte de las legislaturas provinciales, incluida la de Buenos Aires.

Hubo tranquilidad por un tiempo en el frente militar. Sin embargo el 15 de enero de 1988 Aldo Rico, que había sido suspendido, perdió su grado militar y fue puesto bajo una "atenuada" prisión preventiva mientras el tribunal militar trataba su caso, se rebeló nuevamente en Monte Caseros. Esta vez protestaba contra la decisión del juez militar de someterlo a una detención más rigurosa. El gobierno pasó a retiro a varios

generales, y cuatro días después la rebelión fue desarticulada por el general José Dante Caridi. Rico y sus seguidores fueron puestos en prisión y sometidos a nuevos procesos.

En diciembre de 1988 hubo una nueva rebelión en Villa Martelli, esta vez liderada por el inspirador de Rico y de los demás rebeldes, el coronel Mohammed Alí Seineldín. Alfonsín informó al Congreso que no habría más modificaciones al curso que habían tomado los procesos judiciales. El general Caridi aplastó la rebelión por "la dignidad de las Fuerzas Armadas," y Seineldín y sus coconspiradores fueron detenidos y enjuiciados. Estas dos rebeliones provocaron mucho menos simpatía dentro del campo militar, por lo que resultaron más fáciles de controlar.

Pero la supresión exitosa de estos motines no trajo demasiado alivio al gobierno de Alfonsín, que se encontraba sitiado por otros problemas. El 23 de enero de 1989, un grupo de terroristas de izquierda, el Movimiento Todos por la Patria, atacó un cuartel militar en La Tablada, Buenos Aires. A pesar de que el ataque en definitiva fracasó, 28 miembros del grupo murieron, 18 fueron capturados, y 11 soldados que defendían el cuartel resultaron muertos. El imprevisto ataque debilitó la causa de los juicios por violaciones de derechos humanos al mostrar los peligros del terrorismo de izquierda y la importancia de las Fuerzas Armadas. Aún más desconcertante resultó el hecho de que algunos de los atacantes estaban conectados con grupos de derechos humanos. La prensa de derecha también buscó relacionar a algunos miembros del grupo con el gobierno, lo que, a pesar de resultar totalmente absurdo, tuvo su impacto en la opinión pública debilitando aún más la imagen del gobierno.

Al mismo tiempo, la economía entró en una espiral hiperinflacionaria. Este comportamiento fue provocado por el miedo de los grupos económicos de que Carlos Menem, el candidato peronista a la presidencia que estaba basando su campaña en un mensaje nacionalista y distribucionista, ganara la próxima elección. En efecto, Menem ganó la elección del 14 de mayo de 1989. Inmediatamente después, Alfonsín perdió el control de la economía, con una hiperinflación que alcanzaba al 200% mensual, a medida que las expectativas y miedos respecto del nuevo gobierno invadían la economía. Menem debía asumir el 10 de diciembre de 1989, como lo mandaba la Constitución, pero Alfonsín, en medio de acusaciones de estar abandonando un barco que se hunde, decidió renunciar y entregar las riendas a Menem el 7 de julio de ese año.

Inicialmente circulaban rumores de que Menem, aun cuando había estado detenido por cinco años por el régimen militar, había negociado

una amnistía o indultos tanto con los Montoneros como con los militares. Estas medidas se extenderían a los ya condenados y también a los que estaban aguardando ser juzgados. Menem negó los rumores afirmando que permitiría que la justicia siguiera su curso. En una reunión con Alfonsín antes de asumir la presidencia, Menem solicitó a su predecesor que firmara los indultos para aquellos que se hallaban aún esperando el día de su juicio. Alfonsín expresó su oposición al pedido. A lo sumo él aceptaría indultos firmados por ambos, Menem y él, dado que estaba en contra de los indultos y sólo haría tal cosa para facilitar la transición. Menem se negó a cooperar con este plan.

El 6 de octubre de 1989, Menem sancionó tres decretos que indultaron a casi cuatrocientas personas que se hallaban bajo proceso. Esta medida era de una constitucionalidad cuestionable. El art. 86 de la Constitución argentina provee que el presidente puede firmar indultos, sólo en la medida en que sea coherente con el art. 95 que prohíbe al presidente interferir en juicios aún pendientes. Los indultados se dividían en tres grupos: miembros de fuerzas de seguridad y de las Fuerzas Armadas acusados de terrorismo de Estado; miembros de grupos guerrilleros acusados de cometer actos terroristas en la década del setenta; y los que se rebelaron contra el gobierno democrático en 1987 y 1988, incluidos Rico y Seineldín.⁸² Sólo el ex general Suárez Mason, extraditado de los Estados Unidos por abusos a los derechos humanos, resultó excluido de estos indultos en virtud de los términos del tratado de extradición.

Al año siguiente, el 29 de diciembre de 1990, el presidente Menem firmó otro conjunto de indultos. Esta vez indultó a quienes ya estaban condenados por abusos a los derechos humanos, entre los que estaban Videla, Massera, Agosti, Viola, Lambruschini, Camps, Ricchieri y Firmenich, así como Duilio Brunello y Norma Kennedy, ambos condenados por crímenes cometidos durante el mandato de Isabel Perón. Los jefes militares condenados por la Guerra de Malvinas, incluido Galtieri, fueron también indultados, aun cuando sus condenas originales habían sido revocadas por una corte militar. Además, Menem indultó a Suárez Mason y al ex ministro de Economía, Martínez de Hoz, ambos bajo proceso. El público criticó duramente estos indultos –casi el 80% de los en-

82 El 3 de diciembre de 1990, el coronel Seineldín se rebeló nuevamente matando a civiles inocentes. Las Fuerzas Armadas reaccionaron rápidamente, y Seineldín y sus seguidores fueron llevados a juicio y sometidos a duras condenas.

cuestados se oponían a las medidas de Menem—, pero no hubo demostraciones comparables a las de tiempos anteriores.

Los indultos más aceptables para la población, debido a la falta de interés en la realización de más juicios, fueron —aunque pueda resultar debatible— inconstitucionales porque liberaron a personas que no habían sido condenadas aún. Pero la Corte Suprema, ampliada por el presidente Menem con aliados políticos, decidió que no lo eran. Por otro lado, los indultos que eran constitucionalmente impecables no eran políticamente necesarios, dado que había poca presión social para liberar a quienes fueron los mayores responsables de los abusos a los derechos humanos. Por lo tanto, a diferencia de las leyes propuestas por Alfonsín, las acciones de Menem, que claramente dañaron el Estado de Derecho, no resultaron, a su vez, justificadas por necesidades políticas. Para hacerlo aún peor, los indultos no fueron acompañados por condena moral alguna.

En definitiva, la conciencia moral de la sociedad fue modelada por el imperfecto intento de lograr la justicia retroactiva a través de la Conadep y del “gran juicio”. En diversas ocasiones, luego de los indultos, los responsables de los abusos de derechos humanos actuaron como si la historia pudiera ser olvidada, pero en varias circunstancias el pueblo argentino los repudió y condenó espontáneamente. Esto ocurrió, por ejemplo, cuando Videla intentó salir a hacer gimnasia en los parques, cuando Firmenich apareció en televisión o cuando Massera asistió a un ejercicio de las Fuerzas Armadas. Tal vez este cambio de actitud moral pueda servir para ayudar a terminar con el corporativismo, la anomia y la concentración de poder que por demasiado tiempo han sido características salientes de la sociedad argentina.

PARTE II

Las dimensiones normativas

3. Los problemas políticos de los juicios por violaciones de derechos humanos

La justicia retroactiva en la Argentina tuvo lugar durante una transición democrática única. Las transiciones democráticas son generalmente clasificadas según diferentes ejes. El primero es su *modalidad*, si la transición ha ocurrido por *fuerza* o por *consenso*. No hay duda de que las transiciones alemana y japonesa, y hasta cierto punto la portuguesa, fueron realizadas por la fuerza. Las transiciones española y brasileña, y hasta cierto punto la chilena, fueron producto del consenso. Pero la transición argentina fue una transición *sui generis* dado que no fue producida por la fuerza por los grupos que favorecían la democratización ni tampoco por el consenso, sino más bien por el *colapso* del régimen autoritario. El régimen militar argentino fue degenerando profundamente, creando un vacío que permitió que prevalecieran las fuerzas democráticas. En la Argentina, los errores impidieron el consenso. Los miembros del régimen militar estaban equivocados acerca de cuál partido ganaría las elecciones.

Las transiciones democráticas también se diferencian de acuerdo con su *etiología*, con los tipos de factores que disparan el proceso de transición. Las transiciones son *endógenas* o *exógenas*, según el proceso de democratización fue iniciado por factores internos o externos. El proceso español, el chileno y el brasileño fueron endógenos, mientras el alemán, el japonés y el italiano fueron exógenos. Pero existieron también algunos procesos mixtos. En el caso de Portugal, por ejemplo, los factores internos se combinaron con la Guerra de Angola para iniciar el proceso de transición. De la misma forma, en Grecia, la derrota en la Guerra de Chipre, combinada con problemas internos del régimen de los coroneles, forzó el proceso de transición. Hasta cierto punto, el proceso de democratización ruso también fue un proceso mixto, que combinó el deterioro interno del régimen soviético con una creciente incapacidad para mantener el ritmo de la carrera armamentista con los Estados Unidos. La democratización argentina también entra dentro de esta categoría mixta.

Finalmente, un proceso de democratización puede ser clasificado de acuerdo con su *estado jurídico* como de *continuidad* o de *ruptura*. En el primer caso, un nuevo sistema legal surge del anterior conforme el proceso normal de creación de nuevas leyes. España y Chile siguieron este modelo. Las transiciones de ruptura son aquellas en las cuales la democracia está fundada en una constitución enteramente nueva, con ninguna conexión con el antiguo sistema legal; esto fue lo que sucedió tanto en Alemania como en Japón. Pero hay una tercera categoría: la de las restauraciones. La nueva democracia se funda en una constitución anterior, que había estado vigente pero que fue suspendida o derogada por el régimen autoritario. El nuevo sistema legal democrático no es nuevo sino una continuación, no del régimen autoritario, sino de un gobierno democrático anterior. Austria y la Argentina son los principales ejemplos.

LA POLÍTICA DE LOS JUICIOS POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN LA ARGENTINA

Categorizar a la transición argentina de acuerdo con los criterios mencionados –colapso, mixta y restauración– ayuda a explicar las especiales dificultades, así como las ventajas, de la experiencia argentina al enfrentar la justicia retroactiva. El colapso del régimen militar argentino, causado por factores internos y externos, creó un especial balance de poder que parcialmente determinó el curso de la justicia retroactiva. Las Fuerzas Armadas habían perdido, en 1983, el estatus social que habían logrado preservar a lo largo de este turbulento siglo. Hasta 1983 varios sectores de la sociedad veían en los militares una alternativa de liderazgo legítima. Pero en 1983, luego de la irresponsabilidad temeraria de la Guerra de Malvinas, incluso estos sectores tomaron conciencia de los riesgos del autoritarismo militar. Más aún, los sectores que se oponían tradicionalmente al poder militar se fortalecieron en su oposición a los engaños orquestados durante la guerra, la enormidad de los abusos de los derechos humanos, la corrupción y la desastrosa política económica del gobierno militar. Finalmente, los militares llegaron a 1983 en medio de profundas divisiones entre el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

A medida que la transición argentina avanzaba, las Fuerzas Armadas se encontraban profundamente debilitadas y fragmentadas, a pesar de que todavía controlaban casi todo el aparato coactivo del Estado. El tema

unificador era la posibilidad de juicios por los abusos de los derechos humanos. Una persistente campaña de propaganda interna, con la activa participación de la Iglesia, basada en el ideal de una sociedad orgánica y en la doctrina de la seguridad nacional, se extendía entre los militares. Algunos miembros de las Fuerzas Armadas consideraban que los juicios eran otro episodio de la “guerra contra la subversión” protagonizado por ex “terroristas” asociados a grupos de derechos humanos, la prensa y los partidos democráticos. Estos miembros de las Fuerzas Armadas estaban convencidos de que habían logrado la victoria en la guerra contra la subversión y que los ganadores no debían ser juzgados por su conducta. Además de esta convicción moral, los militares tenían razones prácticas para resistir en bloque a la justicia retroactiva. Los comandantes de la guerra sucia habían comprometido deliberadamente tantos oficiales como les fue posible en la comisión de los crímenes. Los pocos oficiales que se resistieron a participar fueron la excepción a la regla y rápidamente se los dio de baja. En realidad, el nivel de participación entre los oficiales difirió grandemente. De todas formas, a través de una campaña interna de los más comprometidos, la vasta mayoría de los militares fue convencida de que ellos también caerían presos de los juicios. Que ninguno de esa franja inferior de los oficiales que sabían cómo se realizaban las operaciones revelara ese conocimiento a la Conadep, los tribunales o la prensa (en el tiempo en el que más de una revista sensacionalista hubiera pagado generosamente por esas historias) muestra a las claras la cohesión militar.

¿Cuáles eran los miedos y las aspiraciones de los militares, y cuáles las amenazas que emplearon para alcanzar tales aspiraciones?⁸³ A nivel individual los militares estaban conmovidos por la amenaza de procesamiento y de posibles condenas, con los concomitantes efectos para su honor y posición pecuniaria. A nivel colectivo, la posibilidad de enfrentamientos entre los diferentes sectores de las Fuerzas Armadas, de confrontaciones entre las Fuerzas Armadas y la población civil, y de la disolución de aquellas funcionó como una potente fuerza motivadora.

Pero las Fuerzas Armadas y sus miembros no aspiraban a recuperar el poder político. La experiencia del régimen previo, junto con la Guerra de Malvinas, enseñó a los militares que desviarse de su rol causa divisiones internas, pérdida de prestigio social e ineficiencia en su tarea profesional. Aspiraban en cambio a lograr el reconocimiento, particularmen-

83 Este análisis se asemeja al de Osiel (1986: 135-180).

te de los políticos, por su victoria en la guerra sucia, que se les garantizara la impunidad como precio por la victoria, permanecer en control de las cuestiones de seguridad y preservar sus privilegios. Para lograr estas aspiraciones, los militares, a través del control del aparato coactivo, amenazaron con interferir en el curso del proceso democrático, a pesar de que un golpe de Estado hubiera resultado difícil debido a la falta de apoyo del establishment socioeconómico y de los conflictos intramilitares. Otras amenazas menos extremas, como resistirse a las citaciones judiciales o no cumplir las sentencias, eran más creíbles.

Los partidos políticos, especialmente los peronistas y la Unión Cívica Radical, protagonizaron el período de transición. Un tercer partido emergente, conservador, la Ucede de Álvaro Alsogaray, cercano al establishment económico y a los militares, se alió al sistema democrático en el período de transición y de esta manera agregó un elemento crucial a la estabilidad. Por primera vez desde 1928, los partidos políticos lograron una elección abierta y limpia, y la debilidad de las Fuerzas Armadas les agregó una cuota inédita de energía. A pesar de ello, los partidos mostraban debilidades que les eran propias. Primero, existía una fuerte hostilidad entre ellos incentivada por la lógica de guerra de los sistemas presidenciales, combinada con la disciplina partidaria y el sistema de voto proporcional (Linz, 198: 71-74). Una historia de luchas entre peronistas y radicales, que incluía acusaciones de conspirar alternativamente con los militares para voltear los respectivos gobiernos, acentuaba la hostilidad. Además, los partidos políticos se hallaban internamente divididos. Alfonsín, por ejemplo, transformó al Partido Radical dándole una posición más claramente basada en principios y más progresista luego de la imagen algo conservadora que el partido había adquirido en las décadas que siguieron a la caída de Yrigoyen. Alfonsín trajo consigo mucha gente nueva al partido, entre otros, intelectuales y profesionales que ayudaron a modificar su imagen tradicional. Pero Alfonsín también tuvo que aplacar a la vanguardia e incorporarla estableciendo una continuidad con el pasado, tranquilizando a la sociedad y controlando el aparato interno del partido.

Respecto de la justicia retroactiva, el Partido Radical, bajo el liderazgo de Alfonsín, sostuvo que una investigación completa y algún grado de castigo eran pasos cruciales para superar las tendencias que fueron discutidas en el capítulo anterior. La visión de Alfonsín, por lo tanto, estaba fundada en consideraciones de cara al futuro. Pero estas consideraciones tenían, por supuesto, dos aspectos: aun cuando Alfonsín creía que el conocimiento y el castigo de los peores abusos era esencial para la

consolidación a largo plazo de la democracia, sabía que cualquier error de cálculo podía ponerla en peligro. Alfonsín entendía que las violaciones masivas de derechos humanos eran posibles sólo fuera del sistema democrático, como lo muestra la diferencia entre los abusos cometidos durante el gobierno de Isabel Perón y los cometidos luego del golpe. Por lo tanto, si él ponía en peligro la democracia con juicios y duras sentencias para prevenir violaciones a los derechos humanos, podía estar de hecho arriesgando violaciones futuras.

Al tratar de diseñar este delicado curso, Alfonsín enfrentaba dificultades aun dentro de su propio partido. Miembros tradicionales del Partido Radical, algunos de los cuales ocupaban importantes posiciones en el gobierno, se inclinaban más a perdonar a los militares y presionaban por algún tipo de amnistía. Por otro lado, algunos de los nuevos miembros, algunos de los cuales ocupaban influyentes posiciones en el Congreso o en las universidades, defendían una posición más agresiva.

Los partidos de la oposición también constituían una fuente de dificultades. Públicamente los peronistas habían adoptado una posición intransigente en favor de la justicia retroactiva, pero presionaban en privado para lograr que se hicieran concesiones. Controlaban virtualmente el Senado y mantenían una fuerte minoría en la Cámara de Diputados, controlaban el poder político en las provincias y mantenían intensas relaciones con los sindicatos y con varios grupos promilitares. La Ucede, luego de apoyar la anulación de la ley de amnistía, cambió su postura y comenzó a justificar la guerra sucia y a socavar la legitimidad de los juicios.

¿Cuáles eran los miedos, aspiraciones y amenazas de los partidos políticos? Por supuesto, que sus miembros, individualmente, temían la pérdida del poder político. El gobierno temía que si aparecía como muy clemente los militares ganarían, como lo hicieron en 1987, en poder político y social. Los partidos de la oposición temían que si el gobierno resultara demasiado exitoso en su lucha por lograr la justicia retroactiva, el Partido Radical se volvería imbatible.

Todos los partidos temían que si realizaran demasiadas concesiones a los militares, sería imposible consolidar la democracia, encontrándose ellos mismos en situaciones similares a las de Frondizi o Illia, sufriendo exigencias permanentes del frente militar. Los partidos políticos también temían la pérdida de prestigio, principalmente en la esfera internacional. Un temor muy real que todos los partidos compartían era el resurgimiento de la coacción militar. Alfonsín tenía claro este peligro que no era ya el de un golpe de Estado directo, sino el de la posibilidad

de golpes indirectos. Por ejemplo, si sucedía una escalada de violencia, la sociedad podría demandar la restauración del orden a través de un gobierno autoritario. O, también, que la resistencia a las citaciones judiciales podría producir un vacío de poder y, como consecuencia, una disminución en la legitimidad del gobierno, y la gente podría creer que sólo una coalición que incluyera a los militares podría llenar ese vacío.

Las aspiraciones de los partidos políticos, principalmente el Partido Radical, eran bastante altas. El gobierno debía exponer los abusos a los derechos humanos y debía castigar a quienes crearon y dirigieron el aparato represivo, los autores debían reconocer el daño causado, el público debía unirse para evitar que sucedieran similares episodios en el futuro, y los grupos de derechos humanos debían moderar sus reclamos y condenar también el terrorismo subversivo. Todo esto debía lograrse dentro de los límites del proceso democrático. El gobierno y otros partidos políticos podían utilizar su poder legislativo para lograr tales aspiraciones. Mientras que la movilización popular estaba entre las opciones posibles, el gobierno tenía claro que esa alternativa implicaba riesgos sustanciales de violencia.

La opinión pública, fuertemente influida por las organizaciones de derechos humanos, también pesaba en el curso de la justicia retroactiva. Las organizaciones de derechos humanos surgieron de la dictadura militar con un enorme y bien ganado prestigio por el coraje con que enfrentaron la represión. Este prestigio los hizo acreedores de una considerable influencia, lo que luego se cimentó con sus conexiones con miembros de los diferentes partidos. Pero quizá su mayor fuente de poder consistía en su ascendencia internacional, dado que el prestigio del gobierno dependía de la imagen internacional positiva de Alfonsín como abanderado de los derechos humanos y como alguien que, de una vez y para siempre, rompería con la tendencia tradicional de la Argentina hacia el autoritarismo.

La posición de los grupos de derechos humanos respecto de la justicia retroactiva era intransigentemente retributiva. Buscaban castigar a todos y cada uno de los responsables de los abusos, sin importar los grados de su participación. Mantenían una visión kantiana del castigo; aun si la sociedad se acercara al límite de la disolución, tenía el deber de castigar hasta al último culpable. Particularmente las organizaciones de derechos humanos no admitirían que los desaparecidos habían muerto. La rama fundadora de las Madres de Plaza de Mayo asumió esta posición a tal extremo que llegó a impedir procedimientos judiciales que ordenaban la apertura de fosas comunes. En el mismo sentido, las organizaciones de

derechos humanos se oponían a las compensaciones civiles porque implicaban el reconocimiento del fin de las desapariciones. Así, los grupos de derechos humanos presionaban por la creación de un nuevo delito (hacer desaparecer personas) para evitar la persecución de los autores por asesinato.

Las organizaciones de derechos humanos mantuvieron un crítico contrapeso a la acción del gobierno en este campo, presionando por una comisión bicameral y por la jurisdicción civil, y rehusando participar en forma oficial en la Conadep. Estos grupos prácticamente rompieron relaciones con el gobierno luego de su intento de circunscribir los juicios. De hecho, algunos de estos grupos intentaron seriamente expulsar a Alfonsín de la Asamblea de Derechos Humanos que él había copresidido durante el régimen militar. La influencia de estas organizaciones sobre la opinión pública, sin embargo, fue disminuyendo con el tiempo.

El más grande temor de estos grupos de derechos humanos era, por supuesto, que el gobierno otorgara una completa inmunidad a los responsables del terrorismo de Estado y que las fuerzas estructurales que hicieron posibles tales abusos de los derechos humanos permaneciesen intocadas y, por lo tanto, capaces de recrear esos abusos en el futuro. Así, aspiraban a sancionar penalmente a todos los que fueron remotamente responsables por los hechos y quitarles toda posición de poder. Las organizaciones de derechos humanos con posiciones más extremas esperaban que se promovieran cambios estructurales en la sociedad y en las Fuerzas Armadas. Para lograrlo, estas organizaciones amenazaban con agitar a la opinión pública, tanto interna como internacional, así como ejercer presión sobre legisladores y jueces.

Para cumplir con las demandas de la justicia retroactiva sin poner en peligro la viabilidad de la frágil democracia naciente, Alfonsín armó una estrategia general con los siguientes ingredientes:

1. la búsqueda irrestricta de la verdad;
2. justicia simétrica respecto del terrorismo tanto de izquierda como del gobierno militar;
3. justicia retroactiva limitada a aquellos involucrados en el terrorismo de Estado tanto (a) delimitando las categorías de responsabilidad y (b) circunscribiendo la duración de los juicios;
4. el reconocimiento por parte de los líderes del régimen militar de que el terrorismo de Estado es incorrecto.

Por supuesto, como he mostrado, la implementación de esta estrategia fue extremadamente dificultosa dados los enormes obstáculos legales que surgían de ser el gobierno el restaurador de la antigua Constitución de 1853, con sus límites sobre las leyes *ex post facto* y las garantías del debido proceso, y las amenazas ya mencionadas provenientes de los militares y de las organizaciones de derechos humanos. Dados estos obstáculos legales y políticos, Alfonsín intentó lograr la justicia retroactiva implementando las siguientes medidas:

1. protección legislativa hacia el futuro de los derechos humanos;
2. una comisión presidencial, la Conadep, para investigar los abusos del pasado;
3. juicios, con un procedimiento sumario, y bajo la jurisdicción de tribunales militares;
4. decretos del Ejecutivo que ordenaran la persecución de aquellos que tuvieran mayor responsabilidad por el terrorismo;
5. una norma sobre obediencia debida que cubriera la mayoría de los casos excepto aquellos cometidos por oficiales con capacidad de decisión y los que resultaran tan aberrantes que un juez pudiera afirmar, conforme su criterio, que en ellos no funciona la presunción rebatible sobre la legitimidad de las órdenes; y
6. la rápida intervención por apelación de los tribunales civiles.

Alfonsín armó esta estrategia general y omnicomprendensiva conociendo el precario balance entre la viabilidad de la democracia y los reclamos públicos de justicia. Por otra parte, los obstáculos legales y políticos modificaron la táctica política de Alfonsín. Estas dos presiones en conflicto chocaban de tiempo en tiempo. Por ejemplo, la precariedad de la democracia forzó a Alfonsín a entregar a los tribunales militares la jurisdicción primaria sobre los juicios, así como a aprobar una relativamente amplia interpretación de las leyes de obediencia debida. Estas dos políticas comprometieron el logro de una de las metas primarias: conseguir el reconocimiento de parte de los militares de la maldad del terrorismo de Estado.

Con la perspectiva que brinda el transcurso del tiempo, uno podría concluir que hubiera sido mejor si el Congreso hubiera sancionado el proyecto que Alfonsín solicitó a sus asesores en 1984. Este proyecto limitaba la jurisdicción del Consejo Supremo de tres a seis meses; definía “capacidad de decisión”, tal como se precisaba en la Ley 23 949, sobre

la base del rango y la responsabilidad militar; definía claramente “actos atroces y aberrantes”, rechazaba la presunción del error sobre la legitimidad de las órdenes; y permitía a los militares esperar a ser enjuiciados sin estar bajo prisión preventiva siempre que sus superiores se hicieran responsables de su presencia. La estrategia presupuesta por este proyecto no hubiera tenido, probablemente, el efecto bumerán de las instrucciones y de la ley de punto final, y hubiera hecho innecesaria la ley de obediencia debida dado que hubiera alcanzado el mismo efecto pero de una forma más limpia. Habría aislado a quienes estuvieron involucrados en los actos más atroces, y ese aislamiento, a su vez, habría evitado los alzamientos.

De todos modos, eventos fuera del control del gobierno modificaron la estrategia básica de Alfonsín: la reforma realizada por el Senado de la interpretación de la cláusula de obediencia debida, incluida una excepción explícita por actos atroces y aberrantes, previsiblemente cubriría todo acto de represión. El Consejo Supremo rehusó seguir adelante con los juicios, y muchos jueces, especialmente en el interior del país, no se mostraban muy ávidos de tomar esos casos. Por supuesto, luego de que fallara la estrategia principal, fue sustituida por nuevas alternativas, pero aun estas fueron modificadas. La Cámara Federal de Buenos Aires reaccionó contra las instrucciones a los fiscales. La Corte Suprema rehusó definir en forma clara la obediencia debida. Aún más, luego de la sanción de la ley de punto final, los jueces, especialmente del interior, tomaron la tarea de procesar imputados con un celo casi frenético.

Lo que resulta interesante sobre estos eventos que modificaron la estrategia de Alfonsín es que fueron realizados por actores cuya autonomía resulta esencial para la democracia y el Estado de Derecho: el Congreso y los tribunales, tanto militares como civiles. Así, estos eventos ilustran claramente la profundidad con la cual el gobierno de Alfonsín consolidó la democracia, y los costos concomitantes que supone tal consolidación. Los grupos de derechos humanos también ejercieron una fuerte influencia sobre el Congreso y el Poder Judicial. En el caso del Congreso, presionaron por las modificaciones al proyecto del Ejecutivo sobre obediencia debida. Mientras que no influyeron directamente sobre el rechazo de la Cámara Federal de Buenos Aires a las instrucciones de los fiscales, ni sobre la decisión de la Corte Suprema de no circunscribir el alcance de la obediencia debida, resulta claro que estos grupos resistieron la limitación de responsabilidad, y sus reclamos pudieron haber tenido algún efecto. De hecho, fueron directamente responsables de la entusiasta celeridad de los tribunales del interior luego de la sanción de la ley de pun-

to final. Por otro lado, los militares insistían en que el Consejo Supremo no continuara con los juicios (sin importar que sus miembros recibieran o no las famosas plumas blancas) y, de acuerdo con ciertos rumores, hicieron que los tribunales del interior, principalmente el de Córdoba, no asumieran con convicción la tarea de proseguir los juicios que dejaba caer el tribunal militar.

A pesar de que los actores autónomos de la democracia desviaron la estrategia general de Alfonsín, las presiones e influencias de los militares y de los grupos de derechos humanos influyeron profundamente en la batalla por la justicia retroactiva. Si, imaginariamente, tanto los militares como los grupos de derechos humanos hubieran aceptado la estrategia básica de Alfonsín, el gobierno podría haber triunfado. Aun con las fundamentales desavenencias de los militares y de los grupos de derechos humanos con la estrategia del gobierno, uno se pregunta si existía un equilibrio Pareto superior para todos los grupos involucrados y si la posición del gobierno, de haber sido permitido su triunfo, no hubiera realmente sido la solución Pareto óptima. Los grupos de derechos humanos se habrían asegurado la investigación sin precedentes de la Conadep y el castigo de los responsables primarios del terrorismo de Estado y de la tortura sin los alzamientos militares y los indultos de Menem. Los militares habrían evitado las confrontaciones internas entre los diferentes rangos y la pérdida del prestigio social y, en cambio, habrían logrado algún grado de reconocimiento. Los partidos democráticos y el gobierno habrían logrado su objetivo de largo plazo de consolidar el Estado de Derecho.

Por supuesto, obstáculos evidentes impidieron alcanzar tal equilibrio. Uno fue la desconfianza en los objetivos del gobierno de Alfonsín. Los militares creían que el gobierno intentaba realizar cientos de juicios y debilitar a las Fuerzas Armadas. Los grupos de derechos humanos, por otro lado, creían que el gobierno estaba buscando algún tipo de amnistía. Resultaba difícil al gobierno brindar garantías porque no existían medios externos para implementarlas. Hubiera sido necesario negociar con legisladores y jueces, y aun esas negociaciones resultaban difíciles dado el tradicional rechazo argentino a involucrarse en negociaciones políticas que se ven en general como sucias y espurias. El escepticismo respecto de la negociación política se vio incrementado por la dinámica del sistema presidencial sumada a la disciplina partidaria. Los peronistas y los partidos aliados a ellos, por ejemplo, no cerrarían tratos para proteger una estrategia que, en el caso de ser exitosa, agregaría credibilidad al gobierno y, en el caso de fracasar, hubiera manchado a la oposición.

La independencia del Poder Judicial, siendo una preocupación necesaria, pudo haber impedido también algunas negociaciones, pero tal vez no debería haber impedido la negociación en forma absoluta. Quizás el mismo resultado pudo haberse logrado a través del control de la discreción fiscal.

Aún más, las demandas de los militares y de los grupos de derechos humanos, en lugar de enfrentarse unas con otras, trabajaron en forma sinérgica para debilitar la estrategia del gobierno. A pesar del antagonismo entre los militares y los grupos de derechos humanos, ambos compartían la misma visión retributiva del castigo (con la diferencia obvia de que los militares creían que no debían ser culpados por la guerra sucia, mientras que los grupos de derechos humanos pensaban exactamente lo opuesto), mientras que el gobierno abrazaba una posición preventcionista de la pena. Los militares y las organizaciones de derechos humanos también convergían en varios cursos tácticos de acción. Por ejemplo, tanto los grupos de derechos humanos como los militares creían que cada acto realizado durante la represión podía ser considerado atroz o aberrante, justificando para los últimos una extendida persecución penal y para los primeros una amnistía. Tanto los grupos de derechos humanos como los militares preferían la intervención de tribunales civiles sobre los tribunales militares, los primeros porque desconfiaban de los tribunales militares, y los segundos porque preferían que los tribunales militares no condenaran la metodología de la guerra sucia.

Una convergencia similar sucedía cuando los grupos de derechos humanos criticaban al gobierno y ayudaban a formar la opinión nacional e internacional que negativamente afectaba el prestigio social e internacional del gobierno. Los militares recibían esto con beneplácito dado que en definitiva minaba la credibilidad del gobierno. La inteligencia militar, por lo tanto, ayudaba a los grupos de derechos humanos a esparcir los rumores de que Alfonsín había negociado con Rico el domingo de Pascuas. Las organizaciones de derechos humanos también intentaban ejercer influencia sobre los tribunales y los legisladores. Esto también servía al interés de los militares al constreñir o limitar la capacidad de maniobra del gobierno.⁸⁴

84 Esto también muestra la deficiencia del sistema presidencial de gobierno, donde la presidencia es el objetivo final de las presiones corporativas. Una difusión de los centros de toma de decisiones disminuiría la posibilidad de que estas presiones sean exitosas (véase Nino, 1992a: cap. 3).

Una vez que resultó obvio que no se alcanzaría ningún equilibrio, surgió un escenario del tipo del “dilema de los prisioneros” entre el gobierno, los militares y los grupos de derechos humanos, que trabajaba en detrimento de todos. Cada grupo hacía escalar sus demandas para neutralizar las demandas extremas de los otros grupos y obligar al gobierno a cumplir con sus aspiraciones. En definitiva, el objetivo de reconocimiento de la propia culpabilidad jamás fue logrado. Pero la ley de obediencia debida, combinada con la ley de punto final, reemplazó, en una forma burda, la estrategia original de Alfonsín. La ley de obediencia debida satisfizo el principal objetivo del gobierno que consistía en identificar a quienes estaban más profundamente involucrados en la represión y así limitar los juicios por terrorismo de Estado. Los principales problemas políticos, y tal vez morales, de la ley de obediencia debida eran excusar los crímenes atroces, a pesar de que estaba claro que la ley de obediencia debida cubría sólo los actos del pasado y no sería aplicada prospectivamente.

Adam Przeworski cree que la democracia se autosostiene sólo si todos los actores relevantes la ven como el equilibrio en el cual están mejor que en cualquier arreglo institucional alternativo (Przeworski, 1991). Creo que esta visión es demasiado poco realista, dado que la democracia, casi necesariamente, debe suponer perdedores que se beneficiarían en cambio con un régimen autoritario. Pero resulta obvio que, para estabilizar la democracia, debe lograrse un balance entre los grupos que, aunque relevantes, no sean perdedores inevitables en el proceso democrático. La ley de obediencia debida buscaba lograr ese equilibrio.

Cuando el gobierno de Alfonsín llegó a su término había logrado la investigación de la Conadep, el informe *Nunca más*, el gran juicio que había atraído una enorme atención nacional e internacional, condenas de quince personas responsables del terrorismo de Estado y juicios a otras cuarenta, incluidos miembros de la derecha y de la izquierda. El gobierno, por lo tanto, satisfizo la mayoría de sus objetivos generales estratégicos, a pesar de lograrlo a través de medios tácticos diferentes a los previstos en su concepción.

Este éxito relativo de la estrategia general de Alfonsín para lograr la justicia retroactiva, en parte basado en innovación y suerte, no satisfizo automáticamente el objetivo complementario de consolidar la democracia e impedir abusos a los derechos humanos en el futuro. Para lograr estos fines, la conciencia colectiva debe (1) entender los riesgos del autoritarismo, (2) rechazar el uso de ciertos medios para alcanzar ciertos fines beneficiosos si esos medios son, en sí mismos, contrarios a valores

intrínsecos, y (3) percibir que quienes emplean esos medios no se hallan por encima de la ley sino que enfrentan el riesgo cierto del castigo. Mientras la conciencia popular en la Argentina parecía haber absorbido los dos primeros aspectos, gracias al impacto de la Guerra de Malvinas, la Conadep y el gran juicio, lo mismo no puede decirse acerca del tercero. Creo que la torpeza en la capacidad comunicativa del gobierno de Alfonsín y la dura crítica de varios grupos nacionales e internacionales tuvo éxito en convencer a la gente de que la totalidad de la política respecto de la justicia retroactiva había fracasado luego de las leyes de punto final y obediencia debida y que la impunidad había triunfado. La gente, por lo tanto, no se dio cuenta de lo excepcional del intento de realizar la justicia retroactiva y de lo que la propia gente, a través de la presión popular, había conseguido. Los indultos de Menem, por lo tanto, fueron recibidos más fácilmente dado que muchos pensaban que el proyecto se había perdido ya por la ley de obediencia debida de Alfonsín. Pero aun esos indultos que, como se dijo en el capítulo anterior, eran o políticamente innecesarios o inconstitucionales, no pudieron ocultar el hecho de que, por primera vez en Latinoamérica, la justicia y la legalidad reaccionaron contra el terrorismo de Estado. Esta conciencia social acerca de los riesgos del autoritarismo y el rechazo del modelo de sociedad orgánica que llevó a la violación de derechos humanos minimiza la posibilidad de un consenso social a favor de una futura intervención militar.

De hecho, puede haberse creado un “desincentivo” para futuras revueltas militares. Como afirman Acuña y Smulovitz,

De esta manera y como resultado de la crisis que las Fuerzas Armadas comenzaron a sufrir debido a su propio gobierno y las derivaciones políticas y legales que supuso la lucha política asociada a los derechos humanos, es posible prever que, a largo plazo, el actor militar haya perdido los incentivos para cuestionar el poder constitucional y se haya subordinado a él (Acuña y Smulovitz, 1991: 47).

Esta conclusión debe ser comparada con la evaluación en extremo negativa de Samuel Huntington:

A diferencia de Grecia, los esfuerzos para perseguir y castigar en la Argentina no sirvieron ni a la justicia ni a la democracia, y en cambio produjeron un caos moral y político (Huntington, 1991: 221).

La relación entre justicia retroactiva y democracia, que Huntington subraya de manera tan crudamente en esta cita, será el tema del resto de este capítulo.

LAS VARIABLES EXPLICATIVAS

Los abusos de los derechos humanos han sido enfrentados en contadas ocasiones durante las transiciones democráticas, y esas pocas ocasiones consistieron en intentos bastante modestos comparados con la magnitud de los abusos. A pesar de ello, y en el contexto de las experiencias analizadas en el capítulo 1, el intento argentino de investigar y castigar los abusos masivos de derechos humanos parece relativamente débil comparado con los que fueron realizados luego de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en Alemania, Japón, Italia, Francia y Bélgica. A pesar de que la justicia en estos países se aplicó en forma grotescamente desproporcionada respecto de la magnitud de los crímenes, cientos, miles de personas fueron castigadas como resultado de haber estado involucradas en los masivos abusos a los derechos humanos. Estos hechos se alzan en acentuado contraste respecto de la experiencia argentina, que contó con tan sólo quince personas castigadas en definitiva por el terrorismo de Estado. Por otra parte, si comparamos la experiencia argentina con las de Europa luego de la Primera Guerra Mundial, las del sur de Europa en los setenta, las de Latinoamérica de los ochenta, las de Europa oriental de los noventa, con el período que siguió a la Guerra de Vietnam, o el que siguió a los regímenes dictatoriales en Asia y en África, el de justicia retroactiva en la Argentina aparece como un intento bastante impresionante e intrépido. El intento griego de justicia retroactiva (tan celebrado por Huntington), es tal vez el más parecido al argentino, a pesar de que Grecia condenó a más criminales, y que los gobiernos griegos subsiguientes no sancionaron indultos.

¿Qué explica estas diferencias? Una variable clave podría ser el tipo de transición en el que el gobierno estaba embarcado. En el comienzo de este capítulo describí la transición argentina como una transición provocada por un completo colapso del régimen anterior. En este sentido fue similar a la transición griega, en la que el régimen militar colapsó y las fuerzas democráticas llenaron ese vacío. La transición portuguesa fue una mezcla de colapso y fuerza, en la que los problemas de África, junto con las dificultades internas, llevaron a un abrupto deterioro del régi-

men. La caída del régimen de Marcos en Filipinas fue claramente por colapso, así como las transiciones de Europa oriental entre 1989 y 1991.

Cuando la transición es más coercitiva, un nuevo balance de poder contribuye en forma positiva a las posibilidades de la justicia retroactiva. La fuerza que se requiere para desplazar al régimen autoritario puede también ser utilizada para la tarea de enfrentar los abusos de derechos humanos, en la medida en que el nuevo gobierno mantenga, por supuesto, el monopolio del aparato coactivo del país. La cohesión de los grupos que apoyan la justicia retroactiva, comparada con los que la resisten, también determinará su eficacia. En los casos de Alemania, Japón, Francia, Italia y Bélgica, la fuerza que llevó a la transición democrática fue apabullante, a pesar de que existieron diferencias entre los países según la participación de los grupos nacionales en la transición.

En cambio, cuando la democratización se realiza a través de negociaciones destinadas a lograr consenso, la justicia retroactiva tiene menos posibilidades de éxito. Por supuesto, pueden existir negociaciones que no alcancen a la justicia retroactiva, pero esto ocurre rara vez, dado que lo que se juega en esta cuestión es demasiado importante como para evitar que sea objeto de regateo entre los miembros del viejo y del nuevo régimen. Por ejemplo, durante la transición española, el gobierno de Adolfo Suárez obtuvo concesiones de quienes se oponían al viejo régimen negociando cuestiones de justicia retroactiva. Una de las más importantes concesiones obtenidas fue una amnistía para las personas procesadas y en algunos casos condenadas por delitos políticos bajo la legislación franquista (Colomer, 1990: 20-34). En el caso de Uruguay, la cuestión de la amnistía no fue explícitamente incluida en el pacto del Club Naval (Pion-Berlin, 1994: 105-130), pero existieron rumores en ese sentido. La decisión de mantener al general Medina como jefe del Ejército sirvió como pacto implícito que llevaría eventualmente a la ley de amnistía sancionada por el presidente Sanguinetti. En Chile, todos los acuerdos que guiaron el proceso de transición, incluidos los plebiscitos y las reformas constitucionales de Pinochet, descansaban bajo una suposición implícita: la ley de amnistía sancionada por los militares sería respetada.

Cuando la transición democrática es acelerada por el colapso del régimen anterior, la justicia retroactiva se vuelve más difícil que en el caso de las transiciones violentas, pero más fáciles que cuando se logra por consenso. En la Argentina, la transición fue mucho menos violenta que las transiciones europeas de la Segunda Guerra Mundial, lo que explica la relativa dificultad y lo modesto de la aplicación de la justicia retroactiva.

El acceso de Alfonsín al aparato coactivo era aún más limitado que el de Karamanlis en Grecia, dado que, a pesar del hecho de que los acontecimientos del 11 de agosto de 1974 parecían similares a los de las Pascuas de 1987, Karamanlis gozaba del apoyo de algunos miembros del Ejército que no habían estado involucrados en los abusos a los derechos humanos. En Filipinas, el aparato coactivo interno que se hallaba disponible para que Corazón Aquino llevara adelante la justicia retroactiva era casi nulo, dado que dependía en su mayor parte de la buena voluntad de los generales Ramos y Enrile, los que eran, ellos mismos, responsables por violaciones de los derechos humanos. De todas formas, Aquino gozaba del apoyo directo de las fuerzas militares norteamericanas, con base cerca de Manila, como se evidenció a través de la demostración de fuerza que realizaron durante el séptimo intento de golpe de Estado.

Sin embargo, la coacción no es un factor decisivo para la ecuación de la justicia retroactiva. En la Argentina y Grecia, la justicia retroactiva llegó bastante lejos a pesar del hecho de que el aparato coactivo se mantuvo en manos de los militares, muchos de los cuales estaban alineados fuertemente con el régimen anterior. En Alemania y Japón, los intentos de justicia retroactiva fueron más restringidos que en Italia, Francia o Bélgica, aun a pesar de que los aliados utilizaron una cuota más alta de su poder de coacción para lograr la democratización.

Mientras que la modalidad de la transición tiene algún valor predictivo respecto de la justicia retroactiva, está lejos de ser decisivo al momento de explicar su rumbo, como lo ilustra lo restringido de la justicia retroactiva en Europa oriental, paradigma de colapso, y la dureza de la justicia retroactiva en Grecia. Por lo tanto, resulta relevante examinar otros aspectos del proceso de transición.

Como vimos, los procesos de democratización pueden ser clasificados según su *estatus jurídico* como de *continuidad*, de *ruptura* o de *restauración*. Esta variable parece relevante para el éxito de la justicia retroactiva. Cuando el nuevo régimen democrático es una continuidad jurídica del viejo régimen autoritario, y las violaciones de derechos humanos a ser llevadas a juicio están protegidas, por ejemplo, por una ley de amnistía, y los principios contra la derogación *ex post facto* garantizan la protección legal, existen enormes obstáculos para la justicia retroactiva. Esto ocurrió en Europa oriental, España y Chile. Este obstáculo, sin embargo, no es del todo insalvable. En el caso de Chile, por ejemplo, la Comisión para la Verdad y la Reconciliación investigó los patrones que siguieron las violaciones de derechos humanos, y sus descubrimientos ejercieron una gran influencia sobre la opinión pública. Más aún, en Chile muchos

afirman que la ley de amnistía no precluye las investigaciones judiciales de los abusos a los derechos humanos. Finalmente, sigue existiendo la posibilidad de echar mano a otros recursos de justicia retroactiva, como la compensación civil. De todas formas, la continuidad jurídica hace que la batalla por la justicia retroactiva suponga durísimos esfuerzos.

Cuando existe un rompimiento jurídico completo, como en Alemania o Japón, el camino de la justicia retroactiva resulta más sencillo. Desde el punto de vista del derecho, pueden criminalizarse conductas que eran legales para el sistema jurídico anterior; reglas en contra de cambios *ex post facto* de normas jurídicas, procedimientos y términos de prescripción de las acciones no son aplicables; y las leyes de amnistía del régimen anterior pueden ser simplemente ignoradas.

Cuando la transición a la democracia supone un proceso de restauración jurídica, como sucedió en Austria, Grecia, Uruguay y la Argentina, la justicia retroactiva adquiere un grado intermedio de dificultad. Mientras que los límites legales erigidos por el sistema jurídico autoritario previo pueden ser sorteados, nuevos límites pueden surgir de la restauración de la Constitución democrática anterior. En la Argentina, por ejemplo, el art. 18 de la Constitución de 1853, prohibiendo la legislación penal retroactiva, combinado con el art. II del Código Penal que establece que el imputado recibe el beneficio de la ley más favorable, hizo que la validez de la ley de amnistía fuera una cuestión difícil de cuestionar. La respuesta de Alfonsín consistió en cuestionar la legitimidad del régimen militar, y como consecuencia, las leyes por él sancionadas. En otras palabras, Alfonsín subrayó que su nuevo sistema democrático era discontinuo respecto del régimen militar y, por lo tanto, evitaba un gran obstáculo jurídico a su programa de justicia retroactiva, la ley de autoamnistía. Pero la prohibición de las leyes penales retroactivas seguía aplicándose a las leyes sancionadas en los períodos democráticos previos, como el Código de Justicia Militar que establecía la jurisdicción militar y la justificación de la obediencia debida.

Nuevamente, el estatus jurídico explica sólo parcialmente el éxito o el fracaso de la justicia retroactiva. En algunos procesos de restauración jurídica, la justicia retroactiva llegó bastante lejos, como el caso de Austria, y, en menor medida, Grecia, mientras que en otros, como en Uruguay, la justicia retroactiva fue relativamente limitada. Por otra parte, algunos países que inauguraron nuevos sistemas jurídicos, como Camboya, Filipinas y Etiopía, no realizaron gran progreso con la justicia retroactiva, mientras que Chile, el caso prototípico de continuidad jurídica, está haciendo importantes progresos en esta área. Debemos, por lo tanto, enfo-

car nuestra atención en las violaciones de derechos humanos que son el objeto de las justicias retroactivas.

Cuanto más graves son los abusos de los derechos humanos, existen más posibilidades de que el intento de hacer justicia tenga éxito. Los crímenes nazis son los primeros en la enumeración de las atrocidades conforme esta variable, y se corresponden, lógicamente, con el intento más amplio de justicia retroactiva realizado hasta ahora, aun cuando este intento generó cierto desánimo debido a la desproporción entre los crímenes y los castigos impuestos. El caso de Grecia, comparado con el de Portugal, también demuestra la correlación entre los abusos en los derechos humanos y la justicia retroactiva, dado que las atrocidades cometidas por los coroneles no tienen paralelos en el régimen de Oliveira Salazar. En Latinoamérica, los secuestros, las detenciones clandestinas, las torturas y las ejecuciones en la Argentina fueron de alguna manera parecidos a los de Uruguay y Chile, pero el horror de las violaciones en la Argentina fue mucho mayor. De acuerdo con Pion-Berlin, la mayor parte de las detenciones clandestinas en la Argentina, al contrario que en Uruguay, resultaron en la muerte del prisionero (Pion-Berlin, 1994: 105-130).

Estas correlaciones entre la atrocidad de los hechos y la efectividad de la justicia retroactiva, sin embargo, no se dan cuando tomamos en cuenta que la Unión Soviética se aproxima al régimen nazi, y no se ha intentado aún ningún castigo serio. La Guerra Civil española y los primeros años del régimen de Franco fueron también salvajes; las violaciones de derechos humanos en Camboya son de difícil comparación; y las diferencias entre la seriedad de los abusos en Chile, Brasil y Uruguay no son tan claras como para explicar sus diferentes experiencias respecto de la justicia retroactiva.

El factor que obviamente debe ser considerado es la cantidad. ¿Debemos tener en cuenta los números tanto en términos absolutos como relativos? De ser así, la masacre de distintos grupos de disidentes en la Unión Soviética es impresionante pero palidece ante las atrocidades nazis. Las violaciones de derechos humanos en la Argentina fueron cuantitativamente mayores que las de Uruguay y Chile. Sin embargo, porcentualmente, Uruguay tiene el mayor número de violaciones, le sigue Chile y luego la Argentina, lo que, por supuesto es inversamente proporcional a los intentos de hacer justicia retroactiva. De todas formas, el caso de Brasil, como vimos en el primer capítulo, apoya la hipótesis de correlacionar cantidad con intentos de justicia retroactiva, ya que los abusos a los derechos humanos fueron mucho más escasos

que los de sus vecinos del Cono Sur, lo que explica la pasividad respecto de la justicia retroactiva.

El lapso que transcurre entre el momento en que se cometen las atrocidades y aquel en que se intenta realizar la justicia retroactiva también ayuda a explicar su éxito relativo. Cuanto más tiempo pasa, más difícil resulta lograr el éxito de la justicia retroactiva. El caso más claro es España, ya que los peores abusos fueron cometidos tres o cuatro décadas antes de que pudieran ser juzgados. De forma similar, en la Unión Soviética, las peores atrocidades del régimen de Stalin fueron cometidas más de cuarenta años antes del colapso del sistema soviético. En la mayoría de los países poscomunistas de Europa oriental, con la excepción de Rumania, las peores atrocidades (los juicios de Slansky en Checoslovaquia en 1952, la represión soviética del levantamiento de Berlín en 1953, la invasión soviética de Hungría en 1956, y la represión de la Primavera de Praga en 1968) ocurrieron varios años antes del colapso de los regímenes comunistas. En todos estos ejemplos, la justicia retroactiva resultó bastante limitada tanto en extensión como en efectividad.

En América Latina, existe también una clara correlación entre el lapso y el éxito de la justicia retroactiva. En Chile los peores abusos ocurrieron entre 1973 y 1976, y la democratización en 1989; más de trece años pasaron antes de que la investigación y los juicios tuvieran lugar. En Brasil el período del mayor terror sucedió entre 1969 y 1974, y la democratización no llegó hasta 1989 con la elección directa de Collor de Melo. En Uruguay la mayoría de los abusos ocurrieron antes de 1973, y la democratización se completó nueve años después. Pero en el caso de la Argentina, los militares cometieron serios abusos hasta 1979, y la democratización tuvo lugar sólo cuatro años más tarde. El éxito relativo de la justicia retroactiva en la Argentina, a diferencia de lo ocurrido en Chile, Brasil y Uruguay, puede ser explicado por el período de tiempo transcurrido. Sin embargo, esta correlación está lejos de ser absoluta. Por ejemplo, el intento de justicia retroactiva en Chile se realizaría con mayor profundidad que en Uruguay, a pesar de que el tiempo transcurrido entre los peores abusos y el proceso de democratización sería mayor.

La correlación entre la demora en la justicia retroactiva y su éxito puede ser explicada debido a la sobrevivencia de los autores, la preservación de las pruebas y la fuerza de los sentimientos retributivistas en la gente. En casos como el de España y la Unión Soviética, y en gran medida en Europa oriental, lo limitado del número de autores vivos y el problema de la preservación de la evidencia podría explicar la forma poco en-

tusiasta de encarar la cuestión de la justicia retroactiva. Pero en Brasil, Chile, Uruguay y la Argentina la muerte de los autores o la desaparición de la evidencia no eran problemas que afectaran el proceso. No había transcurrido el tiempo suficiente. Por lo tanto, sólo a través de su efecto sobre los sentimientos retributivistas de las víctimas y del público en general, podría conectarse el factor temporal de la demora con la justicia retroactiva.

Los sentimientos retributivistas de la sociedad en general pueden variar respecto de los de las víctimas. Las víctimas, de hecho, están relativamente disociadas en términos de espacio, tiempo, nacionalidad, raza, y religión de la sociedad que conduce los juicios. Los casos más obvios entre sentimientos retributivos débiles en el contexto social y los intentos de justicia retroactiva por la disociación con las víctimas son los de los abusos cometidos en las guerras coloniales o semicoloniales. Sentimientos retributivistas débiles en la sociedad en general, exacerbados por sentimientos de alienación de las víctimas, quitan gran parte de la energía a los esfuerzos en pos de la justicia retroactiva. Esto es lo que sucedió, obviamente, en el caso de la guerra de Vietnam: los sentimientos retributivistas del pueblo norteamericano eran relativamente débiles debido a la distancia con el pueblo vietnamita, su raza y sus costumbres "ajenas".⁸⁵ Aun cuando las víctimas y los victimarios comparten la misma identidad nacional, los sentimientos retributivistas pueden ser débiles si el grado de identificación con las víctimas es bajo. El caso obvio es la Alemania posnazi, cuando los intentos de castigar el genocidio contra los judíos y otras minorías fue relativamente poco exitoso dada la magnitud de los crímenes. De hecho, al hablar con algunos alemanes en 1982 acerca de las atrocidades cometidas por los militares argentinos, algunos afirmaron que las atrocidades argentinas eran peores que las de la Alemania nazi porque los argentinos cometieron esos crímenes ¡contra sus propios connacionales! En los países sudamericanos muchas personas también contuvieron sus sentimientos retributivistas hacia los autores distinguiéndose de las víctimas, tildándolas de izquierdistas o terroristas. Imagino que un fenómeno similar debe de estar ocurriendo en Europa oriental para reprimir sentimientos retributivistas. En general la gente percibe a las víctimas de las peores represiones como pertenecientes a los grupos más radicalizados de disidentes.

85 Véanse referencias al factor racial en Goldstein, Marshall y Schwartz (1976: 7).

Los sentimientos retributivistas también dependen del nivel en el que la sociedad se identifica con los autores de las atrocidades. Tal vez el caso de Austria sugiere que esta correlación no es perfecta, dado que allí la justicia retroactiva fue aplicada de forma tal que resulta difícil circunscribir al grupo de los autores. Pero, hablando en términos más generales, cuando quienes violan derechos humanos son vistos como extraños o como un grupo aislado, los sentimientos retributivistas tienden a crecer. Esto explica probablemente las diferencias entre el éxito relativo de la justicia retroactiva en países como Japón y Alemania, por un lado, e Italia, Francia y Bélgica, por el otro. En Alemania y Japón los criminales no podían distinguirse del resto de la sociedad por ningún otro rasgo que los crímenes mismos. Por otro lado, aun cuando Italia había tenido una dictadura, los peores abusos fueron atribuidos a los nazis y a un círculo pequeño y reconocible de colaboracionistas. Los criminales franceses y belgas pudieron ser identificados en forma similar y separados del resto de la sociedad. Obviamente en los juicios contra los criminales nazis que tuvieron lugar en Israel, como el juicio contra Eichmann, los sentimientos retributivistas eran elevados, dada la cercana asociación con las víctimas y la absoluta disociación con los responsables. En Sudamérica, puesto que la mayoría de los abusos fueron cometidos por personas uniformadas, la sociedad en general podía fácilmente distanciarse de ese otro uniformado.

Cuanto más rápido la sociedad crea y propague un relato que justifique las atrocidades, tanto más identificada estará con los responsables, y por lo tanto la justicia retroactiva será más difícil de llevar a cabo. Por supuesto, muchos ciudadanos alemanes durante el régimen nazi justificaron el genocidio argumentando que los judíos ponían en peligro los valores e intereses alemanes. En el caso de la Argentina, importantes sectores de la población pensaban que la represión era legítima ante el peligro real del terrorismo subversivo. Este tipo de identificación con los responsables fue mucho más tenue en Grecia, y es uno de los factores más importantes para explicar la suavidad del proceso de justicia retroactiva en ese país.

El grado en el que la responsabilidad se distribuye en la sociedad también afecta el resultado de la justicia retroactiva. Vaclav Havel, en su oposición a los juicios en Checoslovaquia, argumentaba que la difusión de la responsabilidad en la sociedad traía como consecuencia importantes problemas legales y morales para los juicios por los derechos humanos.⁸⁶

86 Véase, por ejemplo, Ken Adelman, "The Drama of Rectifying History", *San*

En general, cuanto más difundida se encuentra la responsabilidad en la sociedad, menos retributivista será, dado que más sectores de ella estarán involucrados, por acción u omisión, por complicidad u ocultamiento, en las atrocidades. Por lo tanto la identificación con los autores es mayor. En la Alemania nazi, en la Rusia soviética, y en la mayor parte de Europa oriental, la responsabilidad era bastante difusa, contribuyendo a lo limitado de la justicia retroactiva en esos países. En los casos sudamericanos la responsabilidad fue compartida entre la prensa, la Iglesia, los grupos económicos, las asociaciones profesionales y culturales, además de las instituciones militares. Con la responsabilidad bastante difundida, no resulta extraño que algunos países sudamericanos tuvieran graves dificultades con la justicia retroactiva a diferencia de un país como Grecia, en el que los coroneles se aislaron de los grupos económicos, de los partidos conservadores y de la monarquía. Durante los juicios argentinos, de hecho, los abogados de la defensa trataron de difundir la responsabilidad ente los diferentes sectores de la sociedad, mientras que los grupos de derechos humanos trataron de concentrar la culpa sobre los militares.

El éxito de la justicia retroactiva también parece depender de la forma procedimental que asuman los juicios. Más arriba discutí la correlación entre el lapso que transcurre desde la comisión de las atrocidades y el comienzo del proceso de la justicia retroactiva, y el éxito de esta. Pero la duración de los juicios y de las investigaciones resulta también importante. Largos procesos tienden a socavar el éxito de los juicios dado que las presiones que los acompañan deben ser contrarrestadas por el apoyo entusiasta del público que puede irse debilitando conforme pasa el tiempo, como sucedió en la Argentina luego de 1986. La publicidad es importante para promover el entusiasmo social, pero demasiada publicidad puede incitar reacciones adversas entre los sectores más afectados. En el caso de la Argentina, el gobierno de Alfonsín era bastante consciente de este problema y, por esa razón, permitió que la filmación de los juicios fuera mostrada con imagen pero sin sonido. El gobierno era reticente a permitir que la Conadep realizara un programa de televisión y finalmente accedió a hacerlo bajo la condición de que el ministro del Interior diera un discurso previo al programa.

Diego Tribune, 6 de abril de 1994, p. B6. El artículo cita a Havel explicando su oposición a realizar juicios por abusos pasados de los derechos humanos: "Todos somos responsables, cada uno en un grado diferente, de mantener funcionando a la maquinaria totalitaria. Nadie es una mera víctima de ella, porque todos juntos ayudamos a crearla".

La imparcialidad de los tribunales y del procedimiento no es sólo un prerrequisito de la justicia sino que también agrega credibilidad a todo intento de justicia retroactiva. Así, desde el principio, el gobierno argentino tuvo la intención de perseguir tanto a los militares como a los terroristas de izquierda. De la misma forma, la Comisión de la Verdad y de la Reconciliación de Chile asumió la tarea de investigar no sólo el terrorismo de Estado sino también el terrorismo subversivo. La disponibilidad de la evidencia también contribuye al relativo éxito de la justicia retroactiva como lo ilustran las controversias generadas en Europa oriental por los archivos de la policía secreta. Los juicios argentinos asimismo señalan la importancia de que la responsabilidad esté claramente circunscripta. La expansión innecesaria de la responsabilidad, con la concomitante expansión de la base de imputados posibles, hace que los juicios se tornen bastante inmanejables. En definitiva, los juicios deben ser claramente delimitados para conseguir las variadas metas asociadas con ellos.

La variable personal, la decisión de ciertos líderes de proceder con la justicia retroactiva sobre la base de ciertas consideraciones estratégicas y evaluaciones morales tiene alto valor explicativo. Al comparar la Argentina, Chile y Uruguay, Pion-Berlin hace notar que es difícil explicar en forma completa las diferencias entre los procesos sin tomar en cuenta las diferencias personales entre Alfonsín, Aylwin y Sanguinetti (yo incluiría a Sarney y a Menem en esta lista). Creo que existieron momentos cruciales en el caso argentino en los que, si el presidente Alfonsín hubiera decidido detener el proceso de justicia retroactiva poco antes del gran juicio, lo podría haber hecho sin grandes obstáculos. El liderazgo de Karamanlis parece también haber sido decisivo en el éxito del proceso griego de justicia retroactiva.

Finalmente, se debe tomar en cuenta la cohesión entre los actores democráticos respecto de la meta de la justicia retroactiva. En la Argentina la cohesión entre los diversos actores democráticos era menor que en Grecia, por ejemplo. Los partidos de derecha se oponían a toda decisión en pos de la investigación y de los juicios, a excepción de la de anular la ley de amnistía. El peronismo apoyaba varias de las leyes cruciales y generalmente seguía al presidente Alfonsín cuando la democracia parecía correr un serio peligro. De todas formas los peronistas no apoyaban la Conadep, ni las leyes limitativas de la responsabilidad, a pesar de brindar un apoyo indirecto al proveer del quórum necesario.

La comparación entre Grecia y la Argentina es una de las más ricas fuentes de conclusiones sobre la justicia retroactiva. Como afirma Huntington,

Las condiciones que enfrentaron los gobiernos de Alfonsín y Karamanlis fueron bastante similares. Los resultados que ambos gobiernos alcanzaron fueron muy diferentes... ¿Cómo explicar esa diferencia entre la Argentina y Grecia? (Huntington, 1991: 220-221).

No acuerdo con la evaluación inequívocamente negativa de la experiencia argentina. Los factores que han sido discutidos en esta sección ayudan a explicar la respuesta a la pregunta de Huntington. A pesar de que Grecia no sufrió la cantidad de violaciones de los derechos humanos que en números mayores sufriera la Argentina, lo que, contrariamente a lo sucedido, debería haber hecho el intento de la Argentina más fácil, todos los demás factores mencionados en este capítulo favorecieron al intento griego: el balance de poder era diferente en Grecia dado que, como señala Huntington, algunos oficiales veteranos apoyaban los juicios contra los coroneles, mientras que en la Argentina casi ningún militar activo apoyaba la justicia retroactiva (Huntington, 1991: 221); las Fuerzas Armadas estaban debilitadas por el simultáneo involucramiento en el conflicto de Chipre (si este hubiera tenido éxito, hubiera causado el efecto opuesto); la identificación de la sociedad con las víctimas era mayor en Grecia dado que muchos argentinos aún consideraban a las víctimas como pertenecientes a la izquierda o hasta terroristas; la identificación social con los autores era mayor en la Argentina dado que la amenaza del terrorismo subversivo había sido bastante seria, llevando a sectores poderosos a justificar las acciones de los militares; la difusión de responsabilidad en la sociedad argentina era mayor dado que, si la cooperación y el ocultamiento eran incluidos, mucha gente se vería implicada en la conducta de los militares; la cohesión política entre las fuerzas democráticas, aun entre los más distantes políticamente de los militares, era mucho más débil en la Argentina; el sistema jurídico en Grecia delimitó claramente los juicios en comparación con el argentino; y el período de tiempo entre los hechos y los juicios, como afirma Huntington, fue mucho más extenso en la Argentina que en Grecia.

Más como resumen que como una fórmula que pueda permitir cálculos precisos y predecibles, la siguiente es una lista de los principales factores positivos y negativos que afectan la justicia retroactiva:

FACTORES POSITIVOS

- La naturaleza coactiva del proceso de transición (Cc).
- La discontinuidad jurídica (Dj).
- La atrocidad de los hechos (A).
- La cantidad absoluta y relativa de los abusos (C).
- La identificación social con las víctimas de los abusos (Iv).
- La restricción de los juicios (R).
- El liderazgo (Ld).

FACTORES NEGATIVOS

- La naturaleza consensuada de la transición (Cn).
- El período de tiempo entre los hechos y los juicios (T).
- La identificación social con los autores de los abusos (IA).
- La difusión de la responsabilidad (D).
- La cohesión entre los autores (CP).

Así, la siguiente fórmula se aproxima a la probabilidad del progreso exitoso de la justicia retroactiva [Prob. (JR)] durante el proceso de democratización:

$$\text{Prob. (JR)} = p \text{ (Cc x Dj x A x C x Iv x R x Ld)} / n \text{ (Cn x T x IA x D x CP)}$$

Donde p es una función de los factores positivos, n de los negativos, y se supone que p tiene un valor entre 0 y 1 mientras que n tiene un valor mayor o igual a 1.

¿LOS DEMÓCRATAS DEBEN CASTIGAR O PERDONAR?

¿Cuál, si es que existe alguna, es la lección general que se puede extraer acerca de la conveniencia de los juicios por derechos humanos en períodos de consolidación democrática? La lección más general es que no hay ninguna lección general. Mucho depende de la naturaleza específica de la transición. Pero el caso argentino, en el contexto de experiencias similares con la justicia retroactiva, sugiere que podemos extraer algunas generalizaciones adicionales.

Samuel Huntington ofrece una lista de argumentos en favor de perseguir estos crímenes afirmando lo siguiente:

1. la democracia se basa en la ley, y ningún grupo, incluidos los funcionarios públicos y los miembros de las Fuerzas Armadas, debe estar sobre la ley;
2. los juicios aumentan la viabilidad del sistema democrático, dado que si los militares son lo suficientemente poderosos para detener los juicios, la democracia es demasiado débil para sobrevivir;
3. los juicios son necesarios para afirmar la supremacía de los valores democráticos y lograr que la sociedad los comparta;
4. como medio para descubrir la verdad, los juicios son necesarios para fortalecer el sentido de responsabilidad de los funcionarios del Estado.

Luego Huntington ofrece los siguientes argumentos en contra de los juicios por derechos humanos:

1. la democracia se basa en la reconciliación y en dejar atrás las divisiones;
2. las amnistías crean bases sólidas para la democracia, en el sentido de que neutralizan los incentivos que grupos poderosos como los militares tendrían para interrumpir el proceso democrático como forma de evitar la persecución penal.

Huntington cree que los experimentos con la justicia retroactiva deben ser “estructurados, casi exclusivamente por la política, por la naturaleza del proceso de democratización y por la distribución del poder político durante y luego de la transición” (Huntington, 1991: 215). No estoy de acuerdo con esta conclusión, dado que muchos de los factores que impactan sobre la justicia retroactiva tienen un fuerte componente moral, como la identificación con las víctimas y los autores y la difusión de la responsabilidad, y el componente jurídico que, por supuesto, debe ser tenido en cuenta cuando se elaboran las estrategias. Sin embargo, los argumentos propuestos por Huntington son importantes y merecen consideración.

Sus conclusiones, luego de analizar diferentes experiencias, incluida la argentina, resultan en la afirmación de que, cuando la transición democrática se consigue mediante la transformación del régimen anterior, las persecuciones penales deben ser evitadas dado que los costos políticos superan en mucho los beneficios morales. Cuando la democratización se realiza a través del reemplazo del antiguo régimen, los juicios contra

los líderes de los regímenes autoritarios anteriores pueden resultar efectivos si la población los considera moral y políticamente deseables y si se comienzan y concluyen en un solo año. Huntington recomienda como alternativa un reporte público y desapasionado sobre cómo y por qué fueron cometidos los crímenes. En definitiva, el curso de acción menos problemático podría ser “no perseguir, no castigar, no perdonar, y, sobre todo, no olvidar” (Huntington, 1991: 231).

Una variante totalmente diversa de la tesis de Huntington puede ser hallada en la monografía altamente provocativa de Bruce Ackerman titulada *The Future of Liberal Revolution* (1992: 72-73) en la que el autor advierte sobre “el espejismo de la justicia correctiva”, argumentando que los revolucionarios liberales que están forjando un nuevo sistema democrático suelen poseer gran cantidad de capital moral y poco capital organizativo. Al involucrarse en un proceso de justicia retroactiva se arriesgan a perder el capital moral debido a la escasez de capital organizativo. Ackerman cree que las dificultades morales y jurídicas inherentes a la adscripción de responsabilidad a los funcionarios tanto de alto como de bajo nivel, el miedo y el resentimiento que la justicia retroactiva podría engendrar, y la creación de profundas divisiones entre varios sectores de la sociedad inevitablemente exacerban las dificultades inherentes que supone lograr la justicia retroactiva. Ackerman utiliza la experiencia argentina como un ejemplo ilustrativo, señalando que Alfonsín logró “sólo un puñado” de condenas como evidencia de fracaso. Él cree que la debacle del asistemático programa de justicia retroactiva pavimentó el camino de la subsecuente condena que Menem realizó de “toda la campaña”. El autor concluye que Alfonsín debió haber utilizado en cambio su capital moral para realizar

los rápidos descargos de los peores ofensores de los cuerpos de oficiales y tomar ventaja de su temprano apoyo popular para llamar a la creación de una nueva constitución que impusiera un conjunto de limitaciones institucionales sobre los militares en general y sobre la detención arbitraria y el castigo en particular (Ackerman, 1992: 80).

Creo que Ackerman, como Huntington, se equivoca en su evaluación de la experiencia argentina. Si obviamos que más que “un puñado” habían sido condenados cuando Alfonsín dejó el gobierno, creo que el progreso del programa de justicia retroactiva coincidió en términos generales con el programa original de Alfonsín. Luego de la obediencia debida, la

controversia que rodeó a la justicia retroactiva se aquietó, y el Poder Judicial manejó su tarea en forma ordenada hasta los indultos de Menem. Sin embargo, el aspecto más problemático no es la equivocada descripción que realiza Ackerman de lo que realmente sucedió, sino su supuesto contrafáctico: él no reconoce que toda la legitimidad del gobierno de Alfonsín, su capital moral, no era su carisma o su carácter revolucionario, sino su promesa de dar estricto cumplimiento a la Constitución de 1853. Si el presidente Alfonsín hubiera llamado al principio de su mandato a una reforma de la Constitución, los principales grupos económicos, políticos y sociales del establishment hubieran interpretado sospechosamente tal acción como una maniobra para modificar las reglas políticas y económicas del gobierno a su favor. Esto hubiera sido más arriesgado políticamente que los juicios. Más aún, creo que la vieja Constitución protegía los valores liberales y subordinaba a los militares al poder civil en algunos sentidos mejor que su contraparte americana. Sus fallas, sin embargo, llevaron al hiperpresidencialismo. Estos, y sólo estos aspectos de la Constitución, requerían ser reformados, pero creo que esperar a tiempos de mayor “calma” era crucial para el éxito de esa reforma.

Volviendo a Huntington, habíamos afirmado que su más poderoso argumento contra los juicios es que la persecución penal puede socavar o destruir las bases que son necesarias para la democracia. En definitiva, sin embargo, la validez del análisis depende del impacto positivo que la investigación, los juicios y el castigo de los pasados abusos a los derechos humanos tengan sobre los intereses de aquellos sectores de la sociedad que son más cruciales para la consolidación de la democracia.

La justicia retroactiva afecta en forma negativa, por supuesto, a los intereses de los que serían castigados, lo que los puede llevar a derrocar el gobierno democrático. Pero de esta forma se arriesgan a ser castigados por rebelión, a menos que el intento de golpe sea exitoso, lo que dependerá de cuán poderosos sean los rebeldes y si son capaces de lograr el apoyo de otros grupos influyentes, como las elites económicas. Por otro lado, los efectos positivos de la persecución penal sobre la democracia están lejos de ser claros. Las víctimas de las violaciones de derechos humanos que pueden “beneficiarse” con el castigo a los autores no serán los que echen mano de un golpe autoritario si sus intereses no se ven satisfechos, dado que se arriesgan a ser nuevamente víctimas si el sistema democrático cae. El efecto positivo más obvio del castigo consiste en su capacidad disuasiva respecto de quienes tengan la intención de derrocar al gobierno democrático para suplantarlo por un régimen autoritario. Sin embargo, el objeto de este estudio no es el castigo que les cabe a

quienes se rebelan contra instituciones democráticas, sino el castigo a quienes cometen violaciones de derechos humanos. A pesar de que se encuentran entremezcladas en la práctica, no es necesario que lo estén. En el mejor de los casos los juicios por violaciones de derechos humanos tienen un efecto disuasivo sobre futuras rebeliones, y aun esto se encuentra lejos de ser claro. Todo lo que uno podría decir es que quienes se enfrentan con la amenaza de ser procesados deben calcular que, si se rebelan contra las instituciones democráticas y fracasan, será difícil que se beneficien con indultos y amnistías, y más probable que sufran duras sanciones.

Por lo tanto, si tomamos en cuenta sólo consideraciones políticas, entendidas estrechamente como consideraciones autointeresadas, quienes se oponen a los juicios tienen claramente razón, y no habría una fuerte justificación para realizar la justicia retroactiva durante un proceso de transición. Quienes amplían el marco y tienen en cuenta los valores y las preocupaciones que surgen de la cuestión de la legitimidad del régimen exponen una tesis similar. Un ejemplo notable es Juan Linz:

Los nuevos gobernantes [de los regímenes democráticos en transición] también tienen una tendencia, basada probablemente en su sentimiento de superioridad moral, a gastar la energía en lo que se podría llamar política de resentimiento contra las personas y las instituciones que se identifican con el viejo orden. Esto consistiría en pequeños ataques contra su dignidad y sentimientos...

La dureza en los cambios simbólicos y los costos emocionales de la política de resentimiento no se olvidan fácilmente... Enfrentado a problemas de similares dimensiones, un régimen con un alto compromiso con su legitimidad tiene mayores probabilidades de sobrevivir que un régimen sin ese compromiso. La legitimación, por lo tanto, se vuelve una tarea primaria de liderazgo democrático. El establecimiento de la agenda inicial en el período de consolidación, las consecuencias negativas de la política de resentimiento o responsabilidades de política exterior, y las dificultades de no incorporar a fuerzas potencialmente leales en la coalición que apoya el régimen son aspectos claramente relevantes para este problema... Las democracias construyen su legitimidad sobre la base de la lealtad al Estado o a la nación. De hecho, algunos sectores de la sociedad, particularmente los oficiales del Ejército, los funcionarios públicos, y

en algunas circunstancias los líderes intelectuales, sienten una mayor identificación con el Estado o la nación que con un régimen particular y rechazan en principio la identificación partidaria del Estado...

Una solución que puede resultar exitosa es la purga de quienes se nieguen a asumir un compromiso claro y público con el nuevo orden político... De todas formas, hacerlo en sociedades modernas que reconocen derechos adquiridos, y en democracias liberales que garantizan la libertad de opinión, está lejos de ser sencillo. Puede muy bien resultar en políticas ambivalentes y contradictorias que, en lugar de lograr el resultado deseado, crean indignación en los afectados (Linz, 1978: 45-46).

Linz argumenta que los juicios de valor de aquellos que sólo son afectados lejanamente por las purgas, juicios o condenas serán afectados negativamente por la justicia retroactiva. Este argumento recuerda los de Huntington y Ackerman. Cuando las violaciones de derechos humanos, como en el caso de la Argentina, son percibidas por muchos como justificadas por el riesgo del terrorismo, Linz llama a estos efectos negativos "política de resentimiento". Estas personas posiblemente vean el nuevo régimen como vengativo y hasta quizá dominado por elementos subversivos. Pueden concebir a los juicios como manipulaciones políticas y por lo tanto ilegítimas. Pueden creer que las sentencias son injustas, quitando legitimidad al nuevo régimen. Este sentido de injusticia puede surgir de la creencia de que las violaciones de derechos humanos fueron un medio necesario e inevitable para el establecimiento de la democracia. Pueden sentir que las garantías constitucionales y legales no fueron respetadas y pensar que todo esto es una hipocresía dada la proclamada superioridad moral de la democracia. Más aún, si los juicios intentan demarcar una discontinuidad jurídica con el orden anterior, pueden alienar a aquellos sectores cercanos a este.

Creo que estos efectos negativos sobre los juicios de valor son reales y requieren una cuidadosa consideración. Pero se debe tener en cuenta también el hecho de que los juicios por violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado son magníficas ocasiones para la deliberación social y el examen colectivo de los valores morales que fundamentan las instituciones públicas. Hay muy pocas ocasiones como esta en la vida de una sociedad. A diferencia de lo que Ackerman presupone, la sanción de una nueva Constitución no siempre implica una ocasión semejante, especialmente en Latinoamérica, donde la reforma constitucional es

considerada por mucha gente como una cuestión demasiado técnica o el resultado del corrupto autointerés de los políticos. En cambio, el drama de un juicio, con las víctimas y los victimarios bajo la luz pública, con acusaciones y defensas, con testigos de todos los sectores sociales y con la aterradora posibilidad del castigo, inevitablemente atrae la atención del gran público y puede provocar también "juicios" paralelos en la calle o en la mesa familiar. En este sentido, los juicios por violaciones a los derechos humanos están bastante más cerca de lo que Ackerman llama "momentos constitucionales" que muchos de los intentos de reformas constitucionales formales o informales (Ackerman, 1991). Pero ¿por qué necesitamos esa discusión, y cuál es su relación con la consolidación de la democracia?

Como dije en el capítulo anterior, el autoritarismo es el producto de ciertas tendencias sociales que no pueden ser superadas simplemente porque los intereses de algunos poderosos se favorezcan circunstancialmente con la resolución democrática de los conflictos. En el caso de la Argentina, estas tendencias subyacentes son: una concepción orgánica de la sociedad que resulta en un dualismo irresuelto; el corporativismo, que les permitió a grupos como los militares o los sindicatos, a través del control de arriba hacia abajo, gozar de privilegios especiales y protecciones; la anomia y la ilegalidad, que significó que ciertos grupos se encontraran por encima de los límites normativos y que ciertos fines se consiguieran a través de cualquier medio a pesar de la existencia de restricciones normativas; y la concentración del poder social y económico.

Resulta obvia la forma en que estas tendencias socavaron el ideal democrático en favor del autoritarismo y simultáneamente apuntalaron las violaciones masivas de derechos humanos. Una sociedad orgánica puede ser compatible, hasta cierto punto, con una concepción populista de la democracia pero no con una liberal basada en la igualdad y en la posibilidad de cuestionar las tradiciones. El corporativismo es una afrenta directa a la democracia, a pesar de que puede no serlo bajo una concepción pluralista (véase, por ejemplo, Bailey, 1977: 259-302), porque el poder político se asigna en virtud de la pertenencia a un grupo en lugar de la fortaleza política, y los privilegios no son nunca desafiados dentro del sistema político. La anomia implica que varias cuestiones sociales no sean resueltas en definitiva a través de las reglas de la democracia sino por la voluntad del más fuerte (Nino, 1992b). La concentración de poder implica obviamente la ausencia de pesos y contrapesos y, por lo tanto, un obstáculo en los mecanismos de la democracia.

Estas cuatro tendencias endémicas se encuentran también fuertemente relacionadas con las violaciones masivas de derechos humanos. La orgánica es una concepción holista de la sociedad que sacrifica a los individuos por la nación o el Estado cuando este se encuentra en peligro. El corporativismo implica que ciertos grupos tienen un estatus especial y que no deben rendir cuentas al resto de la sociedad por sus actos aberrantes, como el sacrificio de seres humanos que son vistos como enemigos del statu quo. Es el corporativismo el que, por ejemplo, justifica el derecho a una jurisdicción especial y leyes de obediencia debida, dado que la gente que ocupa cargos inferiores no puede tomar en cuenta otros intereses que los de los líderes de la corporación de que se trate. La anomia libera a los grupos privilegiados de la obligación de dar cuentas y de limitaciones legales, quitando de su camino todo obstáculo moral para usar cualquier medio para lograr los fines de la entidad supraindividual. La concentración de poder está en su punto más alto cuando se impide toda posibilidad de investigar y condenar esos medios, que incluyen las violaciones de derechos humanos.

Pero existe otra relación directa entre las violaciones masivas de derechos humanos y el autoritarismo. Cuando los que están convencidos de la corrección moral de lo que hacen, como fue el caso de la Argentina tanto de los miembros del aparato estatal como de los terroristas de izquierda, violan derechos humanos estamos frente a una situación que puede ser llamada elitismo epistémico moral (Nino, 1996). Los que pertenecen a estos grupos selectos se creen capaces de resolver profundas cuestiones morales que afectan a la sociedad y decidir cuál es el interés de todos, incluso de quienes no participan en la discusión moral.

En el caso de la Argentina, y en la mayoría de las situaciones analizadas en el capítulo 1, los autores de violaciones de derechos humanos se convencieron, reclusos en su propio ambiente, de que sus acciones eran justas. Si uno defiende, como es mi caso, una visión epistémica de la democracia, el hecho de que estas decisiones hayan logrado ciertos fines a través de violaciones masivas de derechos humanos sin una discusión abierta y completa entre todos los individuos afectados explica la ceguera moral exhibida.

Cuando se investigan y juzgan abusos masivos a los derechos humanos, propiciando la deliberación pública, la dinámica que provocó esas violaciones deviene en objeto de la crítica colectiva y de la discusión pública. Lo que se discute es el valor mismo de la democracia. La democracia se fortalece entonces tanto por el contenido como por el proceso del debate colectivo. Más aún, este tipo de deliberación en busca de valores re-

sultó evidente en los debates que rodearon a los juicios en la Argentina. Las acusaciones, las defensas, las decisiones judiciales y los argumentos que tenían lugar en la sociedad se referían precisamente al rol de los militares y de otros grupos en una sociedad democrática, los límites morales para alcanzar ciertos logros (muchas veces la gente citaba la forma en la que, dentro de la ley, los países europeos habían luchado contra el terrorismo como contraejemplo), el Estado de Derecho (el argumento conciliador más común consistía en que los militares podrían haber logrado las mismas metas a través de juicios sumarios y sentencias públicas de muerte conforme a leyes que autorizaran tales procedimientos), y las ventajas de la división del poder para proteger los derechos humanos (se decía con frecuencia que aun en la degradada democracia de Isabel Perón se cometieron menos violaciones a los derechos humanos que bajo los militares). Por lo tanto, cuando autores como Acuña y Smulovitz afirman que los militares se debilitaron con los juicios, el efecto deliberativo sobre los valores que sostienen el rol corporativo resultó un factor importante para lograr ese debilitamiento.

Por supuesto, este efecto educativo se puede sentir en diferentes sectores de la sociedad. En la sociedad en general, que descubrió que había dado la espalda mientras los abusos a los derechos humanos sucedían alrededor de ella; en los grupos que activamente apoyaron a los autores, los que, a través de los juicios fueron expuestos a la magnitud de las atrocidades y obligados a intentar en público sus posibles justificaciones; y en aquellos que precipitaron las violaciones de derechos humanos. El resultado es un proceso de deliberación colectiva que resulta especialmente conducente para modificar la tendencia al elitismo moral que lleva a tomar decisiones que resultan en semejantes violaciones. A través de este proceso de deliberación, esta gente puede mudar sus convicciones morales anteriores y, también, darse cuenta de lo poco confiable que resulta el elitismo como forma de conocimiento moral. Es cierto que este proceso deliberativo puede ser altamente emotivo, y enfrentar a varios sectores entre sí, destruyendo la convivencia civil. Este es el peligro que Huntington y Linz enfatizan y por el que recomiendan cautela. Pero existe también la posibilidad de que la deliberación, a pesar de todas las tensiones y amarguras, facilite una convergencia en derredor de ciertos valores básicos o cree, en términos de Dworkin, "una comunidad de principios" (1986: 208-224), tan vital para la democracia.

Si los factores que se oponen a la justicia retroactiva, basados principalmente en el autointerés, son decisivos, algunas de las ventajas de la deliberación pueden ser alcanzadas por medios menos intrusivos, como

las comisiones de la verdad (la Conadep en la Argentina o la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Chile). Algo del drama de los juicios estará ausente, pero mucho de lo positivo de la controversia pública puede ser, sin embargo, generado. Aun un referéndum cuyo resultado sea mantener una ley de amnistía puede resultar beneficioso si provoca un profundo debate público sobre los valores centrales de la democracia, como en Uruguay.

Debo enfatizar que todo depende de lo que haga a la democracia un sistema autosostenible. Si uno cree que las motivaciones autointeresadas son suficientes, entonces el balance se inclina abruptamente contra la justicia retroactiva. Por otro lado, si uno cree que los juicios valorativos imparciales contribuyen a la consolidación de la democracia, entonces uno puede afirmar un excelente argumento a favor de la justicia retroactiva.

Pero este argumento político a favor de algún tipo de justicia retroactiva se basa en evaluaciones morales. El argumento no depende, sin embargo, de la validez de las evaluaciones morales sino de la conexión entre las actitudes basadas en estas valoraciones y la capacidad de perdurar que tenga el sistema democrático. Por otra parte, resulta importante también examinar la validez de esos juicios morales para determinar si existen argumentos morales independientes a favor o en contra de la justicia retroactiva. No sólo las consideraciones morales que se entremezclan con las consideraciones políticas determinan el tipo de democracia que queremos consolidar, también pueden brindar razones adicionales a favor de los juicios (tema que analizo con mayor profundidad en mi libro *Constitution of Deliberative Democracy*, 1996). Tal vez existan circunstancias en las que los juicios y la investigación de abusos de los derechos humanos socavan la estabilidad democrática. Pero puede ser también verdad que la estabilidad alcanzada al desistir de la justicia retroactiva socave los valores morales que fundamentan el sistema democrático.

4. Los aspectos morales de la investigación y el castigo por violaciones de derechos humanos

¿Es moralmente permisible, o aún más, obligatorio para una sociedad, a través de sus representantes, publicar, reconocer, perseguir, y eventualmente castigar las violaciones de derechos humanos ejecutadas desde el Estado? Contestar a esta pregunta supone examinar el estatus moral tanto de las violaciones de derechos humanos como de los medios con los que se tratan esas violaciones. En el comienzo de este examen deseo considerar una posición que encuentra su mejor ejemplo en Hannah Arendt. En *La condición humana*, Arendt afirma que es imposible, más aún, inmoral, castigar al mal radical.

Resulta por ello bastante significativo, un elemento estructural del reino de lo humano, que los hombres sean incapaces de perdonar lo que no pueden castigar, e incapaces de castigar lo que se ha vuelto imperdonable. Esta es la característica distintiva de aquellos crímenes que, desde Kant, llamamos “mal radical”, y sobre cuya naturaleza conocemos tan poco, aun aquellos que hemos sido expuestos a una de sus raras apariciones en la escena pública. Todo lo que sabemos es que no podemos ni perdonar ni castigar tales crímenes y que, por lo tanto, ellos trascienden el reino de lo humano y las capacidades del poder de los hombres... En este caso, en el que el hecho mismo nos quita todo poder, podemos sólo repetir con Jesús: “Sería para él mejor que una piedra fuera colgada de su cuello, y así arrojado al mar” (Arendt, 1958: 241).

Algunos tal vez encuentren en este sentimiento de impotencia que Arendt describe una explicación de por qué la justicia retroactiva es tan raramente practicada al enfrentar las violaciones de derechos humanos realizadas desde el Estado. Una explicación un tanto más sutil podría consistir en mostrar que las metas que justifican el castigo son difícilmente alcanzables en tales circunstancias.

La retribución es una meta que claramente justifica la justicia retroactiva. El mal causado por quienes violan derechos humanos debe ser respondido con su equivalente más cercano. Como afirmé en mi análisis del caso argentino, las víctimas de la represión, los grupos de derechos humanos cercanos a las víctimas y los que representaban a los autores adoptaron una visión retributiva del castigo, aunque llegaron a conclusiones opuestas. Las víctimas y los grupos de derechos humanos invocaban a Kant cuando exigían el castigo de cada individuo responsable de las atrocidades, aun cuando ello acercara a la sociedad al borde de la disolución. Los autores sostenían que debían ser aclamados, dado que sus actos estaban moralmente justificados o, más aún, que eran obligatorios. Ambos lados miraban hacia el pasado más que hacia el futuro al mensurar la cantidad de maldad así como al calificar la responsabilidad de las personas que realizaron tales acciones. Ambos rechazaban la noción del castigo como un mero medio para obtener un bien social mayor.

En *Ética y derechos humanos* (1989b) desarrollé un número de principios que brindarían soporte a la idea de retribución. El primero, el principio de autonomía de la persona, establece el valor de la libre adopción individual de ideales de excelencia humana y planes de vida basados en ellos. El segundo, el principio de inviolabilidad de la persona, prohíbe la restricción de la autonomía de un individuo por la sola razón de que de este modo se amplía la autonomía de otros. El tercero, el principio de dignidad de la persona, sostiene que los individuos deben ser tratados de acuerdo con sus decisiones, intenciones y expresiones de consentimiento, y que estos pueden ser tomados como antecedentes de obligaciones, responsabilidades y pérdidas de derechos. Dicho de otra forma, el principio de autonomía determina los bienes que son el contenido de los derechos, el principio de inviolabilidad de la persona establece las barreras de protección de los intereses de los individuos contra intereses de grupos o de entidades supraindividuales, y el principio de dignidad permite que el consentimiento individual limite los derechos que, de otra manera, surgirían de los dos principios previos.

Estos tres principios pueden ser invocados en defensa del retributivismo como visión del castigo. La retribución respeta la autonomía porque permite que los planes de vida de diversos individuos se encuentren libres de interferencias en la medida en que esos planes no interfieran con los de otras personas. La retribución también respeta la inviolabilidad de la persona al no usarla como un mero medio para fines sociales. Finalmente, la retribución es respetuosa del valor de la dignidad humana dado que la decisión de castigar se basa enteramente en las acciones

de quien es castigado. Sin embargo, creo que el retributivismo enfrenta serios problemas filosóficos.

En un nivel teórico amplio, el retributivismo concibe el castigo como una respuesta a actos ilícitos y presume que es la respuesta adecuada. Por supuesto, es necesario aclarar el significado de "adecuada". Algunos autores creen que la adecuación está completamente determinada por el sistema legal, la penalidad es adecuada si es la establecida por el sistema jurídico. Pero esta es una visión claramente equivocada dado que presupone una teoría positivista del derecho, de acuerdo con la cual cualquier norma jurídica, sin importar su contenido, resulta obligatoria. El retributivismo así entendido no sirve entonces como una teoría para evaluar o aun interpretar el sistema jurídico, por ejemplo, para elegir aquellos actos que son ilícitos entre una clase más amplia de actos que pueden ser sancionados por normas penales. Para servir a ese propósito, "respuesta adecuada" debe ser entendida como "respuesta justa", y la relación entre crimen y castigo debe ser determinada por la moral y no por el derecho positivo.

El retributivismo también presupone que resulta a veces apropiado responder a un mal con otro mal. Sin embargo, al sumar el mal del crimen con el mal del castigo sin tomar en cuenta otros factores, mi aritmética moral me lleva consistentemente a creer que tenemos aquí "dos males" más que "un bien". La clave debe estar en el concepto de culpabilidad, que es en general utilizado por los retributivistas para evitar las consecuencias no queridas de las teorías preventivas del castigo: el castigo del inocente; la equiparación de asesinato doloso y culposo; y el desprecio general por las excusas. De todas formas, dado que el castigo retributivo se predica de la culpa, las actitudes subjetivas del supuesto autor devienen esenciales para determinar el valor negativo de las acciones de las personas y, por lo tanto, para determinar su punibilidad.

La culpa depende de la intención. Consideremos las excusas que efectivamente anulan la culpa por una acción. Al negar una cierta intención, tal vez no directamente sino a través de la inexistencia del conocimiento requerido, el agente es frecuentemente exonerado o relevado de la culpa. Por ejemplo, la excusa del error implica que el agente no quería actuar como lo hizo sino que estaba equivocado respecto de un hecho relevante. Lo mismo sucede con la excusa de la compulsión o con excusas que se basan en la voluntariedad del acto. Hablando en forma más general se podría decir que todas las excusas suponen problemas respecto de los deseos o intenciones relevantes del agente, dado que es lo único que puede controlar. Donald Davidson afirma que "no hacemos más que

mover nuestros cuerpos, el resto está librado a la naturaleza” (Davidson, 1980: 59), lo que parece equivocado. De acuerdo con el retributivismo el agente meramente tiene la intención de hacer algo, y el resto, incluido el movimiento de su cuerpo, queda librado a la naturaleza.⁸⁷

La forma en la que el retributivismo depende de la culpa nos lleva así hacia el abismo del puro subjetivismo. No podemos tener en cuenta los resultados externos de una acción particular, por ejemplo, la diferencia entre un asesinato consumado o uno en grado de tentativa, ni se nos permite considerar si la vida de alguien estuvo realmente en peligro o aun si la gente realizó ciertos movimientos corporales. Una firme decisión de matar debe ser suficiente para establecer la culpa que está en el núcleo del castigo desde el punto de vista retributivo. Resulta claro que podemos requerir alguna manifestación externa por razones de prueba y para evitar una especulación excesiva acerca del estado mental del agente. Pero estas consideraciones son meramente instrumentales y secundarias. Dada una fuerte e incontrovertida prueba de la intención de la persona de cometer alguna mala acción, por ejemplo, una confesión espontánea, bajo la tesis retributivista debemos proceder con el castigo. Bajo dicha visión, Hitler merecería el mismo castigo que aquellos antisemitas que antes y después de él acordaban con alguna forma de “solución final”.

El subjetivismo del retributivismo deviene en parte de la visión de que el estado mental de un individuo (intenciones, decisiones y elecciones) es lo único que el individuo controla. Para un determinista, de todos modos, aun las decisiones, intenciones y elecciones son el inevitable resultado de factores que los individuos no pueden controlar, como la socialización cultural, las estructuras económicas, los procesos neuroquímicos, los traumas psicológicos, etc. Supongo que esta hipótesis del determinismo descriptivo puede ser correcta. Siendo ello así necesitamos explicar por qué seguimos culpando a las personas por hacer lo que hacen, y esta explicación debe evitar la suposición de que culpamos a la gente sólo por lo que puede controlar. En otro lugar he tratado de proveer tal explicación descomponiendo la culpa en tres dimensiones diferentes y tratando de mostrar que todas ellas son compatibles con el determinismo descriptivo (1983: 289).

En un extremadamente sucinto resumen de ese análisis sugeriré que, en primer término, la culpa puede tener una dimensión manipulativa pragmática, en la medida en que su expresión pueda disuadir a otros

87 Véase una discusión más detallada en Nino (1987).

de cometer acciones similares en el futuro dado que ellos pueden querer evitar el dolor y la incomodidad que la culpa normalmente supone. Por supuesto, esta dimensión de la culpa no presupone la falsedad del determinismo descriptivo, sino que se basa en cambio en la relación causal entre culpar a alguien y la motivación de las personas para actuar. En segundo término, la culpa puede tener una dimensión reactiva dado que su expresión puede constituir una reacción emocional a ciertos actos. Culpar a alguien por una acción malvada es expresar una actitud reactiva del tipo de las analizadas por Peter Strawson (1974). Esta dimensión reactiva de la culpa no requiere falsificar el determinismo, dado que, como Strawson afirma, la culpa no se suspende sólo porque la intención que es el objeto de la culpa haya sido causada por ciertos factores.

Tercero, la culpa supone un aspecto descriptivo que trata la conexión entre la persona y su acción. Es esta tercera dimensión descriptiva de la culpa que interesa al teórico retributivista. A diferencia de alguien que justifica el castigo sobre bases prevencionistas, el retributivista no está interesado en la dimensión manipulativa de la culpa.⁸⁸ Tampoco se basa en el aspecto reactivo de la culpa asociado con el castigo dado que insiste en que la diferencia entre el castigo retributivo y la venganza descansa en el hecho de que el castigo no es una mera reacción emotiva. El teórico retributivista debe concentrar su atención en la dimensión descriptiva de la culpa dado que este es el único aspecto restante que hace inteligible al castigo en términos retributivistas.

La culpa describe la relación entre cierta conducta y la intención, decisión, o elección de un individuo. No necesita asumir el hecho de que la intención, decisión, o elección no esté determinada (en el sentido descriptivo) por factores diferentes que otras intenciones, decisiones, o elecciones. ¿Por qué no podría la culpa sólo reconocer que un acto es el producto de las intenciones, decisiones o elecciones de un agente, sin importar sus causas ulteriores? Como Robert Audi afirma,

nuestros deseos y creencias normales no son determinantes extraños de la acción que debemos controlar para controlarla; son aquello en virtud de lo cual nuestras acciones expresan nuestras razones y, en algún sentido, nuestra naturaleza (Audi, 1991: 314).

88 Véase, por ejemplo, lo que dice Duff (1986: 47-54).

Por esta razón la culpa es totalmente compatible con el determinismo.

Pero si uno pudiera culpar a alguien por cosas que no están necesariamente dentro de su esfera de control ¿por qué el aspecto descriptivo de la culpa debería depender de las decisiones, intenciones y elecciones del agente? ¿Por qué las decisiones, intenciones y elecciones, como opuestas a movimientos corporales del agente, tienen un estatus privilegiado como objeto de la culpa si no están necesariamente bajo su control? En respuesta, Jonathan Glover afirma que para los propósitos de la culpa el agente es equivalente a sus intenciones (Glover, 1970). Pero esto no parece correcto: las intenciones de una persona son demasiado superficiales y cambiantes para constituir la. Algunos tratan de justificar el subjetivismo del retributivismo introduciendo la noción de carácter. Aquí la premisa consiste en que culpamos a las personas por el carácter que tienen (culpamos a alguien por el tipo de persona que ella o él es) y el carácter de ese individuo se manifiesta en ciertas intenciones, decisiones y elecciones, todas las cuales pueden resultar en una acción observable.⁸⁹ A veces esta teoría se utiliza para sostener que uno debe ser castigado por su carácter, más allá de los actos que realiza, de la misma manera que uno no debe ser castigado por acciones que quedan “fuera de su carácter” (Moore, 1990: 29-58).

El gran atractivo de la teoría del carácter reside en el ámbito de las excusas, como la violencia, el estado de necesidad y los desórdenes mentales. Ninguna de ellas niega al agente aquellos deseos y creencias que constituyen su intención. En el caso de la violencia, el agente voluntaria e intencionalmente comete ciertas malas acciones, pero una amenaza hace irrazonable esperar que actúe de otra manera. En el caso del estado de necesidad, la amenaza consiste en cambio en algún peligro objetivo de daño que no es necesariamente mayor que el daño causado por el agente. En el caso de los desórdenes mentales, el agente se encuentra bajo ciertas limitaciones que hacen irrazonable esperar que actúe de acuerdo con prescripciones jurídicas. En todos, se presuponen estándares de razonabilidad y normalidad, y estos estándares no son sobre actos específicos sino que sirven para evaluar inclinaciones, disposiciones y capacidades generales. En otras palabras, son estándares que permiten que separemos ciertos actos e intenciones de rasgos malos de carácter.

89 Véanse algunas respuestas a las críticas de la teoría del carácter en Arenella (1990: 59-83).

Por lo tanto, como he afirmado hace ya tiempo (véanse Nino, 1976, 1980c), existe una conexión esencial entre la visión retributiva del castigo y la evaluación del carácter de las personas, y la institución de la culpa presupone tal conexión. George Fletcher está completamente en lo cierto cuando afirma que

una inferencia desde la mala acción hacia el carácter del actor es esencial para la teoría retributiva del castigo. Un desarrollo más completo del argumento sería el siguiente: 1) el castigo de la mala conducta es justo sólo si se mide por el merecimiento del autor, 2) el merecimiento del autor se mide por su carácter, es decir, por el tipo de persona que es, 3) y por lo tanto un juicio sobre el carácter es esencial para la justa distribución del castigo (Fletcher, 1978: 800).

La teoría del carácter puede dar una descripción más satisfactoria del retributivismo, pero no evita su subjetivismo. Esta teoría meramente amplía el contexto. La evaluación del carácter moral del agente es una evaluación de disposiciones, inclinaciones y capacidades, que se manifiestan a través de deseos, creencias y emociones y eventualmente se materializan en intenciones, decisiones y acciones. Los teóricos de la elección, al elegir la intención como el árbitro de la culpa, identifican correctamente el evento psicológico que es el producto de diferentes rasgos de carácter. Pero el teórico de la elección parece no percibir que esta combinación de rasgos de carácter subyace significativamente en la asignación de culpa cuando esta se basa en la intención. Las elecciones del agente deben ser evaluadas, entonces, en el contexto más amplio de los diversos rasgos de carácter.

Dado este subjetivismo, la teoría del carácter no elude el problema que es común a todas las visiones de la retribución: la irrelevancia de la víctima. El objeto del castigo es el carácter. Lo que sigue a la elección, intención o decisión del individuo (es decir, sus movimientos corporales o la omisión de ellos) no son de ninguna manera relevantes para la culpa (salvo como prueba de la intención del agente). La ocurrencia de estos movimientos corporales o su omisión una vez cristalizada la firme intención de actuar es una cuestión aleatoria y ajena al carácter del agente. Como una variante del retributivismo, la teoría del carácter inevitablemente equipara los delitos consumados con las tentativas posibles o imposibles, rechaza cualquier justificación que no sea la buena intención del agente y castiga expresiones de mala intención que no resulten en un daño externo.

En términos más generales e interpretado conforme la teoría del carácter, el retributivismo involucra al Estado con el perfeccionismo y así, en contradicción con la presuposición inicial, viola el principio de la autonomía personal. Si para culpar a alguien se necesita realizar una evaluación de su carácter moral, la culpa necesariamente supone ideales de virtud o excelencia personal. Culpar es afirmar que el carácter moral de alguien, tal como se evidencia a través de ciertas acciones y actitudes subjetivas, no llega a conformar ese ideal de excelencia. La acción que es el objeto de la culpa degrada el carácter del agente y la calidad de su vida.

Un Estado liberal, es decir un Estado comprometido con el principio de la autonomía personal, no debe actuar sobre la base de la alabanza o de la culpa. El Estado no discute ideales morales con la gente al asignar culpa, o al menos no lo hace desde una posición de igualdad (como requieren las reglas que subyacen al discurso moral). El Estado, al asignar culpa, directa o indirectamente ejerce coerción, y al hacerlo restringe la autonomía personal en favor de algunos ideales de excelencia humana sobre otros.

Creo que esta conexión entre castigo, retribución y culpa moral (no la sensación de impotencia) subyace en la visión de Hannah Arendt acerca de la imposibilidad tanto de perdonar como de castigar al mal radical. Ella expresa la dificultad de culpar, y por lo tanto de castigar o de perdonar retributivamente, a los peores delincuentes de la humanidad bajo la teoría de la retribución. Sentimientos reactivos, como indignarse o culpar a otro, presuponen un marco de interacciones e intercambios humanos, resulta difícil imaginar que tales agresores de la humanidad, que ven a sus víctimas como objetos subhumanos se sitúen en ese marco (Strawson, 1974). Es difícil imaginar un diálogo real o hipotético entre las víctimas de Treblinka y sus perseguidores o las víctimas de la represión militar argentina y los suyos, dado que el diálogo mismo presupone participantes aptos para el diálogo. Este tipo de diálogo es lo que quienes perpetraron tales acciones negaron a sus víctimas, a pesar de que existieron situaciones aisladas en las cuales ese diálogo existió (Feitlowitz, 1992: 40-74). Por lo tanto la respuesta correcta a los peores agresores es suspender actitudes reactivas de la misma forma en que lo hacemos con insanos, no porque sean necesariamente insanos, sino porque han traspasado los límites de lo humano al rechazar el marco de interacciones que la culpa presupone.

Arendt también cuestiona la viabilidad de perdonar y castigar al mal radical porque, bajo una teoría retributiva, la culpa y el castigo retributivo deben ser proporcionales a la magnitud del mal cometido. Pero,

¿cómo puede encararse esta tarea? Nuestro vocabulario para la culpa moral resulta rápidamente pobre cuando queremos condenar el genocidio de seis millones de personas o la tortura de niños. Decir que estos actos son acciones equivocadas suena casi como una ironía. Nuestro nivel de transmisión de emociones puede aumentar, pero nuestros términos para describir la abominación moral tienen un límite. Si el castigo retributivo debe también ser proporcional, o en algún sentido adecuado, al mal, ¿cómo se puede distinguir el castigo de estos hechos de aquel que se inflige a un asesinato ordinario? Si normalmente condenamos la pena de muerte, ¿debemos hacer una excepción para estos casos (como intenta hacer en forma retroactiva el gobierno de Fujimori en Perú respecto de Abimael Guzmán, líder de Sendero Luminoso)? ¿Debemos también hacer una excepción a nuestro rechazo al maltrato de los prisioneros e imitar lo que condenamos?

Finalmente Arendt cuestiona la viabilidad de evaluar el carácter de alguien como Eichmann, una evaluación que es requerida por el retributivismo dado que este se basa en la culpa, la que a su vez supone evaluaciones de carácter. Cuando Arendt trata de evaluar el carácter de Eichmann, cae en un estado de perplejidad. Eichmann no sentía un odio especial hacia sus víctimas. Era extremadamente respetuoso del orden establecido, y de las leyes y regulaciones vigentes. Conocía el imperativo categórico kantiano y sabía que estaba actuando fuera de sus límites. Su principal objetivo al organizar los aspectos técnicos de los asesinatos masivos era escalar en su carrera y no causar daño a otros, lo que veía como una consecuencia necesaria y no como un medio en sí mismo. Arendt concluye que su actitud es el paradigma de lo que ella llamó "la banalidad del mal" (la frase que es ahora el famoso subtítulo de su libro). Por supuesto el mal banal es, aún, mal. Pero ¿estamos preparados para culpar el carácter que evaluamos como banal, en lugar de un carácter lleno de odio, inclinaciones sádicas y crueldad? Aun si el castigo retributivo puede ser justificado en general, a pesar de las objeciones que he mencionado, parece ser inadecuado cuando se enfrenta con el mal radical.

Una teoría preventiva del castigo, que es la que tradicionalmente se contrasta con el retributivismo, quizá funcione mejor.⁹⁰ El prevenciónismo comienza con "el principio de la protección prudencial de la sociedad", que sostiene que el castigo es legítimo si se realiza en una forma

90 Alfonsín expuso una teoría prevenciónista del castigo en su discurso del 13 de diciembre de 1983 que fue mencionado en el capítulo 2.

económica y efectiva de tal manera que prevenga males mayores a la sociedad que el mal que supone el castigo mismo. Este principio supone varias condiciones, entre ellas: a) eficacia (el castigo debe ser exitoso en la evitación de males futuros); b) económico (el castigo elegido debe imponer el mal menor); c) equilibrio (los males que supone el castigo deben ser menores a los que se previenen); y d) inclusión (los males sufridos por aquellos que reciben el castigo deben contar en el equilibrio).

Cuando combinamos el principio de protección prudencial de la sociedad con el principio de autonomía personal surge otra condición del prevencionismo: los males relevantes para el equilibrio son aquellos que frustran la autonomía personal de la gente. En otras palabras, debemos contar como mal sólo la frustración de planes de vida o intereses de la gente elegidos de acuerdo con sus ideales personales. Esta conclusión lleva a una visión objetiva sobre los tipos de conducta que la ley debe buscar prevenir a través del castigo. Dado que las inclinaciones, disposiciones, intenciones, deseos y creencias de la gente no pueden dañar directamente los intereses de nadie excepto los propios, ellos no deben figurar o asumir rol alguno en las descripciones de los estados de cosas que la ley debe en definitiva intentar prevenir a través del castigo. Esta descripción debe ser del tipo “la muerte de otro” o tal vez “la muerte de otro como resultado de la acción de alguien”, y no “el deseo de alguien de matar a otro”, ni aun descripciones mixtas como “la muerte de otro por alguien que quería que el primero muriera” o “el asesinato intencional de una persona por otra”. El ideal de un sistema liberal de derecho penal es realizado cuando los individuos no se dañan unos a otros aun cuando la sociedad haya degenerado a tal extremo que los individuos en general tengan un pésimo carácter moral y los peores sentimientos y deseos hacia otros.

Aun con las limitaciones descriptas, una teoría prevencionista del castigo puede ser criticada porque ella implica una visión holista de la sociedad e ignora la distribución de cargas y beneficios en su política. Es decir, la crítica kantiana a una justificación del castigo en términos puramente utilitarios (castigar a algunos como un mero medio para beneficiar a otros) está completamente justificada. El remedio, de todos modos, no debería consistir en un regreso al retributivismo, lo que en todo caso supone un tipo de perfeccionismo inconsistente con su filosofía política, sino un mayor refinamiento del prevencionismo.

En otro lugar he ofrecido tal teoría basada en la idea de consentimiento. Ella supone la noción de que la distribución de cargas y beneficios, aun desiguales, se justifica en los casos de contratos, matrimonio, respon-

sabilidad extracontractual, representación política, sobre la base de que la persona que sufre la carga consiente ese sufrimiento (Nino, 1983a). Aquí el consentimiento asume cierta dimensión objetiva y no depende, por ejemplo, de la actitud subjetiva del agente respecto del derecho. En el caso de un contrato, por ejemplo, el agente no necesita aceptar la ley que lo ata a cierta obligación o responsabilidad, a pesar de que la ley en cuestión debe ser justa y legítima. Tampoco es necesario al completar el contrato que el agente explícitamente afirme “consiento en tales y tales cosas”. Muchos contratos se satisfacen con un consentimiento tácito, requiriendo sólo que el agente realice cierto tipo de acto (por ejemplo, subirse a un colectivo o a un taxi, pidiendo comida en un restaurante, levantando la mano en un remate, tomando algo de una góndola de supermercado), sabiendo que el acto es el antecedente de la imposición o asunción de cierta obligación o responsabilidad. Es crucial entender que el consentimiento en caso de contratos, matrimonio o cualquier otra institución análoga no requiere que el agente desee que la consecuencia normativa se le imponga; es suficiente que el agente sepa que la consecuencia normativa, reflejada en la obligación o responsabilidad, es un resultado de su acción.

Una teoría análoga puede ser aplicada al derecho penal en la medida en que ciertas condiciones sean satisfechas. Por supuesto, la ley que crea el delito debe ser justa, lo que significa que el principio de protección prudencial de la sociedad debe ser satisfecho, que la ley debe respetar los derechos humanos básicos, y que debe ser sancionada a través de mecanismos legítimos.⁹¹ Una vez que estas condiciones se dan, los problemas distributivos que tradicionalmente afectaban al prevenciónismo son su-

91 Duff sigue a Hegel al pensar que la amenaza del castigo supuesta en la existencia del derecho penal está justificada porque el sujeto de esa amenaza no tiene derecho al respeto que merece un hombre libre. Duff afirma que mi teoría del consentimiento es defectuosa al no brindar tal justificación. Este es un error que deriva del hecho de que la distinción entre amenazas y otras alternativas, como las ofertas, dependen de juicios de valor. Si el derecho penal es justo (como aquí se supone que es) no supone ninguna amenaza, y no es percibido como tal por la gente que reconoce su justicia. Lo mismo sucede en el caso de un derecho civil justo. Sólo puedo obtener algo que quiero si le pago al dueño lo que pide (por supuesto, el derecho civil puede comportar graves amenazas en el caso de ser injusto; si, por ejemplo, me obligara a pagarle a otro para que no me dañe con ruidos ensordecedores). Por lo tanto, cuando hablamos acerca de “amenazas” del derecho penal, debemos poner las palabras entre comillas, como si fuera mencionada por alguien que presume que el derecho penal no es justo. Véase Duff (1986: 180).

perados por el hecho de que el agente consiente en asumir responsabilidad penal por un delito cometido voluntariamente, conociendo que el delito suponía ciertas consecuencias necesarias más allá de la actitud del agente hacia la aplicación concreta de tal responsabilidad.

Esta visión supone una mezcla de elementos subjetivos y objetivos. Para ser susceptibles de castigo, los agentes deben actuar voluntariamente y deben haber conocido las características de sus actos que son relevantes para el derecho penal. Más aún, deben saber que la ley ha colocado a esos actos como antecedentes de ciertas sanciones.⁹² Por otra parte, evita los problemas del retributivismo y su interés por el carácter de alguien para determinar su culpabilidad. Esto es similar a lo que sucede en el derecho civil: cuando un agente consiente a pagar una deuda no necesitamos analizar su carácter para decidir si es culpable. Mi visión del castigo por lo tanto evita las debilidades del prevencionismo (su incapacidad de justificar la distribución del castigo y en consecuencia tratar a las personas como meros medios para un fin) sin caer en una teoría retributiva que degenera en perfeccionismo. Tanto el retributivismo como el perfeccionismo son antiliberales: el último por ser antiindividualista, y el primero por ser perfeccionista.

¿Cómo se enfrenta al mal radical bajo una teoría del castigo que combina prevención y consentimiento? Según esta visión del castigo, no resulta fácil justificar el castigo por tan extremos delitos. Para analizar esta pregunta, examinemos primero el elemento de la protección prudencial de la sociedad: ¿cuáles son los males que el castigo previene y cómo los previene? Obviamente, el castigo por violaciones de derechos humanos perpetradas desde el Estado tiende a disuadir violaciones similares en el futuro. Pero este no parece ser un producto de los juicios y castigos en la Argentina. Jaime Malamud Goti reflexiona sobre el caso argentino en estos términos:

92 Los delitos culposos presentan problemas porque estas condiciones no se encuentran en ellos. De todos modos he defendido una teoría bajo la cual su ilegalidad (lo que la ley busca prevenir) surge no del daño que ellos producen sino del daño que la gente sabe que están produciendo. La imposición del castigo es consecuencia de ese peligro y no del daño, lo que justifica la menor penalidad respecto de la que corresponde a un delito doloso. El requisito del daño real es una condición objetiva no de la punibilidad del delito sino de la aplicación del castigo, dado que provee una fuerte evidencia de que el peligro era real y elevado. La negligencia inconsciente no debe ser castigada.

Los autores que creen en el efecto disuasivo del castigo hallarán que condenar a delincuentes que cometieron el crimen siendo funcionarios del Estado difícilmente sustente su tesis. El castigo puede disuadir a los funcionarios de protagonizar un golpe de Estado. Ser expuestos como criminales ante la comunidad nacional e internacional es una experiencia desagradable, como lo han descubierto algunos dictadores latinoamericanos. Pocos querrían compartir la reputación de Pinochet o de Videla. Luego de la condena de la corte, no son muchos los oficiales que hubieran querido estar en los zapatos de los miembros de las Juntas argentinas. Pero aun así, si tomaran el poder en el futuro, el efecto disuasivo del castigo los desalentaría de entregar el poder a un sucesor democrático.

Pero tal consecuencia disuasiva sólo sería aplicable a los generales de mayor rango. Para el resto de los oficiales el impacto disuasivo de las condenas sería neutralizado por los beneficios inmediatos que implicaría la violación de los derechos de terceros: dentro de las Fuerzas Armadas, la alabanza de sus camaradas y superiores. Un castigo hipotético remoto cede ante las recompensas inmediatas del círculo íntimo de los transgresores (Malamud Goti, 1991: 7).

Para Malamud la principal meta del prevencionismo (disuadir de actos similares) no tiene muchas posibilidades de ser alcanzada. El mal radical requiere un marco político y jurídico malvado en el cual florecer. Sin ese marco resulta difícil que sucedan violaciones masivas de derechos humanos apoyadas desde el Estado, sin importar que violaciones anteriores hayan sido castigadas. Dentro de ese marco y dadas ciertas circunstancias anteriores son muy altas las posibilidades de que ocurran nuevas violaciones aun con condenas previas y castigos por violaciones anteriores a los derechos humanos.

Pero como Malamud reconoce, los juicios por violaciones de derechos humanos pueden disuadir a futuros líderes de un golpe militar de llevarlo a cabo. Esto solo podría ser una enorme contribución y, en efecto, una forma indirecta de prevenir violaciones masivas de derechos humanos. De todos modos no es claro que este argumento pueda justificar el castigo en la mayor parte de las circunstancias. Primero, puede ser posible alcanzar los mismos fines persiguiendo actos pasados de rebelión en vez de disuadir golpes indirectamente a través de la persecución de conductas (violaciones a los derechos humanos) que frecuentemente emergen

de la rebelión. Además, cuando aquellos que llevan adelante un golpe de Estado no son necesariamente los que violan derechos humanos, el primer grupo no siempre será disuadido por el castigo del otro. Segundo, la estabilidad de una democracia está ligada a muchos factores complejos, y sólo alguno de ellos son afectados por el contenido del derecho penal. Por ejemplo, la estabilidad de la democracia es asegurada por poderosos aliados que no son afectados por sanciones a individuos. Tercero, juicios y castigos por violaciones a los derechos humanos pueden producir la caída de la democracia por el esfuerzo de evitar los resultados de sus juicios. O la democracia puede no ser restablecida si sectores significativos temen el resultado de los juicios.⁹³ Consecuentemente, el castigo del mal radical no se puede justificar sobre bases prevencionistas si enfocamos nuestra atención en actos determinados, como amenazas a la viabilidad del sistema democrático.

Un análisis más completo desde el punto de vista de las consecuencias del valor de los juicios contra el mal radical requiere una más profunda investigación de las causas de tal mal. Como afirmé en los capítulos 2 y 3, el mal radical surge de varias tendencias endémicas de la sociedad argentina: una concepción orgánica de la sociedad que favorece a los grupos corporativos, la devaluación sistemática del Estado de Derecho y la concentración del poder. Detrás del fenómeno del mal radical yacen insidiosos patrones culturales que deben ser enfrentados si tal fenómeno quiere ser prevenido. En definitiva, creo que los juicios por violaciones masivas de derechos humanos pueden ser justificados sólo de forma prevencionista en la medida en que la persecución tienda a combatir esos patrones culturales y las tendencias que proveen suelo fértil para el mal radical.

Judith Shklar, en su análisis de los juicios políticos, apunta a una conclusión similar (Shklar, 1986). Ella distingue el legalismo como una ideología y el legalismo como una política social. Como ideología, el derecho se encuentra completamente aislado de la política, caso en el cual la mayoría de los juicios políticos, incluido Nuremberg, quedarían sin sustento. Como política social, sin embargo, juicios como los de Nuremberg pueden ser entendidos como un triunfo porque despiertan "la conciencia jurídica dormida". Para lograr estos efectos los juicios funcionan de tres maneras diferentes: Primero, muestran con todo dramatismo la

93 En Haití, por ejemplo, Cedrás y sus camaradas militares eran reticentes a transferir el poder al presidente Aristide porque temían algún tipo de juicios.

extensión y la naturaleza de las atrocidades. Esta función es extremadamente importante porque el autoritarismo crece cuando logra confundir a la gente no sólo respecto de valores sino también sobre hechos empíricos. No es para asombrarse que el reciente surgimiento del nazismo en Alemania haya comenzado como un revisionismo histórico que niega la realidad misma del holocausto. Thomas Nagel ha enfatizado la necesidad del conocimiento público de los hechos como una forma de superar las trampas del mal radical.⁹⁴ En este sentido algunas películas como *La historia oficial* muestran la fuerza con la que surgió la necesidad de conocimiento en la Argentina luego del régimen militar.

Por supuesto, la verdad —un importante subproducto de los juicios— se puede obtener por otros medios, como las comisiones oficiales de la verdad: la Conadep en la Argentina, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Chile y la comisión establecida en Alemania para investigar los abusos del régimen comunista. Si una comisión de la verdad sustituye a un sistema de justicia penal en correcto funcionamiento, constituirá una solución de tipo segundo mejor, dado que la presentación pública de la verdad es mucho más dramática cuando se realiza a través de un juicio, con el acusado contribuyendo en el desarrollo de la historia. Aún más, la calidad de la narración en un juicio acusatorio no puede ser totalmente duplicada por otros medios. Aun cuando se sancionen amnistías o perdones al final del juicio, ellos no logran balancear el efecto inicial de tan enfática revelación pública.

Segundo, Shklar hace notar que los juicios refuerzan el Estado de Derecho por la forma en que son conducidos. Cuando los juicios tienen lugar ante tribunales imparciales, con una amplia oportunidad para que el acusado sea escuchado, con profunda consideración de sus defensas, y el estricto cumplimiento de los procedimientos gobierna la prueba y la imposición del castigo, los beneficios del Estado de Derecho se demuestran públicamente. En el marco de un juicio, el valor del Estado de Derecho es aún más contrastante cuando se contrapone a la conducta ilegal de los imputados.

Tercero, los juicios disminuyen el impulso hacia la venganza privada y afirman de esta manera el Estado de Derecho. Shklar señala que una meta tradicional del sistema de justicia penal es reemplazar la venganza privada, conteniendo acciones vengativas entre las víctimas y sus parien-

94 Véase una cita de la contribución de Nagel a la reunión del Aspen Institute en Lawrence Weschler (1990: 4).

tes, evitando así un posible baño de sangre. Esta necesidad no está menos presente en el contexto del mal radical, como muestran los casos de Francia e Italia en los que la venganza privada surgió en innumerables ocasiones luego de la caída del régimen nazi. En la Argentina, la posibilidad de la revancha privada que, como vimos en el capítulo 2, pudo haber dado lugar al inicio de sangrientas confrontaciones, típicas de los años setenta, estaba presente en las mentes de quienes reclamaban algún grado de justicia retroactiva.

Cuarto, como fue enfatizado por Jaime Malamud Goti, los juicios permiten a las víctimas de los abusos de los derechos humanos recobrar el respeto por sí mismas como sujetos de derechos jurídicos. No creo que esto pueda ser interpretado como una forma especial de retributivismo dado que el mal que ellos sufrieron no se neutraliza por el mal sufrido por los agresores. Lo que contribuye a restablecer su autorrespeto es el hecho de que su sufrimiento es escuchado en los juicios con respeto y empatía, que la historia verdadera recibe un reconocimiento oficial, que la naturaleza de las atrocidades se discute abierta y públicamente, y que quienes perpetraron esos actos son oficialmente condenados. Este proceso no sólo suaviza el deseo de venganza, sino que reconstituye el autorrespeto de la víctima.

A esta lista quisiera agregar un ulterior beneficio de la justicia retroactiva en el contexto del mal radical: los juicios promueven la deliberación pública en una forma única. La deliberación pública contrarresta las tendencias autoritarias que han llevado, y continúan llevando, a un debilitamiento del sistema democrático y a la comisión de violaciones masivas de derechos humanos. Toda deliberación pública tiene este efecto, pero aún más cuando el objeto de la discusión pública son esas mismas tendencias autoritarias. El dar a conocer la verdad a través de los juicios alimenta la discusión pública y genera una conciencia colectiva y un proceso de autoexamen. Preguntas como “¿dónde estabas, papá, cuando estas cosas sucedían?”, comienzan a formar parte del discurso diario. El contraste entre la legalidad de los juicios y la forma en que actuaron los imputados es advertido en forma prominente en la discusión pública y contribuye en mayor medida a la apreciación colectiva del Estado de Derecho. La discusión pública también sirve como válvula de escape para las emociones de las víctimas y promueve la solidaridad pública, la que, a su vez, contribuye a la recuperación del autorrespeto de las víctimas. Por supuesto que junto con las mencionadas ventajas de la justicia retroactiva se encuentran las obvias desventajas que deben ser tenidas en cuenta bajo una visión prevencionista del castigo. Los juicios pueden hacer

correr un serio riesgo a la estabilidad del sistema democrático; pueden provocar nuevas violaciones a los derechos humanos; y pueden dar lugar a amargura y a hostilidad social que debiliten la fraternidad necesaria para consolidar el sistema democrático. Más aún, los juicios mismos pueden ofender algunos principios inherentes del Estado de Derecho como los principios que prohíben el castigo sin ley penal previa o tribunales especiales. Por lo tanto, el espíritu de legalidad que emana de la imparcialidad en la que los juicios se conducen y de la exposición pública de las atrocidades, puede ser anulado si la legalidad de los juicios mismos es seriamente cuestionada.

Otra consideración a tener en cuenta, inherente a cualquier castigo justificado por el principio de protección prudencial de la sociedad es el daño causado a los imputados mismos. En algunos casos este daño es insignificante comparado con el daño causado pero en algunos otros casos el daño puede ser relativamente significativo, especialmente cuando contabilizamos el sufrimiento de sus familiares y también el de sus colegas que pueden recibir culpa por asociación.

El proceso de deliberación pública es la manera óptima de lograr un balance entre las ventajas y las desventajas de los juicios por violaciones a los derechos humanos, como entre los derechos promovidos y preservados por los juicios y los derechos que los juicios ponen en peligro. A través de la deliberación pública evitamos el elitismo epistémico moral que es tal vez la única preocupación legítima de los relativistas. Sin embargo esto debe ser realizado siempre contra el telón de fondo de ver al castigo como un medio prudencial de protección social contra males mayores e impuesto sólo sobre la base del consentimiento. De otra manera sería vulnerable a la prohibición kantiana de utilizar seres humanos como meros medios.

El consentimiento de la responsabilidad penal se supone cuando uno actúa voluntariamente, con conocimiento de que el castigo por ese acto es una consecuencia normativa necesaria de esa conducta. Para asegurar el requisito del conocimiento, la consecuencia normativa debe ser establecida por leyes vigentes cuando el acto es cometido. Esta precondition de un castigo justo es un obstáculo formidable cuando se trata de justificar este tipo de justicia retroactiva. Como ya hemos discutido, estas violaciones a los derechos humanos fueron ordenadas desde el Estado y, en muchos casos, el Estado mismo sancionó leyes de manera de que tales actos no fueran ilegales al momento de su comisión. Aun cuando fueran técnicamente legales, hay obstáculos adicionales para su persecución. Como muestra claramente el caso de la Argentina, leyes de amnistía y

cláusulas de prescripción temporal pueden agravar los esfuerzos de la fiscalía.

Queda entonces una pregunta respecto de la justificación moral de los juicios y del consecuente castigo. No podemos analizar estas dudas sin introducir al derecho dentro de nuestro marco conceptual, lo que haré en el capítulo siguiente. También consideraré las defensas (como la del estado de necesidad, legítima defensa, estado de guerra y obediencia a órdenes superiores) que los acusados pueden esgrimir. Por supuesto, estas defensas pueden modificar nuestra evaluación moral de los juicios, y uno podría suponer que ellas deben haber sido consideradas en la discusión moral realizada en el presente capítulo, pero dado que las defensas están íntegramente ligadas al derecho, serán presentadas en el próximo.

5. Los problemas legales de los juicios por violaciones de derechos humanos

La justicia retroactiva nos enfrenta a dos preguntas jurídicas inevitables. La primera se refiere a la cuestión de la legalidad: de qué forma la presencia o ausencia de ciertas normas jurídicas afectan la viabilidad y la legitimidad de los juicios. La segunda inquiriere acerca de las justificaciones (falta de autoría, estado de necesidad, legítima defensa, guerra, obediencia debida a órdenes superiores o prescripción de las acciones) que los acusados usaron en estos juicios.

LEGALIDAD

Los problemas de la legalidad surgen de las discrepancias entre la ley existente al momento de las violaciones y las leyes que se consideraron necesarias para ejercer el castigo. Algunos problemas surgen cuando existen demasiadas leyes, y otros cuando hay muy pocas. Demasiadas leyes pueden obstruir la justicia retroactiva. De la misma forma, cuando hay demasiado pocas leyes, un sistema jurídico puede carecer del marco legal necesario para sostener la justicia retroactiva. Entender por qué estas variantes constituyen un obstáculo *prima facie* a la justicia retroactiva requiere explorar el impacto de la ley sobre el razonamiento práctico, lo que a su vez requiere que nos sumerjamos en la antigua controversia entre el derecho natural y el positivismo jurídico.

CUANDO EXISTEN DEMASIADAS LEYES

Dado que las violaciones masivas de derechos humanos mencionadas en los capítulos 1 y 2 son respaldadas desde el Estado, ellas son en general realizadas bajo la apariencia de la ley o, a veces, el Estado asegura su propia impunidad luego de la comisión sancionando amnistías, indultos, o legislación permisiva retroactiva. Sería obviamente absurdo que el

gobierno en forma simultánea promoviera estos actos y su persecución y castigo. Cuando esto sucede, sólo puede deberse a una lucha interna de poder dentro del mismo régimen.

En los casos típicos, cuando los abusos de los derechos humanos se protegen legalmente, aquellos que quieren perseguirlos deben ignorar el hecho de que los actos que son el objeto de la persecución eran legales de acuerdo con el sistema jurídico vigente al momento de su comisión. Judith Shklar trata al legalismo como una política social y argumenta que debemos sopesar la quiebra de la legalidad requerida por las persecuciones a los delitos contra los derechos humanos contra los beneficios que estos juicios proporcionan al despertar la conciencia jurídica de la sociedad. Pero este razonamiento consecuencialista hace surgir su propia lista de objeciones y requiere que analicemos el valor de la legalidad. Esto a su vez requiere que nos introduzcamos en el concepto de derecho, específicamente en la controversia entre el derecho natural y el positivismo jurídico. Esta controversia emergió durante el juicio de Tokio en el cual el fiscal norteamericano Joseph Keenan, así como algunos de los jueces, apelaron a la idea del derecho natural, mientras el juez Bal, de la India, la rechazó. Para demostrar cómo esta cuestión puede ser introducida en un juicio parecido al de Tokio, voy a proponer un debate jurídico ficticio sobre esta cuestión.⁹⁵

En la ciudad de Nusquam, hoy, 25 de noviembre de 1948, el tribunal militar de las fuerzas aliadas para el Lejano Oriente se reúne para dar su sentencia respecto de los 38 acusados de delitos contra la paz y delitos contra la humanidad. Luego de haber escuchado los argumentos de la fiscalía y de la defensa y habiendo recibido la evidencia ofrecida por ambas partes, los miembros de la corte fallan:

MINISTRO SEMPRONIO: Distinguidos colegas: nos hemos reunido aquí para dictar sentencia sobre hechos que fueron parte de los que sin duda han sido los más aberrantes sucesos de la historia de la humanidad. Los hombres aquí sentados se encuentran entre aquellos que han contribuido al sufrimiento de millones de personas. Movidos por una visión mesiánica del mundo conspiraron para comenzar una guerra injusta, come-

95 Esta es una adaptación del debate legal ficticio que usé en Nino (1980b: 18-30).

tieron abusos aberrantes durante la guerra, violaron principios fundamentales de dignidad humana causando muertes, infligiendo tortura y persiguiendo individuos sin causa bajo un sistema de gobierno totalitario. La defensa no niega estos hechos pero cuestiona la categorización legal que los hace punibles. La defensa mantiene la tesis de que esta gente ha cometido actos que cualquiera que sea su valor moral fueron perfectamente legítimos de acuerdo con la ley vigente en el tiempo y en el lugar en el cual fueron cometidos. Los imputados, de acuerdo con esta tesis, eran funcionarios públicos que actuaron en observancia de normas jurídicas sancionadas y hechas cumplir por las debidas instituciones del imperio japonés. Los acusados no fueron solamente autorizados a hacer lo que hicieron sino que en algunos casos fueron obligados a actuar de esa manera. La defensa nos recuerda que un principio elemental de justicia que la civilización que representamos ha aceptado hace tiempo y que fue ignorado por el régimen para el cual los imputados trabajaron —*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*— prohíbe la imposición de una sanción por un acto que no haya estado prohibido al tiempo en el que fue realizado sino que, por el contrario, era legal. Estaríamos contradiciendo nuestra propia filosofía y adoptando la que decimos estar combatiendo si ignoráramos este principio y castigáramos a los imputados.

Estos son los argumentos de la defensa. Pero creo que uno de los más grandes servicios que esta corte puede brindar a la humanidad es desterrar de una vez y para siempre la doctrina absurda y atroz que supone la tesis de la defensa. Esta concepción mantiene que nos enfrentamos con un sistema jurídico cada vez que un grupo humano tiene éxito en imponer un grupo de reglas sobre cierta sociedad y consigue poder suficiente para hacerlas cumplir, sin importar su contenido moral o la legitimidad moral de su sanción. Esto ha sido sintetizado por el eslogan obsceno “la ley en la ley” que ha servido para justificar las opresiones más aberrantes. Desde tiempos antiguos, lúcidos pensadores han demostrado la falacia de esta proposición con sólidos argumentos.

Sobre las reglas sancionadas por los hombres hay un sistema de principios universales e inmutables de índole moral (algunas veces llamados “derecho natural”) que establece patrones de justicia y derechos que pertenecen a los hombres simplemente.

te por el hecho de ser hombres. Las reglas positivas sancionadas por hombres son ley sólo en el caso de que no contradigan aquellos principios. Cuando nos enfrentamos a reglas como las que autorizaron los actos que estamos juzgando y las llamamos “derecho”, desnaturalizamos este sagrado nombre. ¿Cuál es la diferencia entre estas reglas y las de una organización criminal sino que las primeras han sido más estables porque han ignorado en una forma más radical los principios elementales de moral y de justicia? La posición de la defensa implica que los jueces deben ellos mismos acordar con el orden interno de la organización criminal que están juzgando.

Dado que las reglas del régimen al cual los imputados pertenecían no constituyen un verdadero sistema jurídico, son incapaces de legitimar los actos que se realizaron de conformidad con ellas. Ignorarlas y aplicar directamente principios morales groseramente violados por aquellos actos para castigar las conductas en cuestión no deja de lado por lo tanto el principio de legalidad. Voto, en consecuencia, por la condena de los imputados.

MINISTRO CAYO: Comparto las evaluaciones morales que mi distinguido amigo Sempronio ha hecho acerca de los actos que estamos aquí juzgando. Al formular este juicio no estoy actuando como juez sino como un ser humano y como un ciudadano de una nación civilizada. ¿Pero se nos permite a nosotros como jueces basarnos en esos juicios morales para llegar a una decisión en este juicio?

Los juicios morales son subjetivos y relativos. Los historiadores y antropólogos han mostrado cómo ellos varían conforme el tiempo y el espacio. Lo que un pueblo en un momento determinado considera moralmente abominable, otro pueblo en otro momento lo considera perfectamente razonable y legítimo. ¿Podemos negar que un régimen autoritario como el que estamos enfrentando generó una concepción moral que fue honestamente compartida por la mayor parte de la sociedad de este país? La idea de que un “derecho natural” inmutable y universal, accesible a la raza humana existe es, en el mejor de los casos, una ilusión que surge cuando proyectamos nuestros propios sentimientos a la realidad externa. En el peor de los casos, es una manifestación de imperialismo cultural que sólo se puede imponer a través de una victoria militar.

Uno de los más nobles ideales de la humanidad es que el conflicto social debe ser resuelto no de acuerdo con sentimientos morales caprichosos de los que están circunstancialmente en el poder, sino de acuerdo con reglas jurídicas positivas: este es el ideal del Estado de Derecho. El derecho de una comunidad es un sistema cuyo contenido y alcance puede ser objetivamente verificado a través de medios empíricos, más allá de nuestras valoraciones subjetivas. Cada vez que nos encontramos con instituciones como tribunales de justicia y un conjunto de normas sancionadas y aplicadas por un grupo humano que tiene el monopolio de la fuerza en un territorio definido en forma estable, nos encontramos ante un sistema jurídico que puede perfectamente ser identificado como tal, más allá de nuestra evaluación moral del valor de sus reglas. Más aún, estas reglas pueden proveer soluciones para la mayor parte si no para todos los casos concebibles, especialmente si aceptamos que existe una regla implícita de clausura en todo sistema jurídico que permite aquellos actos que no están explícitamente prohibidos. No hay duda de que hay relaciones entre el derecho y la moral (el derecho es influido por ideales morales y desde el punto de vista moral, el derecho debe reflejar los valores morales en los que creemos). Pero esto no es esencial para la identificación del derecho como tal. Y una vez que identificamos un sistema jurídico debemos reconocer la obligatoriedad de sus reglas y la legitimidad de las acciones realizadas de acuerdo con ellas.

La aplicación de este esquema de pensamiento a este caso es clara: nos enfrentamos con acciones que habían sido autorizadas por un genuino sistema jurídico, que había sido reconocido como tal por nuestros propios países antes de la declaración de guerra. Es cierto que no somos jueces de tal sistema ni estamos obligados a aplicar sus normas. Pero las normas de nuestro sistema jurídico contienen el principio de legalidad, lo que nos obliga a tomar en cuenta lo que era legal al momento y en el lugar de la comisión de estas acciones. Distinguidos colegas: opongámonos a la barbarie de este régimen con nuestro más profundo respeto por el Estado de Derecho. Voto en consecuencia por absolver a los imputados.

MINISTRO TICIO: Las opiniones de mis distinguidos colegas me han puesto en un estado de profunda perplejidad. Soy cons-

ciente de nuestra responsabilidad histórica de dejar sentados principios claros que expresen la respuesta del mundo civilizado a los bárbaros hechos que aquí juzgamos. Sin embargo, no puedo hallar en las opiniones anteriores elementos que nos permitan inferir esos principios. Mi amigo Sempronio ha dicho que hay principios morales y de justicia que son universales y accesibles a la razón humana. Por el contrario, mi amigo Cayo niega que esos principios existan y afirma que los principios morales son subjetivos y relativos. Ambas posiciones me resultan poco satisfactorias.

La primera no nos dice cómo conocemos estos principios y cómo evitamos el cargo de que estamos imponiendo nuestros sentimientos sobre otros a quienes consideramos, en una forma elitista, más ignorantes o moralmente inferiores a nosotros, mientras tal vez sean sólo más débiles. La posición de Cayo me provoca serias dudas: ¿es verdad que cuando condenamos moralmente actos como los que enfrentamos aquí estamos manifestando estados emocionales o afirmando los prejuicios de nuestra sociedad? ¿Del hecho de que las sociedades y los hombres difieran en sus evaluaciones morales se puede inferir que todas ellas sean igualmente razonables y justas? ¿Es razonable pensar que no podemos juzgar a la gente de acuerdo con los principios que nosotros creemos válidos sino de acuerdo con los que ellos creen válidos, cualesquiera que estos sean? ¿Es posible hacer un juicio moral y asumir al mismo tiempo que el juicio moral opuesto es también válido?

Confieso que las dos opiniones previas me dejaron en una posición incómoda. No estoy convencido por los argumentos que se han dado hasta aquí para justificar principios de justicia, y sin embargo no puedo aceptar que estos sean subjetivos y relativos. Pero podemos dejar esta difícil cuestión a los filósofos, dado que en definitiva no es relevante para nuestra tarea. Aun si adoptamos una posición escéptica sobre la fundamentación de los juicios éticos no podemos sino formularlos y, si lo hacemos, estamos comprometidos a actuar de acuerdo con ellos. No estamos aquí para justificar nuestros principios éticos últimos. Lo que necesitamos decidir es si, como jueces, debemos aplicar aquellos principios para decidir este caso o si debemos aplicar exclusivamente normas jurídicas que autorizaron los actos cometidos por los imputados. Para Sempronio no se da esta

disyuntiva, dado que para él las normas jurídicas se identifican luego de pasar por el filtro de los principios morales. No puedo aceptar esta posición y acuerdo con Cayo en rechazarla. La ley debe ser identificada sobre la base de aspectos fácticos y empíricos. Esta es la forma en la que debemos proceder para adoptar una posición científica hacia el sistema jurídico y evitar mezclar la ley con la moralidad, lo que sólo serviría para confundir el contenido de ambas. Cuando visitamos una comunidad desconocida y queremos saber a qué obligan sus normas jurídicas, es absurdo que utilicemos nuestros juicios morales para dar una respuesta. No todos los que hablan del “derecho imperial” adhieren moralmente a su contenido, y Sempronio a veces tiene que echar mano de circunloquios complicados para hablar de ese sistema sin llamarlo “derecho”.

Me siento incómodo también con la posición de mi colega Cayo. Nos dice que las reglas de un sistema jurídico son obligatorias en el momento y en el lugar en que ellas están vigentes. ¿Pero qué quiere decir esto? Si sólo implica que las reglas prescriben cierto comportamiento, está en lo cierto, pero lo mismo se puede afirmar de las órdenes de un ladrón. Si, en cambio, lo que Cayo quiere decir es que hay una obligación diferente de observar las reglas jurídicas (una que no se aplica a las órdenes de los ladrones) la pregunta es ¿de dónde surge tal obligación? La respuesta no puede ser que ella surge de otra regla jurídica dado que esto obligaría a preguntar si estamos obligados a obedecer a esta otra y en algún punto nos quedaríamos sin norma jurídica. La única respuesta es que la obligación surge de otro conjunto de normas que es intrínsecamente obligatorio y cuya obligatoriedad no necesita estar fundada en otras normas. Pero las únicas normas que se supone que tienen estas propiedades son normas que, si existen, no existen sobre la base de alguna acción legiferante y por lo tanto no provocan la cuestión de cómo el “debe” puede derivar del “ser”. Estas son las normas de un sistema moral ideal.

Así, y a pesar de su escepticismo moral, cuando Cayo nos habla de la obligatoriedad de las normas jurídicas que él reconoce sobre las bases de hechos puros, está utilizando implícitamente un principio moral. Está siendo inconsistente con su tesis principal de que, como jueces, debemos dejar de lado nuestras convicciones morales. Más aún, el principio moral al que mi amigo

Cayo apela parece dudoso. Hay algunas razones de seguridad, paz y orden que pueden dar base a algunos deberes de observar el orden legal existente, aun cuando su contenido sea objetable. Pero es enteramente implausible asumir este principio como absoluto y no dar cuenta de que es dejado de lado cuando están en juego valores morales de mayor peso, como la promoción y conservación de derechos fundamentales. Si un juez, al momento en el cual estos hechos fueron cometidos, hubiera ignorado el sistema legal vigente en defensa de la dignidad humana, no lo hubiéramos condenado sino que lo hubiéramos alabado. ¿Podríamos proceder de otra manera respecto de esta misma corte y de nuestra propia conducta? ¡Seguramente no! Tanto el principio de eficacia del derecho internacional y el principio *nulla poena sine lege praevia* de los sistemas nacionales civilizados son principios importantes y deben ser observados escrupulosamente en circunstancias normales dado que expresan ideales morales de soberanía nacional, seguridad personal y paz social. Pero ningún valor moral es absoluto y esta corte tiene la necesidad imperiosa de afirmar el valor de la dignidad humana y el de la inviolabilidad de la persona. Por lo tanto, las leyes que permiten estos actos deben ser completamente dejadas de lado. Voto por la condena de los imputados.

¿Cuál de estas posiciones es la correcta, el iusnaturalismo o el positivismo? Ellas representan la controversia tradicional acerca de si existe o no una relación intrínseca entre derecho y moral. Yo creo que la forma en la cual este debate está estructurado es equivocada. La controversia presupone el *esencialismo conceptual*, en sí mismo una tesis metafísica que sostiene que existen conceptos verdaderos o falsos que reflejan una supuesta realidad, la que trasciende las propiedades empíricas que presentan los objetos que los diversos conceptos abarcan. De todas formas, tal tesis parece dudosa. Una cosa es sostener que el libro que está frente a mí es una realidad –con sus propiedades de tener hojas de papel escritas en tinta y atadas todas juntas de una forma especial– y otra muy diferente es decir que la noción del libro también pertenece a la realidad.

Desde el comienzo de este siglo, el *convencionalismo* ha desplazado al esencialismo conceptual como la posición filosófica dominante, y reconoce que las convenciones pueden variar de acuerdo con las necesidades humanas. Han surgido posiciones más recientes –como las de Saul Kripke y Hillary Putnam– que son en algún sentido esencialistas (Kripke,

1975: 215-271), pero tales posiciones tienen poco que ver con el esencialismo tradicional que subyace en la controversia entre los defensores del derecho natural y el positivismo jurídico. Los teóricos del derecho natural no presuponen que los conceptos están determinados por aspectos supraempíricos de la realidad sino que se sirven, en cambio, de evidencias empíricas o esquemas conceptuales. Los positivistas jurídicos creen que existen conceptos sin los que no podemos movernos. Tales posiciones no convencionalistas no son, sin embargo, aplicables a todos los conceptos sino a los más básicos o a aquellos que denotan clases naturales.

Comenzando desde una premisa convencionalista creo que existen varias nociones de derecho según las necesidades de los diversos tipos de discurso jurídico. Nociones puramente descriptivas pueden ser útiles en discursos sociológicos, históricos, y estratégicos. De hecho, sería extremadamente inconveniente, como afirma Ticio, si un sociólogo, interesado en describir determinada ley, tuviera que definir los valores que la fundamentan. Varios conceptos legales descriptivos pueden ser útiles para diferentes propósitos. Por ejemplo, uno puede referirse a las reglas aceptadas por aquellos que tienen acceso al aparato coercitivo estatal, primariamente los jueces, para justificar sus decisiones. Otro concepto puede referirse a las reglas previas más todas aquellas que se siguen lógicamente de ellas. Otro concepto descriptivo de derecho puede referirse sólo a las normas que son aceptadas por los jueces como justificación de sus decisiones.

Pero, contrariamente a lo que asume Ticio, puede haber varios conceptos normativos del derecho que requieren que el derecho sirva a la justicia y a la moralidad social. Pueden existir razones por las cuales estos conceptos evaluativos y *normativos* del derecho, como el defendido por Sempronio, son especialmente útiles en el discurso de los abogados y de los jueces. Uno de estos conceptos puede guiar los estándares que los jueces deben aplicar cuando justifican sus decisiones. Un concepto más estrecho del derecho se puede referir a los estándares que los jueces *deben* aplicar en virtud de haber sido nombrados por ciertas autoridades.⁹⁶

Si esta tesis se aceptara, y creo que debiera aceptarse, la famosa controversia entre derecho natural y positivismo jurídico se podría borrar de la agenda de la filosofía jurídica y ser reemplazada por discusiones

96 Pueden existir conceptos mixtos de derecho, como los defendidos por Ronald Dworkin, que se refieren a estándares realmente reconocidos por los jueces como a los que ellos deben reconocer. Véanse Dworkin (1977) y Nino (1980a: 519-543).

más sustantivas. Los conceptos normativos de derecho que defienden los que favorecen el derecho natural podrían ser perfectamente compatibles con los conceptos descriptivos defendidos por los positivistas, en la medida en que sean utilizados en diferentes contextos de discurso.⁹⁷

De hecho, esta controversia, como vimos en las posiciones de Sempromio y Ticio, no tiene implicaciones prácticas si quienes defienden cada posición se conducen de acuerdo con sus posiciones conceptuales. La versión ideológica del positivismo defendida por gente como Cayo tiene consecuencias prácticas, pero es raramente defendida en forma abierta por juristas. He propuesto en otro lado una teoría que se opone al positivismo ideológico. Este sostiene que todo poder se justifica a sí mismo y que las prescripciones sancionadas por quienes mantienen el monopolio de la fuerza son razones suficientes para justificar acciones. Pero, como lo mostré en otra parte, el derecho no justifica por sí solo acciones o decisiones (Nino, 1985b).⁹⁸ Las normas jurídicas no constituyen por sí mismas razones operativas que justifiquen acciones y decisiones como las de los jueces, a menos que ellas sean concebidas como derivando de juicios morales es decir, de proposiciones normativas que deben ser aceptadas autónomamente desde un punto de vista imparcial. Si el derecho se reduce a algunos hechos, como el que algunas personas que monopolizan el poder crean prescripciones, y estas prescripciones son obedecidas por la mayoría de la población, el derecho no puede justificar acciones y decisiones sin cometer la falacia naturalista.⁹⁹ Creo que el derecho sólo puede producir ese tipo de razones si está respaldado por principios mo-

97 Mi tesis sobre la pluralidad de conceptos de derecho es similar a la distinción entre punto de vista externo e interno propuesta por Hart (1961). De todas formas, mi tesis trasciende la distinción de Hart dado que esta presupone un concepto descriptivo del derecho que Hart defiende como excluyente. Si comenzamos, en cambio, por la distinción entre diferentes conceptos de derecho, los puntos de vista interno y externo adquieren formas diferentes. Mientras un concepto descriptivo de derecho genera un discurso descriptivo dentro del cual el discurso de los participantes puede ser tenido en cuenta, un concepto normativo de derecho otorga un lugar de privilegio al discurso comprometido de los participantes. Desde dentro, el discurso del observador no puede ser detectado pero sus posibles acciones pueden ser tenidas en cuenta de una forma paramétrica. De esta manera, la distinción entre los diferentes conceptos de derecho trasciende la distinción entre los diferentes puntos de vista que se asuman respecto del derecho.

98 Para una presentación más sucinta, véase Nino (1991: caps. 2-3).

99 Creo que esta no es una falacia genuina, sino el error de asociar predicados morales con ciertas propiedades fácticas que no están conceptualmente vinculadas con ellos. Véase Frankena (1939: 464-477).

rales. Para inferir una norma de una proposición descriptiva como “el legislador L. prescribió: ‘Aquellos que cometan asesinato deben ser castigados con prisión perpetua’”, son necesarias proposiciones normativas tales como “quienes cometen asesinato deben ser castigados con prisión perpetua”, así como “el legislador L. debe ser obedecido”. El razonamiento jurídico debe descansar en última instancia sobre proposiciones normativas de este tipo, que tienen un carácter moral y no jurídico. Si la proposición normativa que brinda autoridad al legislador es jurídica, ella se deriva de otro par de proposiciones, una que describe la prescripción de la autoridad y otra que afirma que la autoridad debe ser obedecida.

La fuerza de esta visión puede observarse cuando consideramos el problema de las llamadas normas de facto, que fueron centrales en el debate en la Argentina sobre si la justicia retroactiva podía ser realizada dada la existencia de la ley de amnistía. Como dije en el capítulo 2, la Corte Suprema argentina, comenzando con una decisión en 1865 reforzada en 1933 en el caso “Malmonge Nobreda”, y expandida por los casos “Ziella” y “Arlandini” de 1947, reconoció la validez de las normas sancionadas por el régimen militar. Esta doctrina fue abandonada en 1984 en decisiones como “Aramayo” y “Dufourq”, sólo para ser nuevamente adoptada en 1990 en el caso “Godoy” por una corte a la que el presidente Menem había agregado nuevos miembros.¹⁰⁰ La corte sostuvo la validez de estas leyes porque los regímenes militares estaban en posesión del aparato coactivo de la sociedad y podían asegurar la paz y el orden. En “Godoy”, la corte afirmó que la conclusión contraria resultaría en un estado de seria falta de certeza y de inseguridad, y que por lo tanto uno debe reconocer la validez de las leyes sancionadas por el régimen militar a pesar de “nuestras valoraciones afectivas o ideológicas en favor de la democracia”.

Resulta claro de este razonamiento que no es el mero hecho de que ciertas leyes sean eficaces lo que fundamenta la decisión de observarlas. Pretender pasar de tal conclusión a una decisión judicial específica es cometer, como dije, la famosa “falacia naturalista”. El salto a veces se oculta, como ha observado Genaro Carrió por un equívoco en el uso de la palabra “poder” que nos permite saltar en forma inadvertida desde el poder fáctico al poder normativo (Carrió, 1992). Pero en el caso “Godoy” la referencia a valores morales (en este caso certeza y seguridad) es evidente. Por supuesto que la certeza y la seguridad son valores

100 Véase la discusión de estos casos en Nino (1992a).

reales, pero deben competir con otros que a veces, como cuando están involucrados derechos humanos básicos, deben tomar precedencia. La Suprema Corte en "Godoy" asumió que la seguridad y la certeza son valores objetivos y que la democracia es un valor "afectivo o ideológico", pero ninguna razón fue dada para tal distinción. Como veremos en la próxima sección, la democracia puede involucrar un tipo de metavalor que puede ayudarnos a determinar otros valores, los que a su vez hacen que las leyes democráticas sean relevantes en forma única para el razonamiento práctico. Por el momento, de todas formas, es suficiente decir que los problemas del positivismo ideológico emergen cuando observamos el problema de la existencia de demasiadas leyes como un obstáculo para la justicia retroactiva.¹⁰¹

El rechazo del positivismo ideológico quita el obstáculo que presentan a la justicia retroactiva las leyes sancionadas por regímenes autoritarios que autorizaban abusos a derechos humanos, o sancionaban una amnistía, o dejaban a los actos impunes. Los jueces Sempronio y Ticio se dan cuenta de que la decisión de sostener ciertas normas para justificar decisiones más específicas debe estar basada en ciertos valores y principios morales los que, en el caso del mal radical, se contraponen fuertemente a la validez de esas normas. Esta es la razón por la que la ley de amnistía sancionada por los militares argentinos no fuera, como vimos en el capítulo 2, meramente derogada (lo que no evitaría su aplicación de acuerdo con el principio de la ley más benigna a los acusados), sino anulada.

Los debates que rodearon a los juicios de Nuremberg y Tokio, como algunos de los que sucedieron en Europa oriental y en la ex Yugoslavia,

101 El rechazo del positivismo ideológico expresado en la opinión de Cayo supone afirmar que el discurso jurídico no es una especie autónoma sino una modalidad especial del discurso moral, lo que Alexy (1989) llama la tesis *Sonderfall*. El discurso jurídico no es insular sino que es parte de un discurso justificatorio más amplio que tiende a establecer la moral (la integración de todos los discursos justificatorios en uno que en definitiva busca establecer razones que tienen los aspectos distintivos de la moral —autonomía, universalidad, generalidad, etc.— es el rasgo distintivo de la modernidad). Gran parte de las confusiones en la filosofía del derecho resultan de los intentos de aislar el discurso jurídico del más amplio discurso justificatorio moral, por ejemplo, al proponer una noción puramente descriptiva de validez jurídica. La sustitución de una noción descriptiva de validez por un concepto normativo actualmente genera un grupo de problemas entre los abogados, como los relacionados con el conflicto entre normas superiores e inferiores y las que reforman las normas superiores del sistema, problemas que no aparecen bajo el segundo concepto. Una buena porción del trabajo de la filosofía jurídica analítica consiste en resolver estos problemas que ella misma crea.

han sido influidos por residuos de positivismo ideológico. Estos residuos nos impiden darnos cuenta de que lo que realmente está en juego no es la opción entre derecho y moral sino la confrontación entre diferentes valores morales. De todas formas, liberarnos del positivismo ideológico no aclara todos los obstáculos de la búsqueda de la justicia retroactiva. Mientras que podemos evitar ciertas leyes como las de amnistía, que se ponen en el camino de la justicia retroactiva, existen razones morales que requieren que la justicia retroactiva esté basada en la presencia de otras normas o leyes que están ausentes. Este será el tema de la próxima sección.

CUANDO HAY POCAS LEYES

Cuando descartamos la validez de leyes sancionadas por los regímenes autoritarios podemos estar creando simultáneamente un vacío legal. Puede darse el caso de que no quede simplemente ninguna ley para guiar el castigo de las atrocidades. Dada la justificación del castigo desarrollada en el capítulo anterior, esta falta de ley parece un problema. Tal vez, de todas formas, la necesidad de leyes sea una ilusión. He argumentado en la sección previa que el derecho es irrelevante en el razonamiento práctico dado que este debe descansar en definitiva sobre principios y valores morales.

Esto lleva a la “paradoja de la irrelevancia del gobierno y de sus leyes” (Nino, 1989b, 1996). Si para que una norma jurídica o una ley justifique una acción o decisión debemos inevitablemente mostrar que ella deriva de principios morales asumidos como válidos, ¿por qué no buscar la justificación de tal acción y decisión directamente en esos principios morales? ¿Necesitamos un gobierno y sus leyes?¹⁰² Si el gobierno actúa en forma moralmente correcta y sanciona las leyes requeridas por los principios morales que la justifican, esas leyes entonces son superfluas. Si el gobierno actúa en forma contraria, por malicia o por error, sus leyes no deben ser tomadas en cuenta excepto por razones prudenciales. Las únicas leyes que pueden ser significativas son aquellas que resuelven problemas de coordinación entre situaciones indiferentes o equivalentes moralmente; un ejemplo es la ley que establece la dirección en la cual

102 El anarquismo filosófico (la creencia de que ningún gobierno u otra fuente de razones heterónomas está justificado) ha sido defendida por autores como Robert Paul Wolff. Sobre este razonamiento, es decir, la autonomía de las razones justificatorias, véase Wolff (1970).

debe ir el tránsito. Por lo tanto, parece ilusorio requerir la presencia de normas jurídicas para castigar en general o para realizar la justicia retroactiva en particular. Los valores morales deben ser suficientes.

He demostrado en otro lugar que la paradoja de la superfluidad del derecho puede ser superada de diversas maneras. Específicamente, la justificación epistémica de la democracia, desarrollada en el capítulo anterior, explica la existencia de algunas leyes que impide que sean completamente absorbidas por la moral. A pesar de que las normas jurídicas no justifican por sí mismas acciones y decisiones si no están apoyadas por principios morales, esas normas no son necesariamente superfluas. Cuando tienen un origen democrático, ellas proveen razones para creer que los principios morales a los que adhieren justifican la acción. Dada su inherente tendencia hacia la imparcialidad, el sistema democrático de discusión colectiva y decisión mayoritaria es más confiable que cualquier otro procedimiento para tomar decisiones colectivas y alcanzar soluciones moralmente correctas y, como resultado, las leyes que surgen de ese procedimiento tienen la presunción de validez moral. Por supuesto, esta conclusión es falible. Pero si las precondiciones que apoyan la tendencia democrática hacia la imparcialidad son satisfechas, la conclusión será más sostenible que con leyes sancionadas, por ejemplo, por un proceso autoritario. Podemos creer que una decisión mayoritaria es decididamente equivocada, pero si aquellas precondiciones son satisfechas tenemos una razón moral sustantiva para observarla a pesar de esa creencia. De otra manera estaríamos minando la efectividad del proceso democrático, que es generalmente más confiable que la reflexión individual.

El valor epistémico de la democracia es relevante para aquellas decisiones que precisan de la imparcialidad. Aquellas decisiones, en cambio, que dependen de la adopción de un ideal de excelencia personal no son favorecidas por el valor epistémico de la democracia porque estos ideales están orientados hacia uno mismo y evalúan las acciones por su impacto en la calidad de vida del actor y no sobre los intereses de otra gente. Así, la imparcialidad no es necesaria, y las leyes sancionadas democráticamente carecen de una autoridad especial. En este ámbito, el valor de la autonomía personal tiene el control, impidiendo que la colectividad interfiera con las elecciones individuales. También, en cuestiones filosóficas, científicas o puramente fácticas, la mayoría no tiene más título para acceder al conocimiento que cualquier individuo aislado.

De todas formas, cuando la legislación democrática se refiere a cuestiones de moral colectiva, como las que están involucradas en la justicia retroactiva por violaciones masivas de derechos humanos, la conciencia

colectiva es relevante para nuestro razonamiento práctico dado que provee razones epistémicas para determinar los principios de moral sustantiva sobre los que el razonamiento práctico debe basarse. La ausencia de leyes democráticas que regulan los juicios y el castigo por violaciones de derechos humanos constituye por lo tanto un obstáculo para llevarlos adelante. Esta ausencia no se sintió en la Argentina porque la anulación democrática de la ley de amnistía significó el automático restablecimiento de las leyes penales anteriores, que habían sido democráticamente sancionadas. Pero este vacío puede ser sentido claramente en los juicios de Nuremberg y de Tokio y actualmente es una cuestión a debatir en Europa oriental.

La utilización del derecho natural se expone frecuentemente como una solución para este vacío legal. Pero este tradicional recurso al derecho natural supone una epistemología moral elitista, porque implica que la reflexión individual dará como resultado un balance óptimo entre diferentes valores morales. Este elitismo epistémico fue correctamente ironizado por el ministro de la Corte Suprema de la India, Pal, quien enfatizó de qué manera recurrir al derecho natural podría llevar a diferentes conclusiones. Como vimos en el capítulo anterior, esta variedad epistémica de la moral es lo que se puede identificar en el generalmente inaceptable relativismo moral que fue defendido en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Viena de 1993.

En Nuremberg existió el intento de llenar este vacío echando mano del derecho internacional. Pero, como vimos en el capítulo 1, los juristas eran escépticos acerca del uso de este tratamiento de los delitos de guerra porque un tratado como el de la convención de La Haya no era un código penal. Telford Taylor tenía algunas dudas acerca de este recurso *ex post facto* al derecho internacional por delitos contra la paz (Taylor, 1992: 635), y Judith Shklar depreciaba la actitud de encubrir la falta de soporte legal de los juicios (Shklar, 1986: 162-165). Las convenciones internacionales son ahora mucho más específicas respecto de los delitos como la tortura y el genocidio, pero están lejos de ser leyes penales que satisfagan el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

Podemos dividir los problemas que provoca la falta de normas. Primero, existe la necesidad de que una legislación democrática resuelva, con autoridad epistémica, las cuestiones de valor involucradas en los juicios. El segundo problema es la necesidad de tener una notificación previa. El primer problema puede ser rectificado por una ley *ex post facto*: el balance de diferentes valores y derechos que sólo puede ser realizado con autoridad epistémica a través de la discusión colectiva y la decisión

mayoritaria puede ser realizada luego de la comisión de los ilícitos y antes del juicio. Desde el punto de vista de la confiabilidad epistémica, si el proceso de discusión, y en definitiva la legislación, ocurre en un momento cercano temporalmente al momento en que los juicios tienen lugar, será más confiable. La cuestión de la notificación previa es totalmente diferente. Una legislación retroactiva no satisface la condición de la noticia previa supuesta por el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Para determinar si este requerimiento puede ser satisfecho en situaciones como los juicios de Nuremberg, debemos explorar la justificación de la necesidad de la notificación previa.

Como argumenté previamente, el castigo debe basarse en el consentimiento, y de esta manera evitar la crítica de que los que son castigados son usados como medios para el beneficio de otros. El consentimiento no requiere que los individuos deseen el castigo en cuestión ni que aprueben la legislación penal en cuestión. El consentimiento meramente implica que el individuo ha realizado una acción voluntaria con el conocimiento de que la consecuencia normativa necesaria de esa acción es el castigo. Mientras que no es suficiente prever como probables las consecuencias normativas, el consentimiento existe cuando uno sabe que hay una norma que hace surgir una obligación o responsabilidad. No es necesario que uno sepa que la aplicación de la sanción consecuencia de estas normas es una consecuencia fáctica necesaria del acto. Cuando uno describe el consentimiento de esta manera, parece que el consentimiento sólo puede ser dado cuando hay a) una regla que establece la penalidad del acto, y b) el imputado sabe que esa regla existe. El error de derecho es por lo tanto una excusa válida. El consentimiento es la mejor manera, en mi opinión, de proveer una base firme para el principio de legalidad que requiere que exista una ley escrita anterior que además sea precisa.

La cuestión que surge usualmente es si el requerimiento de la existencia de una ley previa puede ser modificado sin anular el consentimiento necesario que fundamenta el castigo. Una propuesta, aplicable en casos como Nuremberg, es basarse en normas morales y no en normas jurídicas. Si estamos trabajando con justificaciones morales del castigo, es el consentimiento de asumir una consecuencia normativa moral el que debe ser relevante. Cuando hay una ley que autoriza el castigo, y se dan las otras condiciones, el consentimiento de sobrellevar las consecuencias normativas jurídicas supone una consecuencia normativa moral. ¿Pero por qué no podría ese consentimiento a aceptar una consecuencia normativa moral implicar la aceptación de la propia consecuencia norma-

tiva moral? Esta pregunta puede parecer circular, pero no lo es. Uno puede consentir que si uno consiente, y el castigo es socialmente útil, uno puede perder la inmunidad moral contra el castigo de la que los individuos gozan normalmente.

¿Esta norma moral que legitima el castigo pertenece a la moral positiva o a la moral crítica? La moral positiva requiere la existencia de una práctica social que en efecto legitime el castigo para los actos particulares en cuestión. Esto supone una consistencia entre actitudes y acciones que puede ser explicada sólo a base de un acuerdo colectivo de suscribir a una norma suficientemente precisa que autorice a cierta clase de sanciones para cierto tipo de actos. Si el agente actúa con conocimiento de que existe esta práctica de moralidad social, consiente a asumir la consecuencia normativa moral que se sigue de ella. Si esto es suficiente para justificar el castigo, es un punto controvertido. Las normas positivas no son el resultado de sanciones democráticas y, en cambio, pueden ser el resultado de tradiciones ancestrales y prejuicios y no del proceso de deliberación y decisión colectiva que posee autoridad epistémica. Pero una sanción democrática puede ser *ex post facto* mientras converja con una práctica moral que precede al acto. La ley *ex post facto*, por lo tanto, puede ser la base del consentimiento del agente. La sanción democrática legitima retroactivamente la práctica moral, mostrando que afirma el balance correcto de derechos y valores. Es cierto que la práctica moral puede no satisfacer el requerimiento de que el castigo sea socialmente útil, pero esto no es un obstáculo mientras el castigo sea de hecho un medio prudencial de protección social. No importa por qué la gente justifica el castigo supuesto por la práctica moral mientras tenga la capacidad objetiva de impedir más daño que el que causa.

A pesar de que hay muchas razones para recomendar esta alternativa, se presentan algunos problemas. Primero, uno puede cuestionar una noción de moralidad social que apoya ciertas penalidades sin la existencia de una práctica real que imponga esas penalidades. Por supuesto, no existiría tal práctica cuando los hechos tienen lugar porque los autores controlan el poder. Esto significa que la práctica debería consistir en actitudes más que en acciones. Pero esto es vago, y no nos permite reconocer una clara moralidad positiva que justificaría el castigo a base de que los agentes consintieron su responsabilidad. Aun cuando se trata con delitos que no han sido apoyados desde el Estado, el castigo en ausencia de normas jurídicas equivaldría a la venganza privada, y sería cuestionable basar el castigo en esas emociones individuales, aun cuando sean retroactivamente apoyadas por una sanción

democrática. La venganza privada sería condenada por otros, socavando la misma noción de una moralidad positiva clara. Segundo, en muchas situaciones las normas morales positivas que favorecen el castigo no existen. En la Alemania nazi, por ejemplo, la ideología nazi legitimó muchas atrocidades y de ninguna manera respaldó su castigo. Por supuesto esto no significa que existía un apoyo unánime a la ideología nazi; muchos alemanes se oponían a ella pasivamente o ignoraban los hechos. Pero no existía esta convergencia de acciones y actitudes que condenaban los actos o que legitimaban el castigo, una precondition del consentimiento necesario para apoyar el castigo.

Otra alternativa es confiar en las normas de una moral ideal o crítica, cuya existencia no está dada por prácticas sociales sino por su validez intrínseca fundada en la razón. El agente consentiría el castigo cuando asumimos que una teoría del derecho como la que yo he defendido aquí es válida, y que él actúa conociendo esa validez. Esto implica que el agente conoce que ciertas condiciones (la prevención de daños mayores y el consentimiento) que dan validez al castigo se siguen de sus acciones. Obviamente esto supone un cierto elitismo moral, tal vez el peor imaginable: ¡uno debería asumir que mi teoría del castigo es válida! Pero dejando eso de lado, la distinción entre coincidencia y convergencia parece sustentar esta solución al problema de la notificación previa. Debe haber una sanción democrática que coincida con la norma moral ideal, pero esto no significa que la sanción democrática debe preceder al acto o que el agente reconoce la norma de la moral ideal debido a la sanción democrática. El agente debe saber cuando él actúa que su acto permite moralmente a la sociedad imponer sobre él un castigo de determinado tipo, por ejemplo, para prevenir un daño mayor, y la subsiguiente sanción democrática debe confirmar ese juicio.

De cualquier manera, esta alternativa nos enfrenta a varios problemas. Uno es que el castigo está justificado sólo cuando el actor es consciente de la inmoralidad de su acto y de la moralidad del castigo, pero no cuando él es moralmente insensible o cuando no está de acuerdo con la justificación moral del castigo, quizá porque él no cree que el castigo deba ser preventivo. Otro problema es que esta alternativa legitima el castigo sólo de los miembros de la mayoría que luego estarán de acuerdo con el castigo y no de los miembros de la minoría que votan de forma diversa. Por supuesto el voto de la minoría pudo haber sido emitido para protegerse del castigo y, sin embargo, acordar de hecho con la misma posición de la mayoría. Pero esto sólo muestra que los hechos necesarios para hacer que esta alternativa sea viable son realmente complicados de concebir.

En definitiva, entonces, excepto en los raros casos en que existen normas del derecho internacional o una norma moral positiva clara bajo la que el agente consiente, no hay forma de eludir la existencia de una norma jurídica positiva previa al acto. Esta norma no necesita necesariamente ser el resultado de procesos democráticos, en la medida en que sea luego confirmada democráticamente. Sólo cuando el agente actúa sabiendo que existe una ley que hace a su acto un delito castigado de cierta forma, uno puede decir plausiblemente que consintió el castigo, lo que a su vez justifica la imposición de este cuando constituye un medio prudencial para proteger a la sociedad.

A primera vista, esta conclusión parece condenar definitivamente los juicios y los castigos impuestos en Nuremberg y en todo otro lugar en el cual los abusos a los derechos humanos no eran delitos en el momento de su comisión. Pero no es así. Tan pronto como la validez de las leyes autoriza estos actos, como las leyes de Nuremberg del régimen nazi, son dejadas de lado porque no son el producto de un proceso democrático, las atrocidades son claramente delitos de acuerdo con la generación anterior de leyes válidas. En este punto, el problema de que existen demasiado pocas leyes colapsa con el problema anterior de la existencia de demasiadas leyes y supone la misma solución: dejar de lado las leyes no democráticas que ordenaban los abusos de derechos humanos y volver a las leyes anteriores que los declaraban punibles. Varias de estas leyes eran perfectamente democráticas, como las de la República de Weimar. Otras no, pero, utilizando otra vez la distinción entre convergencia y coincidencia, podrían haber sido apoyadas por sanciones legislativas democráticas *ex post facto*. Uno puede argumentar que los agentes no conocían que habían leyes que hacían estos actos punibles cuando ellos los cometieron. Ellos deberían ser acusados de asumir las consecuencias del elitismo moral epistémico: la creencia equivocada y arrogante de que el individuo y la reflexión aislada de algunos, que llevan a normas dictatoriales, es más confiable que las que son sancionadas democráticamente.

En definitiva, cuando se juzgan crímenes como los cometidos por los nazis, hay una clara solución al problema de la legalidad. Estos hechos debieron haber sido juzgados de acuerdo con las claras reglas del Código Penal sancionado en 1871 (en el caso de Alemania) que estaba en vigencia antes de haber sido modificado por el régimen totalitario que legitimó las violaciones de derechos humanos. Los actos deben ser juzgados, en la medida de lo posible, por jueces bajo las leyes sustantivas y procedimentales que hubieran tenido lugar en el momento de los hechos si no hubieran existido las sanciones totalitarias que apoyaban los abusos.

Esta forma de entender el problema fue seguida en su mayor parte en Grecia y la Argentina, y podría aplicarse en los países que estuvieron bajo la órbita comunista, los que contaban con leyes penales perfectamente apropiadas, a veces sancionadas por regímenes democráticos anteriores, que declaraban los abusos punibles si no hubiera sido por las leyes permisivas que deben ser tenidas como nulas *ex nihilo* debido a su origen no democrático, lo que permite el examen de su indignante contenido. El caso más difícil es Uruguay, porque en este caso existía una sanción democrática que otorgaba la amnistía para las violaciones de derechos humanos. Cuando el proceso democrático resulta en un balance de derechos e intereses que señala en la dirección del perdón, se presume, a pesar de que siempre el disenso es posible, que este curso de acción es el correcto. Esto se sigue de la justificación del castigo que no se basa en la retribución sino en la protección prudencial de la sociedad y del rechazo de un elitismo epistémico respecto de las precondiciones del castigo.

LAS DEFENSAS

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE JUSTIFICACIONES Y EXCUSAS

En la mayoría de los juicios por derechos humanos, los imputados presentan defensas jurídicas: la falta de autoría, el estado de necesidad, la legítima defensa, la existencia de un estado de guerra, la obediencia debida a órdenes, el sistema de prescripción de las acciones, y la injusta selectividad de la acusación. Es importante analizar la justificación de estas defensas y su extensión para determinar su aplicabilidad a este tipo de delitos.¹⁰³

En los procesos penales ordinarios, las defensas jurídicas se clasifican como justificaciones y excusas. Las justificaciones de un acto criminal están asociadas con el castigo como un medio prudencial de protección social. Las excusas están asociadas al consentimiento. Cuando un agente que realiza una conducta criminal ilegal no consiente en asumir la responsabilidad del castigo, puede ser excusado por su conducta. Puede no estar en condiciones mentales de consentir, por su inmadurez o su falta de salud mental. De la misma forma puede estar actuando bajo violencia

103 Véase este punto con más detalle en Nino (1980c: 470-475).

irresistible o la creencia errónea acerca de las circunstancias fácticas de su acto. O puede no saber que la ley impone un castigo por ese acto.

Hay quienes argumentan que el consentimiento se excluye cuando la conducta está determinada causalmente, una conclusión un tanto excesiva dado que toda conducta está causalmente determinada. De acuerdo con mi posición, tal conducta es excusable cuando ha sido afectada por factores causales que tuvieron un impacto desigual sobre el agente comparado con el resto del grupo social relevante (véase Nino, 1991: cap. 7). Si todos sus miembros fueran menores o insanos, o estuvieran bajo el efecto de la violencia, o del mismo error, sería irracional excusar su conducta criminal. La idea de la libertad que está detrás de la validez del consentimiento está íntimamente ligada a la de la igualdad. En otras palabras, el principio de dignidad de la persona debe ser interpretado de acuerdo con el principio de inviolabilidad de la persona.

¿Cuáles son las circunstancias jurídicas y fácticas que un agente debe tener en cuenta para consentir el castigo? La primera respuesta que viene a la mente es “todas aquellas circunstancias que sirven como condición del castigo”. Si el agente está errado acerca de cualquier condición, no entiende que la responsabilidad penal sea una consecuencia necesaria de su acto voluntario, y por lo tanto no consiente el castigo. Pero inmediatamente nos damos cuenta de que esta respuesta sin algún tipo de calificación es inadecuada. El agente puede creer erróneamente que no será llevado a prisión porque todas las prisiones de la ciudad han sido destruidas por un terremoto, y este error acerca de la condición de su responsabilidad para ser castigado no parece socavar su consentimiento. El consentimiento requiere el conocimiento de las condiciones normativas porque la responsabilidad debe ser una consecuencia normativa del acto.

Existen algunas condiciones normativas del castigo que parecen irrelevantes para el consentimiento. Supongamos que la ley exceptúa a los diplomáticos del castigo para facilitar relaciones internacionales cordiales. Imaginemos que alguien erróneamente cree que es un diplomático cuando comete un delito. ¿Debemos exceptuarlo del castigo? La justificación para la inmunidad no está presente en este caso porque las relaciones internacionales no serán dañadas por el castigo. ¿Puede esa persona legítimamente demandar que el castigo es injusto cuando él ha creído que era inmune y que por lo tanto no asumió voluntariamente la responsabilidad del castigo? ¿Es este caso similar al de alguien que cree matar a un oso cuando está matando a un hombre o al de aquel que mantiene relaciones con un menor de 15 años e intencionalmente ignora la pro-

hibición legal de mantener relaciones sexuales con menores? Existe una diferencia fundamental entre el primer caso y los otros. Quien mata a un hombre creyendo que era un oso o quien mantiene relaciones sexuales con un menor de 15 años ignorando que estaba legalmente prohibido no consiente en hacer lo que la ley trata de prevenir; en cambio quien equivocadamente cree estar cubierto por inmunidad diplomática consiente en hacer lo que la ley quiere prevenir. En el último caso, el agente sabe que está actuando en contra de la ley dado que está realizando algo que la ley desvaloriza, a pesar de que cree que por suerte ha sido eximido del castigo por razones independientes del acto mismo.

La distinción tal vez no sea del todo persuasiva, dado que el castigo requiere que el agente lo consienta, no meramente que consienta en realizar un acto ilícito. Lo que se precisa es una norma que haga al agente legalmente acreedor de castigo cuando comete un acto ilícito. La persona que consiente en cometer un acto ilícito consiente en asumir responsabilidad ante el castigo. Consiente en cometer un acto que la ley ha intentado prevenir amenazando su comisión con el castigo. Una vez que la punibilidad se hace depender de la ilicitud del acto, la persona que consiente en realizar un acto ilícito consiente en asumir la posibilidad de ser castigado.

Las razones normativas pueden evitar el castigo, pero estas razones son excluidas de la consideración al formular las leyes penales. El caso paradigmático es la inmunidad diplomática. Son reglas internas de gobierno, que toman en cuenta la conveniencia de imponer ciertos castigos. No son reglas secretas, pero los ciudadanos no deben tenerlas en cuenta al actuar. El caso de inmunidades puede ser extendido a muchas otras condiciones normativas del castigo. Por ejemplo, el Código Penal alemán autoriza al fiscal a dejar de lado el caso si supone algún peligro para la seguridad del Estado. Esto, de todos modos, no es relevante respecto de la ilegalidad del acto y no debe ser tenido en cuenta por el agente. Un ejemplo argentino es el del hurto en el que, cuando la víctima es pariente del autor, el castigo se modifica.

Otro problema surge cuando el agente está errado acerca de las circunstancias fácticas que lo hubieran excusado (por ejemplo, cree erróneamente que es un cleptomaniaco, o que se encuentra bajo violencia). La solución resulta clara. Las excusas, a diferencia de las justificaciones, no afectan la ilegalidad del acto dado que no tienen impacto en lo que la ley buscaba prevenir. Por lo tanto, la persona que cree erróneamente que su conducta es excusable sabe que está cometiendo un acto ilícito.

LA FALTA DE LA AUTORÍA

Normalmente en los juicios por violaciones de derechos humanos, se alega con frecuencia que los imputados no mataron o no torturaron. Esta defensa, de ser exitosa, limitaría la legitimidad del castigo dado que la atribución de la acción descripta en la ley penal es un requisito para considerarla ilícita o para afirmar que el agente ha consentido en su responsabilidad penal necesaria para la imposición del castigo.

En los juicios por violaciones de derechos humanos existen formas específicas para negar la autoría de los hechos. Una de ellas es la noción de “manos múltiples”. Dado que mucha gente participó de la acción criminal, tendemos a caracterizar a cada una de ellas como menos responsable. Robert Nozick describe esta posición de la siguiente manera: la responsabilidad está contenida en algo parecido a un balde, y a medida que más gente comparta lo que hay en el balde, menos de ese contenido es atribuible a cada persona (véase Nozick, 1974: 130). Nozick rechaza esta posición y afirma que el hecho de que varios agentes sean responsables por un hecho no debe necesariamente disminuir la responsabilidad que cada uno debe asumir. Esto es correcto pero también es cierto que en algunos casos la intervención de mucha gente puede implicar una atenuación de responsabilidades.

Como afirma Mark Osiel, resulta extraño que algunos filósofos acuerden con Nozick mientras otros piensen que la multiplicidad debería llevar a una disminución de la responsabilidad. Podemos explicar esta divergencia de visiones si, en lugar de analizar la responsabilidad por malas acciones, analizáramos los premios otorgados por buenas acciones. Si hacemos algo que salva la vida de una persona, mi crédito no se ve disminuido si alguien más hizo algo que también es suficiente para salvar esa vida. Por otra parte, si sólo hice una parte de lo que resulta necesario para salvar esa vida, y la intervención de otros era necesaria para salvar la vida de ese otro en forma completa, entonces tengo menos crédito del que hubiera tenido si mis esfuerzos hubieran sido suficientes. Si envío \$20 a un fondo que permitirá que alguien se realice una operación vital, no recibo lo mismo que si hubiera pagado el costo total de la operación. Se debe sin embargo acreditar a mi haber mi decisión de participar en una acción colectiva que, dada la contribución de otras muchas, tuvo éxito en alcanzar su meta altruista.

Lo mismo sucede con la contribución a la realización de malas acciones. La participación de varios no disminuye por sí misma la culpa moral si cualquiera de ellos separadamente hubiera producido el resultado final. La responsabilidad se atenúa si cada participante sólo contribuyó

parcialmente al resultado final, lo que no hubiera ocurrido si no hubiera sido por la contribución de los otros. La responsabilidad puede aumentar si uno ha elegido unirse a una empresa especialmente peligrosa dado el número de los participantes. En definitiva, los números por sí mismos alteran la responsabilidad. Estas conclusiones pueden alcanzarse a través de nuestra teoría del castigo. En términos de prevención, no importa si los otros contribuyeron al resultado final si el castigo previene actos que por sí mismos producen resultados dañosos. Además, hay menos necesidad de prevenir actos que meramente contribuyen a resultados dañosos. La necesidad preventiva, en cambio, aumenta cuando la contribución de uno a una forma extremadamente dañosa de actuar se magnifica dado el número de la gente que participa en tales actos.

Como vimos en el capítulo 3, la difusión de la responsabilidad entre varias personas es uno de los factores que impacta en la posibilidad de realización de los juicios por violaciones de derechos humanos. Pero no creo que esta dificultad provenga de la posible atenuación de la responsabilidad cuando interviene mucha gente, sino, en cambio, de la identificación de varios sectores de la población con los autores. Más aún, cuando existen muchos autores, surge un sentimiento inevitable de injusticia por la necesaria selección de algunas pocas personas que serán perseguidas.

Existe aun otro problema de autoría que es algo tangencial a la cuestión de las “manos múltiples”: ¿cómo es posible que aquellos que no mataron o torturaron a nadie con sus propias manos sean responsables de homicidio? ¿Es posible que Videla, Eichmann o Goering estuvieran matando o torturando gente mientras estaban sentados en sus cómodas oficinas rodeados de teléfonos y pizarrones? ¿También torturaban o mataban a sus víctimas aquellos que realmente dispararon o conectaron la corriente eléctrica o abrían la llave de paso de las cámaras de gas?

Este problema fue tratado en la decisión que condenó a algunos de los miembros de la Junta argentina. La decisión hizo a cada uno de los comandantes responsable por los hechos de sus subordinados sin limitar o socavar la responsabilidad de los últimos. La Cámara Federal de Buenos Aires sostuvo que “la teoría del control de los actos”, desarrollada por el jurista alemán Hans Welzel, debería determinar quién perpetró el crimen. Esta teoría sostiene que el autor es la persona que controla el curso de los eventos que llevan a la realización del acto; es el amo del delito. Esta teoría, de acuerdo con la Cámara, puede ser extendida hasta los autores indirectos. Existen delitos por los cuales el que maneja el curso de los eventos no es el mismo que el que lleva adelante el acto descrito en la norma penal. Este concepto de autor

indirecto normalmente se aplica cuando la persona que controla el curso de la acción utiliza a otra persona como un mero instrumento. La Cámara lo extendió a los casos en los que el autor inmediato es responsable por el planeamiento y la comisión del delito, y otro, el autor indirecto, está usando el aparato de poder, del cual el agente inmediato es meramente una pieza, como su instrumento. En estos casos el autor indirecto, a veces llamado "criminal de escritorio", preserva el control total de la comisión del delito, a pesar de la responsabilidad que le cabe al autor inmediato, dado que el primero está utilizando una maquinaria anónima para cometer el delito y no le importa la identidad de sus miembros; si alguno se niega a operar, es remplazado inmediatamente por otro. En estos casos el autor inmediato no necesita ser hallado culpable, sino que debe ser completamente intercambiable por otros por quienes ejercen control total del aparato de poder. De acuerdo con la Cámara, cada uno de los miembros de la Junta tenía control total sobre hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, etc., que eran necesarios para llevar adelante las desapariciones.

La mayoría de la Corte Suprema manifestó su disenso respecto de esta visión de la autoría, y prefirió en cambio condenar a los comandantes como instigadores de los subordinados que cometieron los crímenes. Si los comandantes argentinos, por ejemplo, deben ser castigados como autores, cómplices, o instigadores, carecía de consecuencias relevantes, dado que el castigo es el mismo; el Código Penal argentino iguala a instigadores, cómplices y autores. Sin embargo es dudoso si esto es moralmente correcto y debiera ser mantenido. Los instigadores y los cómplices son accesorios al principal y su culpabilidad requiere prueba individualizada de las acciones del principal, algo que no fue realizado en el juicio argentino.

Hasta cierto punto, el problema de la autoría surge de las palabras de las leyes penales. La descripción legal de las acciones que constituyen los delitos puede no aplicarse. ¿Goering mataba gente mientras estaba sentado ante su escritorio sorbiendo su café si una persona estaba muriendo por una acción que había sido iniciada por él? ¿Es tal vez demasiado aventurado suponer que estaría violando a una mujer al mismo tiempo que estaba leyendo una novela? Este problema se evitaría si las leyes, en lugar de utilizar un lenguaje tal como "la persona que viola a otra" dijera "la persona que contribuye al evento de que una persona sea violada". Esta forma de expresarse podría también permitirnos ajustar la cantidad de castigo a la contribución al delito sin tener que hacer entrar a la contribución de cada actor dentro de una categoría rígida. (A veces

quien comete la acción descripta por la ley contribuye menos al delito que quien es considerado cómplice.)

El problema de la autoría podría tener una fuente normativa más profunda sugerida por la intuición de que cuando una persona comete la acción x no debe ser responsable cuando la acción y interviene en la cadena causal entre el acto x y el resultado r . En ese caso, r no puede ser causalmente adscripta a x sino sólo a y (Hart y Honoré, 1985: 217). Mi impresión es que el principio de autoría indirecta es una derivación del principio de dignidad de la persona explicado en el capítulo anterior. Este principio implica que la acción voluntaria no debe ser tratada como un mero accidente o como un evento natural, y que es imposible saltar sobre actos voluntarios para adscribir responsabilidad a los agentes indirectos. En cambio, los agentes directos deben asumir la responsabilidad por los eventos causados por ellos.

De todas formas, creo que el principio de dignidad de la persona no puede ser aplicado a casos en los que el daño se produce por una acción colectiva. Un productor de una obra de teatro no contribuye meramente a su exhibición antes que los actores salgan a escena, sino que también contribuye a su actuación o a su éxito al actuar en la obra. Lo mismo ocurre con los comandantes en la Argentina. Como la Cámara de Apelaciones afirmó correctamente, los comandantes proveyeron a los oficiales que hicieron desaparecer gente o que torturaron una serie de directivas que afectaban a sus acciones antes, durante y después de los hechos. Por lo tanto creo que la Cámara de Apelaciones estaba equivocada cuando utilizó la extremadamente vaga teoría alemana del control del acto, y doblemente equivocada cuando utilizó el concepto de autoría indirecta. Los comandantes no eran autores indirectos ni eran instigadores, como dijo la Corte Suprema luego. Eran meros autores, junto con la gente que físicamente secuestró a las personas o las mató o las violó. No hay una interrupción en la cadena causal por un acto voluntario ulterior. La teoría de la coautoría hubiera sido suficiente.

También se puede adscribir responsabilidad por abusos a los derechos humanos cuando esos abusos fueron cometidos por omisiones. Existen dos tipos de omisiones penales: en el caso de la "simple omisión", A omitió hacer x : (i) cuando A es capaz de hacer x ; (ii) cuando A tiene el deber de hacer x o se espera que haga x ; y (iii) cuando la descripción de la acción omitida x requiere la realización de movimientos corporales específicos o movimientos corporales que causan un resultado específico, y (iv) A no realizó esos movimientos corporales. El segundo tipo de omisión es llamado "omisión impropia" o "comisión por omisión" y requiere las

siguientes condiciones: (i) que el resultado x , cuya ocurrencia es relevante para la aplicación de la descripción de la acción x , haya sucedido; (ii) que el agente omitió la acción y ; y (iii) que la realización de y hubiera prevenido la ocurrencia del resultado x .¹⁰⁴

El primer tipo de omisión raramente lleva a abusos de derechos humanos sino a delitos menores como negarle ayuda a una persona herida. El segundo tipo de omisión, en cambio, ha sido generalmente la causa de delitos serios, como los imputados al general Yamashita de Japón respecto de la conducta de sus tropas en las Filipinas o al capitán Medina en la masacre de My Lay. Para utilizar esa teoría en la persecución de autores de alto nivel, debe existir un deber de actuar positivamente para prevenir el resultado, que en la mayor parte de los casos se basa en su rol y posición de comando. Creo, de todos modos, que la relevancia de estas omisiones disminuye una vez que uno caracteriza la responsabilidad en términos de originar y mantener una acción colectiva, que está compuesta por omisiones así como por acciones positivas.

EL ESTADO DE NECESIDAD

Los imputados en los juicios por violaciones de derechos humanos alegan en general la defensa del estado de necesidad. Esta defensa puede ser tomada tanto como una justificación o como una excusa, lo que depende de que el tribunal sostenga que la acción fue correcta dado que evitó un mal mayor o que es excusable porque a pesar de que la acción generó un mal mayor al que evitó, la amenaza de ese mal ejerció una presión insuperable sobre el imputado. Sólo me referiré en esta sección al estado de necesidad como justificación. El estado de necesidad como excusa es un estado de violencia tal que no ocurre usualmente en este tipo de situaciones.

En la Argentina, los miembros de las Juntas que fueron imputados alegaron la defensa del estado de necesidad: ellos debían salvar al país de la izquierda o del terrorismo subversivo. Por cierto, como vimos en el capítulo 2, las acciones de los terroristas subversivos eran extremadamente serias y no podían ser cubiertas por la defensa del estado de necesidad dado que sus consecuencias previsibles eran mucho peores que los males que los subversivos intentaban superar: la represión y la injusticia social. Aquellas acciones subversivas fueron el producto de un elitismo episté-

104 Véanse estas caracterizaciones en Nino (1987: 96).

mico respecto de hechos y de la moral, dado que no estaban basadas en la deliberación con la gente que los terroristas alegaban proteger. Si la deliberación hubiera sido llevada a cabo, se hubiera concluido que esas acciones terroristas sólo podían causar más represión e injusticia social. Así, es claro que los terroristas subversivos estaban provocando un daño social significativo y que existía un caso *prima facie* para el estado de necesidad de las acciones emprendidas para contenerlos.

Pero la Cámara de Apelaciones rechazó la defensa del estado de necesidad. Afirmó que si las acciones de los militares estaban destinadas a prevenir asesinatos y secuestros de los terroristas, las acciones de los militares no estaban causando males menores, sino males por lo menos del mismo grado.¹⁰⁵ En su decisión la Cámara afirmó, además, que si el mal a ser prevenido no era la comisión de esos delitos sino tal vez la creación de un régimen totalitario, la defensa del estado de necesidad no se aplicaría dado que ese mal en particular (un régimen totalitario de izquierda) no era inminente, como se requiere cuando se justifica un delito. De acuerdo con la Cámara, los terroristas subversivos nunca estuvieron cerca de lograr el poder, ni siquiera habían ocupado alguna porción del territorio nacional. Dada la falta de inminencia de esta amenaza terrorista, los militares podrían haber usado medios menos ofensivos para prevenirlo, como la sanción de una legislación penal más severa.

Creo que la Cámara no realizó un tratamiento correcto del estado de necesidad, y que esta decisión es bastante instructiva para juicios similares frente a las violaciones masivas de derechos humanos. La defensa del estado de necesidad requiere las siguientes condiciones: (i) balance: que el mal prevenido sea mayor que el mal causado; (ii) eficacia: que las acciones que se tomen efectivamente prevengan el mal esperado; (iii) economía: que no existan otros medios menos dañosos para prevenir el mal esperado de forma al menos igualmente eficaz. La Cámara de Apelaciones de Buenos Aires concluyó que no existió ni balance ni economía. Probablemente, para algunos agentes, el balance fue logrado porque ellos creyeron que el bien del ser nacional era supremo y porque rechazaban incluir como factor los daños causados a los terroristas o a la gente sospechosa de ser disidente porque los veían como entidades sin estatus humano.

105 Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, sentencia en el caso n° 13 (9 de diciembre de 1985), cit. en Garro y Dahl (1987: 368, 373).

¿Pero debe ser admitido el estado de necesidad como una justificación? El estado de necesidad parece derivar directamente de una forma de pensar utilitaria que suma beneficios y daños que resultan de una determinada acción. Autores como Michael Walzer creen que los líderes políticos no tienen elección sino que deben pensar en términos utilitarios y admitir el estado de necesidad en casos extremos, a pesar de que al hacerlo ensucian sus manos y cargan con el costo de la culpa y de la responsabilidad (Walzer, 1977: 323). Thomas Nagel, por otro lado, cree que este tema revela un choque entre el pensamiento moral absolutista y el utilitario, en el que ambos comparten cierto atractivo moral (Nagel, 1979: 53-75). De acuerdo con Nagel, las limitaciones absolutistas sobre lo que se le puede hacer a una persona para alcanzar metas valiosas están relacionadas con lo que estamos dispuestos a justificar frente a ella. Mientras resulta concebible decirle a una persona que estamos abandonando: "Usted entiende, debo dejarla para salvar a otros", no podemos decirle a una persona que estamos torturando, "Usted entiende, debo arrancarle las uñas porque es absolutamente esencial que tengamos los nombres de sus compañeros". El test de Nagel parece depender de un hecho bastante irrelevante: que no podemos simultáneamente apelar al entendimiento de alguien y a la vez tratar de forzar a esa persona a cooperar a través de la tortura. No tiene en cuenta la posibilidad de justificaciones retroactivas de la tortura, que fueron bastante comunes en la Argentina. De todas formas, Nagel afirma al pasar algo bastante significativo: que la visión absolutista concibe a uno como un pequeño ser que interactúa con otros en un gran mundo (Nagel, 1979: 68), lo que puede resultar revelador acerca de los límites del estado de necesidad.

Tener derechos implica que la autonomía no se debe limitar cada vez que la autonomía de otros está en juego, aun cuando esos otros sean numerosos. Pero los derechos de una persona no pueden ser violados sólo por acción, sino también por omisión. Por lo tanto, la admisión de derechos fuertes que tienen como correlato deberes, tanto positivos como negativos, parece devolvernos a la forma utilitaria de pensar. Dado que estamos infringiendo el principio de inviolabilidad de la persona tanto por acción como por omisión, debemos aplicar directamente el principio de autonomía de la persona, que tiene un carácter agregativo. Pero el principio de inviolabilidad de la persona tiene aún alguna capacidad para guiar la acción en estos casos. Si los derechos que están en conflicto protegen bienes de diferente importancia para la autonomía, estamos obligados a preservar el bien de mayor importancia, sin tener en cuenta el número de personas que gozan de un bien o de otro. Cuando sacrifica-

mos un bien de menor importancia para lograr un mayor impacto sobre la autonomía, estamos infringiendo en menor medida el principio de inviolabilidad. De todas formas, existen situaciones en las que los bienes que están en juego tienen la misma significación para la autonomía de varias personas. En este caso es verdad que debemos prestar atención ya no al principio de inviolabilidad de las personas, sino al principio agregativo de la autonomía.

Sin embargo, el principio de dignidad de la persona puede venir en nuestra ayuda, impidiéndonos admitir la justificación del estado de necesidad bajo una visión totalmente utilitaria. El principio de dignidad de la persona implica que no estamos causando daño, por acción u omisión, cuando las acciones voluntarias de otro intervienen en forma más próxima que nuestra acción u omisión. El principio de dignidad de la persona apoya la idea de que la cadena causal es interrumpida cuando una acción voluntaria de otra persona interviene entre nuestra acción u omisión y el daño. Se deriva de la idea de que las decisiones y las acciones voluntarias no deben ser tomadas como un fenómeno natural aun cuando estén causalmente determinadas. Esto está vinculado con la visión absolutista de Nagel, que asume que somos pequeñas personas que interactúan con otros en un gran mundo. No debemos absorber los resultados causales de las acciones de otras personas como si fueran el resultado de nuestras propias acciones sólo porque hemos contribuido a ese resultado (excepto cuando somos coautores en la forma explicada en la sección anterior). Esto significa que un agente, aun un funcionario del gobierno, no puede alegar estado de necesidad basado en la necesidad de evitar los daños causados por las acciones voluntarias de otra gente. No hay necesidad de que el funcionario realice acción alguna, dado que el daño amenazado por otros será responsabilidad de ellos.

Cuando, en el famoso ejemplo de Bernard Williams (1973: 98-99, 108-110), el sargento ofrece al explorador extranjero matar a un indio para salvar la vida de muchos otros, el explorador puede rehusar la oferta sobre la base de que él no estaría matando a los otros indios, aun por omisión, sino que sería el sargento el que estaría asesinando. Si un grupo terrorista amenaza con matar a una persona secuestrada si el gobierno no causa un daño menor a alguna otra persona, el gobierno podría rehusarse basado en que el asesinato sería realizado por los terroristas y no por el gobierno. Obsérvese que esta visión no está basada en la distinción entre acciones y omisiones ni en una misteriosa idea de autoría. La persona en estos casos no es autor porque ella no causa el resultado. Y no causa el resultado porque el principio de dignidad de la persona

nos impide descontar acciones voluntarias que causan resultados, adscribiéndolos a las acciones voluntarias previas. Esto no significa que uno no tenga ningún deber para tratar de prevenir que otros causen daño, pero este deber es de un peso menor que el deber de no causar un daño uno mismo tanto por acción u omisión.

Traduciendo esta discusión a la Argentina, es dudoso que los comandantes pudieran haber apelado al estado de necesidad aun si los males que podrían haber sido evitados eran inminentes y mayores que el mal causado. Esos males no habrían sido causados por ellos sino por terceros, los terroristas subversivos, y por lo tanto, los comandantes hubieran tenido un deber menor de prevenir esos daños. Los males causados por las acciones subversivas debieron haber sido mucho mayores y mucho más numerosos que los causados por la represión en sí misma para que la justificación del estado de necesidad hubiera sido esgrimida con éxito en este caso. En otras palabras, dado que los males a prevenir no habrían sido causados por el autor mismo sino por otros, debemos descontar el peso de esos males en el balance que presupone la aplicación de la justificación del estado de necesidad.

LA LEGÍTIMA DEFENSA

Cuando los que causan el mal son los agresores, está permitido causar un mal mayor que el que suponen sus acciones potenciales para impedir sus resultados. En lengua inglesa se habla generalmente de "autodefensa". Pero claramente, la partícula "auto" en esa expresión es equivocada, dado que la acción defensiva puede no beneficiar al agente sino a terceros. Si alguien está a punto de ser víctima de un robo, yo puedo causar algún daño mayor al ladrón para defender a su posible víctima.

En el juicio de las Juntas en la Argentina, los imputados argumentaron que el terrorismo subversivo era una fuerza agresora y que las acciones cometidas en el contexto de la "guerra sucia" fueron diseñadas para repeler esa agresión ilícita. La Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires rechazó esta defensa.¹⁰⁶ La Cámara afirma que el art. 34 (incs. 6 y 7) del Código Penal argentino requiere las siguientes condiciones para la legítima defensa de uno mismo o de otros: a) una agresión ilegítima; b) necesidad racional de los medios empleados para detener la agresión; y c) falta de provocación por parte de la persona que se defiende a sí

106 Véase la traducción de Garro y Dahl (1987: 404).

misma o a otra persona. La Cámara reconoció que ni la sociedad ni el gobierno militar provocaron esta agresión. Y que en algún caso, como repeler un ataque armado a un cuartel militar con armas de fuego, los medios empleados fueron racionales. Asumió, sin embargo, que en las desapariciones donde los “subversivos” eran secuestrados, torturados, y asesinados luego de que su agresión había cesado, dado el cese de la agresión y la irracionalidad de los medios empleados estaba vedada la posibilidad de esgrimir esa defensa.

No estoy enteramente satisfecho con la forma en la cual la Cámara argumentó respecto de esta defensa. Yo me hubiera inclinado a admitir que hasta mediados de 1979 existía un movimiento de guerrilla agresiva aún funcionando. No creo que la agresión necesariamente cesara porque los agresores quedaran desarmados y dominados. En cambio, yo hubiera enfatizado que los medios empleados para repeler la agresión eran irracionales y desproporcionados. El régimen militar fue mucho más lejos de lo que era necesario para neutralizar a los agresores y utilizó medios no confiables para determinar quiénes eran los agresores y quiénes no. Existen pocas dudas de que los medios elegidos para luchar contra el terrorismo subversivo eran mucho más dañinos para la sociedad argentina que los males involucrados en la agresión. Por supuesto, los males mayores no sólo resultaron en más gente secuestrada, torturada y asesinada, sino que también resultaron en mayor daño social causado por la destrucción del Estado de Derecho y de la seguridad jurídica. En definitiva, el medio legítimo que una sociedad debe utilizar contra este tipo de agresión es el castigo que proviene del derecho penal, suponiendo que este sigue las precondiciones sustantivas que se han descripto previamente.

De todas formas, la legítima defensa resulta bastante enigmática.¹⁰⁷ El misterio surge del requisito de que la persona que se defiende a sí misma, o a otra, puede causar al agresor un daño mayor que el amenazado por la acción del agresor. Algunos casos de legítima defensa son también casos de estado de necesidad. Frente a una agresión ilícita y dolosa, los medios utilizados para repelerla pueden involucrar males menores que los prevenidos (con todas las calificaciones que se discutieron previamente y que requiere el estado de necesidad). En estos casos un imputado puede utilizar la “defensa necesaria”, que puede ser completamente subsumida dentro del estado de necesidad.

107 Véase un tratamiento más amplio de este tema en Nino (1985a).

En otros casos de legítima defensa, cualquier mal, aun uno mayor, puede ser causado para prevenir el mal que supone la agresión. La doctrina jurídica alemana sostiene que todos los casos de legítima defensa son de este tipo. Por ejemplo, Johannes Wessel afirma lo siguiente:

Dado que no hay razón por la cual la ley deba ceder frente a la injusticia, y quien actúa en legítima defensa actúa, al mismo tiempo, en favor del código de integridad del sistema jurídico, el art. 32 del Código Penal [...] no presupone una proporcionalidad de bienes. Consecuentemente es permisible que un agresor sea asesinado, de forma tal que es adecuado a la intensidad del ataque, no sólo para proteger la vida y la integridad corporal, sino también para defender la propiedad (Wessel, 1980: 95).

Esto no parece sostenible como una tesis general. Wessel argumenta que quien mata para defender la propiedad, por ejemplo, está defendiendo la integridad del sistema jurídico en vez de atacarlo.

Si este argumento es dejado de lado, ¿qué otro argumento podría proponerse? Uno concibe al agresor como alguien que se ubica fuera de la sociedad. Los daños causados al agresor no se pueden balancear contra los males evitados porque en virtud de su ataque se pone a sí mismo fuera del universo de personas cuyos intereses importan. Esta tesis fue defendida por pensadores como Rousseau:

Además, el malhechor que ataca la estructura legal de la sociedad se vuelve a sí mismo, en razón de su crimen, un rebelde y un traidor a su país. Cuando viola sus leyes cesa de ser un miembro de la sociedad y puede aun decirse que le declara la guerra (Rousseau, 1971: 200).

Por supuesto esta visión ayudaría a justificar la represión en la Argentina realizada por las Juntas, al afirmar que los terroristas se pusieron a ellos mismos fuera de la sociedad y perdieron las características humanas que son la fuente de su personalidad moral. En esta visión, los males que los militares les infligieron no deben ser considerados al determinar el balance entre males causados y males prevenidos. Pero si la teoría de Rousseau fuera cierta, aun la comisión de un pequeño delito justificaría no sólo la más brutal reacción de la víctima sino la más dura de las penalidades. Desde los principios generales de derechos humanos defendidos

en el último capítulo, no podemos degradar completamente el valor de un ser humano sólo porque ha violado el derecho.

Si esta visión general de la legítima defensa es implausible, una visión más limitada puede que sea viable. Estoy pensando aquí en casos en los que el bien amenazado por la acción del agresor es tan básico, que la sociedad no tiene derecho a forzar a la víctima a sufrirlo. Supongamos que una persona es atacada por una banda de diez personas y sólo salvará su vida si mata a los diez. ¿Debe él dejar matarse para prevenir un mal mucho mayor, desde un punto de vista impersonal? Ciertamente no. En estos casos llamados "legítima defensa extrema" estamos compelidos a combinar el punto de vista impersonal con lo que Nagel llama la "perspectiva personal" (Nagel, 1986: 184-185). Esto no se extiende a la defensa de otros, excepto tal vez de familiares cercanos, dado que en aquellos casos uno debe, de hecho, ser imparcial.

Esta reformulación de la legítima defensa no resulta del todo adecuada dado que se aplica a situaciones de necesidad en las que no hay agresión, y sin embargo existe una importante diferencia entre necesidad extrema y defensa legítima extrema. En la primera, la permisibilidad de acciones extremas puede ser recíproca. En el clásico caso de la *tabula uniuix capax*, dos personas pueden intentar legítimamente arrojar al otro fuera de la borda. En el caso de legítima defensa extrema, por otra parte, la permisibilidad de una acción extrema sólo se aplica a una de las partes. La víctima potencial puede legalmente recurrir a medios extremos para preservar su propia vida, pero el agresor no. ¿Qué explica esta diferencia?

Para responder a esta pregunta, debemos enfocar nuestra atención en los casos de legítima defensa que caen entre la "defensa necesaria" y la "legítima defensa extrema". En esta categoría intermedia, el mal causado al agresor es mayor que el prevenido, y el mal prevenido no es extremo. Puede a veces parecer paradójico justificar un desequilibrio entre el daño prevenido y el daño causado. Creo, sin embargo, que el consentimiento da la clave. En forma similar a mi posición sobre la legitimidad del castigo, cuando la defensa legítima está permitida por la ley, la persona que intencionalmente ataca a otra sabiendo que el derecho permite esta defensa consiente en renunciar a la inmunidad contra acciones dañosas de la que normalmente goza. Esto no significa renunciar al requisito, como en el caso del castigo, de que la ley que impone la consecuencia normativa debe ser justificada independientemente. En otras palabras, creo que una ley que permite una defensa está justificada si, cuando los beneficios se agregan, resulta un benefi-

cio social neto. Esto parece llevarnos de vuelta al requerimiento de que el mal causado al ofensor no sea mayor que el mal que él amenaza causar. De todas formas, dado que el agresor ha consentido en renunciar a su inmunidad, podemos tener en cuenta los beneficios preventivos que la sociedad como un todo recibe debido a las acciones defensivas. En efecto, muchos delitos no son cometidos porque los potenciales autores temen las posibles acciones defensivas. Este beneficio social debe ser agregado al beneficio que la víctima potencial recibe de la prevención del delito, y esto de alguna manera explica por qué el mal infligido al criminal puede ser mayor que el mal que él iba a causar. De aquí, el concepto de la "defensa punitiva". El desequilibrio, de todos modos, no es ilimitado sino que tiene por techo el beneficio social agregado de las acciones defensivas. Este desequilibrio limitado es posible sólo por el consentimiento del atacante. De otro modo, él sería un mero medio para obtener un beneficio social. La legítima defensa, por lo tanto, es bastante parecida al castigo oficial.

Una vez que introducimos el consentimiento, podemos retornar a la legítima defensa extrema para distinguirla del estado de necesidad extremo. Como afirmé, el estado de necesidad extremo puede ser recíproco entre los participantes, y la legítima defensa extrema no puede ser recíproca; no existe legítima defensa contra una legítima defensa. En la legítima defensa extrema hay una asimetría entre el agresor y su víctima: el primero ha consentido dejar de lado su inmunidad contra las acciones defensivas dañosas, mientras que la víctima no lo ha hecho. Por lo tanto, la legítima defensa extrema de quien ataca no está justificada (así se entiende el requisito del Código Penal argentino, que consiste en que el defensor no debe haber provocado la agresión).

En definitiva, entonces, quedamos frente a tres tipos de legítima defensa: la necesaria, la extrema y la punitiva. En los casos de violaciones masivas de derechos humanos, los autores pueden alegar las tres. Pero, como correctamente afirmó la Cámara de Apelaciones en los juicios contra las Juntas en la Argentina, las condiciones que se requieren para la legítima defensa no se encuentran en estos casos. La legítima defensa necesaria requiere que el daño evitado sea mucho mayor que el daño causado, lo que está lejos de ser el caso en la Argentina; la legítima defensa extrema sólo es operativa cuando uno se defiende a sí mismo o a personas cercanas contra males radicales e irreversibles, y nuevamente, este no es normalmente el caso en situaciones en las que los regímenes represivos destrazan toda oposición; y la legítima defensa punitiva requiere que el beneficio de la acción defensiva (el beneficio social y el de

la víctima potencial) sea mayor que el mal causado por la acción, lo que raramente ocurre fuera del ámbito del castigo oficial.

EL ESTADO DE GUERRA

Los imputados en los juicios por derechos humanos en general no argumentan sólo estado de necesidad y legítima defensa, sino también argumentan sobre la existencia al momento de los hechos de un estado de guerra. Afirman que las supuestas "violaciones" de derechos humanos fueron cometidas en un contexto de guerra en el que las reglas morales normales y las normas jurídicas no se aplican. En otras palabras, un estado de guerra tiene sus propias reglas que legitiman los supuestos abusos a los derechos humanos.

En la Argentina, los comandantes alegaron que ellos tenían el deber de luchar contra la amenaza terrorista. Argumentaron que ganaron la guerra y que los ganadores de una guerra no deben ser juzgados. Mantuvieron además que la guerra que ellos lucharon no era una guerra convencional sino una guerra sucia, contra un enemigo sin patria ni bandera, que no se identificaba ni seguía ninguna regla de la guerra. La guerra llevó a estos comandantes a adoptar medidas extraordinarias, las únicas que podían llevarlos a la victoria.

La Cámara Federal de Apelaciones reconoció que existía una guerra revolucionaria con un grupo relativamente pequeño y despiadado de gente que luchaba por lograr el control de un territorio determinado. La Cámara afirmó que la evidencia revelaba que los grupos guerrilleros controlaban algún territorio, pero no el suficiente para establecer dominio territorial, que era visto como un paso preliminar para instalar un gobierno revolucionario. Rechazó, de todos modos, el argumento de los imputados de que un estado de guerra equivale a la inexistencia del derecho, tanto interno como internacional o natural. De acuerdo con la Cámara, el sistema jurídico argentino es un sistema cerrado que califica toda acción, tanto legal como ilegal: ninguna acción queda fuera de la ley.¹⁰⁸ El sistema jurídico interno, comenzando por la Constitución nacional, creaba mecanismos para tratar con situaciones de emergencia, y el gobierno estaba obligado a aplicarlos. La Constitución, por ejemplo, preveía un estado de sitio que imponía límites estrictos a las medidas que podían ser tomadas en situaciones de emergencia. Aun el derecho

108 Véase la traducción de Garro y Dahl (1987: 404).

internacional, por ejemplo, la Convención de Ginebra sobre la ley de la guerra, establece algunas restricciones.

Yo, sin embargo, no creo que el derecho sea un sistema cerrado. Acuerdo con Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en que el principio que afirma que todo lo que no está prohibido está permitido –necesario para hacer del derecho un sistema cerrado– es una verdad necesaria sólo si “permitido” es arbitrariamente definido como “no prohibido” (Alchourrón y Bulygin, 1971). Si, en cambio, “permitido” se entiende como “autorizado en forma positiva”, entonces el principio deviene contingente y puede ser parte o no del sistema jurídico. Por lo tanto, la legalidad de un acto no es una cuestión lógica sino que depende de cuestiones evaluativas que los tribunales no pueden evitar.

Existen al menos tres visiones acerca del estatus moral y jurídico de la guerra. La más extrema es la visión maquiavélica: la guerra no conoce ley, tanto moral como legal. Una segunda visión es que la guerra es una situación humana extremadamente especial que requiere normas específicas tanto morales como legales. La tercera visión es que los mismos principios morales y legales que se aplican a otras circunstancias de la vida humana se aplican en la guerra.

Para determinar cuál de estas visiones es la más plausible, uno debe distinguir entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*. Debemos distinguir entre las reglas que pueden controlar la decisión de lanzar una guerra y las reglas que controlan la conducta durante la guerra. En algunos juicios por derechos humanos, como el de Nuremberg, los dos tipos de reglas fueron invocadas y aplicadas para condenar una variedad de actos. En la Argentina, *ius in bello* era la categoría relevante. De acuerdo con Michael Walzer, los dos tipos de reglas son independientes; las quejas acerca de la forma en la cual uno conduce la guerra no pueden ser respondidas diciendo que uno no inició la guerra. Y agrega: “la guerra es distinguible del asesinato y de la masacre sólo cuando las restricciones son establecidas sobre los alcances de la batalla”. Al conjunto de normas, costumbres, códigos profesionales, preceptos legales que establecen esos límites, él los llama la “convención de guerra”. Walzer cree que la convención de guerra está sujeta a un proceso de revisión y crítica, a pesar de que es un artefacto extremadamente imperfecto, sobre todo en la guerra moderna (Walzer, 1977: 41-44).

No creo que exista algo inherente en los principios morales que los haga inaplicables en un estado de guerra. Por el contrario, la guerra es la condición humana más recurrente en la cual hay una necesidad urgente de aplicar los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad

de la persona para justificar e interpretar las reglas jurídicas aplicables. Aun las justificaciones del estado de necesidad y de legítima defensa no deben ser desplazadas cuando existe un estado de guerra.

Es importante, de todos modos, distinguir una acción colectiva de una acción individual en una guerra. La acción colectiva, como vimos cuando discutimos la autoría, es la organizada por gobiernos y líderes militares, que crea un sistema de conducta, incentivos y desincentivos. El estado de necesidad y la legítima defensa pueden ser aplicables tanto a la acción colectiva como a la acción individual, pero de todas formas sus requisitos deben ser correctamente establecidos. Como recién vimos, la acción colectiva en la Argentina no pudo justificarse ni en términos de estado de necesidad ni en términos de legítima defensa.

La acción colectiva que inicia una guerra o que la conduce puede no estar justificada, mientras que sí puede estarlo la acción individual que tiene lugar en el contexto. De la misma forma, una acción individual puede no estar justificada dentro de un esfuerzo colectivo de guerra que a su vez está totalmente justificado. Aun en una guerra injusta, un soldado puede, sin embargo, estar justificado al repeler un ataque contra su vida sobre la base de la legítima defensa. O una persona puede tomar parte en una guerra justa como un mercenario y por lo tanto actuar incorrectamente, de la misma forma que si en el contexto de una guerra justa maltrata a prisioneros o a la población civil. Si distinguimos entre acciones colectivas y acciones individuales en tiempos de guerra, las justificaciones normales y las excusas deben ser aplicadas. Las convenciones de guerra tratan de codificar principios morales básicos en el contexto de la guerra. Por ejemplo, protegemos a los civiles porque ellos no realizan ninguna conducta amenazante y no han renunciado a su inmunidad contra acciones defensivas.

LA OBEDIENCIA DEBIDA

Las acciones individuales realizadas durante la guerra, de todos modos, están conectadas a la acción colectiva inherente a una guerra. La guerra es conducida por ejércitos, y los ejércitos necesariamente siguen un tipo especial de disciplina que requiere obediencia absoluta a los comandantes militares por parte de los subordinados. Así, el art. 514 del Código Militar argentino establece el principio de obediencia debida, junto con el art. 34, inc. 4 del Código Penal. Estas normas afirman que, cuando un soldado comete un delito siguiendo órdenes de un superior, la única persona responsable por el delito debe ser el superior, salvo que el su-

bordinado se exceda de los límites impuestos por la orden y por lo tanto se convierta en cómplice. La defensa puede ser interpuesta sólo por quienes crean equivocadamente que la orden era legítima aun cuando de hecho no lo era.

La obediencia debida fue una cuestión absolutamente crucial durante los juicios por derechos humanos. Uno de los elementos de la estrategia del gobierno de Alfonsín consistió en una ley que interpretaba el art. 514 del Código Militar creando una presunción revocable para quienes no tenían capacidad de decisión y que cometieron un error sobre la legitimidad de las órdenes. De todos modos, esta estrategia inicial fue seriamente desviada cuando el Senado introdujo una excepción a la presunción, haciendo a todos los actos atroces o aberrantes ilegítimos y abriendo así las puertas a una persecución más amplia. El malestar militar creció, y los intentos de contener los juicios a través de instrucciones a los fiscales militares y a través de la ley de punto final fracasaron. La administración entonces propuso, y el Congreso aprobó, una modificación a la ley de obediencia: la noción de la capacidad de decisión se definió en forma más restringida y se reservó a quienes habían ocupado los rangos militares más altos; la presunción se transformó en irrefutable y se dejó de lado la excepción por actos atroces y aberrantes. Esta ley dividió a los militares, lo que tornó más sencillo suprimir rebeliones futuras y explica por qué cuando Alfonsín dejó el poder, su gobierno había condenado a quince personas por abusos a los derechos humanos, y entre cuarenta y sesenta estaban esperando ser procesadas. Las fluctuaciones del gobierno de Alfonsín se centraron en la obediencia debida, a pesar de que esta cuestión no fuera discutida mucho durante el juicio. Creo que la ley de obediencia debida argentina tuvo serios efectos colaterales. Primero sentó un precedente: la obediencia a órdenes puede excusar conducta ilegal. Segundo, como afirmó en su disidencia el ministro de la Suprema Corte argentina Jorge Bacqué, la Legislatura, al sancionar la ley avanzó sobre el terreno judicial identificando hechos fácticos particulares bajo los cuales la cláusula de la obediencia debida serviría como una excusa viable.

¿Es posible que la obediencia debida justifique la conducta criminal? A primera vista, tal justificación pareciera estar *a priori* prohibida por la lógica. Resulta anómalo que la realización de un acto ilegal esté justificado meramente porque un comandante ordenó el acto ilegal. De todas formas, cuando vemos las justificaciones bajo la luz de los objetivos preventivos del derecho penal, tal justificación parece posible. La ley puede intentar prevenir órdenes que manden ciertos actos, pero no intentar

prevenir esos actos cuando se realicen de acuerdo con órdenes. La ley puede dar prioridad a la disciplina militar y no al daño causado cuando uno actúa bajo esa disciplina, y prevenir ese daño castigando a quien sancionó la orden.

Pero castigar a quienes dan órdenes es generalmente insuficiente para prevenir abusos serios de los derechos humanos. Como vimos en el capítulo 1, es muchas veces difícil sujetar a aquellos que se encuentran en posiciones jerárquicas a la persecución penal por actos que entran dentro de la categoría del mal radical. Además, castigar sólo a aquellos que dieron las órdenes convertiría a personas morales de seres humanos autónomos, inviolables y dignos en máquinas que abusan de otros seres humanos sin tener en cuenta su propia responsabilidad moral y legal. No hay aspecto fáctico alguno de la organización legal o política que niegue la responsabilidad de los agentes que infligen daños y sufrimientos terribles a otros seres humanos. Las personas morales pueden delegar cierta autoridad epistémica sin renunciar a la autonomía, pero la delegación no debe convertir a esas personas en autómatas morales. Aun en términos de eficiencia militar los autómatas no son valiosos: quien es capaz de cometer hechos atroces porque así se lo han ordenado no es capaz del sutil juicio que se requiere en una actividad tan compleja como la guerra moderna. Por otro lado, no es razonable permitir a los subordinados una completa discreción respecto de la obediencia a las órdenes que reciben. Esto los forzaría a un permanente estado de deliberación, que destruiría a los ejércitos como organizaciones jerárquicas, impidiendo su eficacia. Es posible, de todos modos, crear reglas generales que eviten que las situaciones alcancen tal extremo.

La legitimidad democrática del comandante debe ser un prerequisite para obedecer sus órdenes, dado que sólo con tal legitimidad puede existir una presunción de que las órdenes son moralmente admisibles. En el contexto argentino, los comandantes habían usurpado el poder democrático y, por lo tanto, destruido una posible fuente de ascendencia epistémica moral. La justicia en general de la guerra debe ser también un prerequisite, sobre todo cuando el subordinado ha asumido su puesto voluntariamente. Estos prerequisites, sin embargo, son insuficientes para justificar la obediencia a una orden ilegítima. El respeto general por la dignidad humana debe servir como una barrera permanente para obedecer órdenes. Si bien hay una tendencia general al cumplimiento de las órdenes, es común observar cierta resistencia cuando las órdenes ofenden valores humanos básicos (véase, por ejemplo, Kelman y Hamilton, 1989: 136-166). Walzer menciona un ejemplo de un soldado alemán

que fue ejecutado por sus camaradas por abandonar un escuadrón de fusilamiento (Walzer, 1977: 314). De la misma forma, algunos oficiales se rehusaron a seguir las órdenes de Calley en la masacre de My Lay. En la Argentina, unos pocos oficiales solicitaron su baja para evitar participar en la represión. En suma, un soldado puede transferir las decisiones a las de su superior en materias morales cuando el superior goza de legitimidad democrática, cuando la guerra es justa, y cuando las órdenes no ofenden principios básicos de dignidad humana.

A pesar de que la obediencia a órdenes es una justificación válida sólo en estas estrechas circunstancias, nunca debe ser aplicada al mal radical. Lo que puede dar una base más amplia es la obediencia a órdenes como excusa, es decir, como un factor que excluye el consentimiento. ¿Puede la defensa de la obediencia debida excusar en vez de justificar una acción particular? La recepción de una orden no socava, en sí misma, la voluntariedad del acto de una persona y por lo tanto el consentimiento de esa persona al castigo. De todos modos, una orden puede ocurrir en un contexto tan coercitivo que constituya violencia o lleve a un error de confianza por parte del subordinado.

En la Argentina, la violencia y el error habían permeado los rangos inferiores de los militares, que sufrían una atmósfera general de presión y propaganda que llegaba a veces al lavado de cerebros. Mientras que las presiones solas no alcanzaban a constituir violencia, la propaganda generaba un aura de legitimidad que rodeaba la acción de los militares. Según Mark Osiel, la Iglesia Católica, cuyos curas reafirmaban a los oficiales predominantemente católicos la creencia en la sacralidad de la guerra en los momentos de duda, contribuyó de manera significativa a la legitimidad de la guerra (Osiel, 1986: 153).

En contraste, la excusa del error sólo puede ser utilizada en circunstancias muy limitadas, dependiendo de las nociones de conciencia moral y responsabilidad. Es por ello que en la Argentina, en la primera ley que interpretaba esta defensa, la presunción de que los subordinados estaban en un error acerca de la legitimidad de sus órdenes era revocable. El juez podía inferir de la misma naturaleza del acto que el acusado sabía que la orden de cometerlo era ilegítima o que estaba fundando su acción en fuentes de conocimiento moral muy poco confiables. En cualquiera de las teorías, el acusado debe ser hecho responsable por sus acciones.

En la medida en que la obediencia debida es una excusa derivada basada en la violencia o el error, puede ser retroactivamente regulada sin afectar el principio de no retroactividad de la ley penal. Dado que las excusas son irrelevantes para la legalidad del acto, el conocimiento previo de

tales excusas no debe ser un prerequisite para su aplicabilidad *vis-à-vis* esos actos. En la Argentina, aun si la ley que interpretó la obediencia debida del Código Militar hubiera sido interpretada como modificatoria, esta modificación no ofendería la prohibición contra la legislación penal retroactiva y no sería inconstitucional.

En definitiva, arribamos a dos conclusiones: la obediencia debida sólo es una justificación de la conducta criminal en circunstancias muy especiales, y debe servir como excusa sólo en los casos en los cuales existe violencia o error acerca de la legitimidad de las órdenes. En la Argentina, la obediencia debida como justificación no era una alternativa disponible. Muchos subordinados podrían haber invocado la obediencia debida como una excusa tanto porque actuaron bajo violencia o porque estaban equivocados respecto de la legitimidad de sus órdenes. Sin embargo, a quienes ejecutaron los actos más crueles les estaba vedada esa posibilidad.

LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES LEGALES

Los imputados en juicios por violaciones masivas de derechos humanos alegan con frecuencia que se ha cumplido el término de prescripción de las acciones legales, lo que impediría la posibilidad del castigo. Luego de la Segunda Guerra Mundial, muchos países extendieron, o incluso abolieron, el sistema de prescripción para facilitar la persecución de los criminales de guerra nazis. En otros casos, el sistema de prescripción fue suspendido durante el período en el que resultaba imposible la persecución penal. En Hungría, por ejemplo, el Parlamento aprobó en los comienzos de 1990 una ley que extendía el término de prescripción de algunos delitos cometidos bajo el comunismo, a pesar de que la Corte Constitucional la declaró inconstitucional.

El fundamento moral de la defensa de la prescripción no es claro. Yo me inclino a aceptar la teoría de Derek Parfit: el sistema de prescripción de las acciones supone una concepción de la identidad personal que la vuelve una propiedad que no admite ser concebido a todo o nada sino que tiende a disolverse con el tiempo, en la medida en que la continuidad de las valoraciones, memoria y aptitudes se hace más débil (Parfit, 1984: 326). Creo que mucha gente tiene la impresión, viendo a los criminales nazis enfrentarse a los juicios casi medio siglo después de las atrocidades, que estos individuos no son las mismas personas que cometieron los delitos y que su castigo es por lo tanto menos justo que el que hubiera sido aplicado en su momento. Existen otras razones secundarias para la existencia de un sistema de prescripciones: las dificultades en

recolectar evidencia de eventos que ocurrieron mucho tiempo atrás y la disruptividad social que supone el hecho de despertar viejos miedos y resentimientos.

Estos argumentos no carecen de peso, pero a quienes cometieron actos criminales no les debe ser permitido obtener ventajas del hecho de que ellos, o el régimen al que ellos pertenecieron, impidieron la actuación de la justicia. Por lo tanto, las reglas jurídicas que suspenden el sistema de prescripciones cuando las persecuciones son imposibles resultan atractivas, lo que puede ser logrado extendiendo retroactivamente los términos o declarándolos suspendidos durante la dictadura. Inicialmente, esto parece chocar con el principio que prohíbe la legislación penal retroactiva, lo que sería ilegítimo bajo un sistema liberal de derecho penal. Esta apariencia, de todos modos, es engañosa. La prohibición de leyes penales retroactivas está ligada al requerimiento de que uno debe consentir en asumir la responsabilidad del castigo. Cuando un nuevo crimen es creado y/o modificado, o el castigo que lo acompaña es ampliado, esto socava el requisito del consentimiento. Pero el consentimiento está ligado sólo al conocimiento de aquellas circunstancias que son relevantes para la ilegalidad del acto —el hecho de que este es uno de los actos que la ley busca prevenir por medio del castigo— y no al de otras condiciones fácticas o normativas para realmente imponer el castigo.

El sistema de prescripciones no es relevante para la legalidad del acto. La prevención como forma de castigo no está de ninguna forma calificada por la delimitación de un tiempo durante el cual la demanda del Estado de castigar podría expirar. Aun si justificamos un sistema de prescripciones basados en que los individuos cambian con el tiempo, esta justificación no tiene nada que ver con las razones subyacentes por las que la ley busca prevenir este tipo de actos. La gente debe decidir si comete o no un acto de acuerdo con normas de ilegalidad y consecuentemente corre el riesgo de confiar en factores que son irrelevantes para esas normas. Si alguien comete un crimen porque espera que antes de ser detenido la prescripción expire, debe cargar con haber confiado en factores ajenos a la legalidad del acto, como la persona que espera que no será castigada porque todas las prisiones del país se incendiarán.

Por lo tanto, no creo que el principio contra la legislación penal retroactiva sea un obstáculo para extender o abolir normas de prescripción para abusos masivos a los derechos humanos. La única cuestión que puede legítimamente surgir es si resulta justo castigar a alguien por actos realizados en el pasado distante cuando la persona ha cambiado significativamente en el ínterin.

LA SELECTIVIDAD DEL CASTIGO

Uno de los principales obstáculos de los juicios por violaciones masivas a los derechos humanos es el hecho de que es política y prácticamente imposible perseguir a todas las personas que cargan con la responsabilidad por esos hechos. Esta situación hace surgir una nueva defensa: es injusto seleccionar, casi por azar, a los que serán perseguidos. En otras palabras, o se persigue a todos o no se persigue a ninguno. Este sentimiento claramente implica algunos de los argumentos del presidente Vaclav Havel contra los juicios en la ex Checoslovaquia. En la Argentina, este sentimiento fue expresado por algunos imputados en los procesos a los comandantes, explica la resistencia a los juicios y fue eficaz al impedir la sanción de la propuesta de ley que hubiera permitido el ejercicio discrecional de la acción penal por parte de los fiscales.

Que este argumento se sostenga depende de lo que entendemos por el requisito de igual tratamiento ante la ley, el que a su vez se basa en la distinción entre derechos y fines. Mi manera favorita de ilustrar la diferencia entre derechos y metas colectivas es enfocar en algún beneficio que la gente pueda recibir. Supongamos que el beneficio es la anticoncepción. Este beneficio podría ser entendido como un derecho individual porque concierne a la autonomía personal. Si la disponibilidad de anticonceptivos es un hecho reconocido como un derecho por el Estado, ella no puede ser otorgada a algunos individuos y negada a otros, salvo que exista una diferencia moral relevante entre un grupo y el otro referida a sus derechos. Esto significa que el reconocimiento del derecho para algunos automáticamente da a otros el derecho de reclamar por una extensión de ese derecho. Las cosas son bien diferentes si el mismo beneficio es sólo otorgado como parte de una meta colectiva. Supongamos que, como en el caso de varios países asiáticos, el gobierno quiere contener la tasa de nacimientos y por lo tanto hace disponibles los anticonceptivos sólo para algunas personas. En este caso el gobierno puede circunscribir la clase de los beneficiarios, aunque no arbitrariamente, tomando en cuenta cómo distribuciones particulares pueden ayudar a alcanzar metas particulares. Por ejemplo, el gobierno podría elegir distribuir anticonceptivos sólo a parejas que fueran más propensas a tener más hijos. Esta decisión no daría lugar a un reclamo de que otros deben ser tratados de la misma forma. Por lo tanto, el tratamiento igualitario se aplica a los beneficios reconocidos como derechos y no necesariamente cuando son meros medios para alcanzar metas colectivas.

Cuando aplicamos esta diferencia al caso del castigo, vemos inmediatamente resultados diversos dependiendo de la concepción justificatoria del castigo que adoptemos. Bajo una visión retributivista del castigo, la sociedad como un todo, y las víctimas en particular, reclaman un derecho a que los autores sean castigados en forma conmensurable con el crimen; los autores también tienen el derecho a no ser castigados en forma más grave que lo que su culpa justifica. Bajo una visión retributivista, por lo tanto, el requisito de tratamiento igualitario se encuentra en todos los aspectos del castigo. Si sólo algunos autores son perseguidos y el resto dejado libre, la sociedad, las víctimas y los autores podrían quejarse en nombre de la igualdad del tratamiento.

Cuando el castigo en cambio es visto en términos de puro preventivismo, deviene entonces en una meta colectiva y no en un derecho. El castigo es visto como un medio para prevenir delitos y su aplicación se decide en términos de eficacia para alcanzar una meta colectiva. Nadie tiene derecho a un castigo particular, excepto el amorfo derecho de la sociedad a que el castigo sea administrado en términos utilitaristas.

Bajo mi teoría consensual, el castigo es un *mix* de metas y derechos. El castigo es, por un lado, un medio prudencial de protección social y, por lo tanto, se impone teniendo en cuenta la eficacia para alcanzar esa meta. Pero el castigo también requiere el consentimiento para asumir la responsabilidad y, a pesar de que no lo he discutido aquí, también existen algunos límites sobre el tipo de castigo que puede ser impuesto (Nino, 1992a: cap. I). Estos requisitos suponen derechos, pero sólo derechos de los imputados a no ser castigados cuando algunas condiciones no se dan.

Por lo tanto, bajo la visión del castigo defendida aquí, nadie tiene un derecho a que ciertas personas sean castigadas y, consecuentemente, nadie tiene un derecho a no ser castigado si otras personas no lo son. El castigo no supone un tratamiento igual porque no es un beneficio que sea el objeto de derechos positivos. El castigo es el objeto de metas positivas, y sólo de derechos negativos. El castigo puede por lo tanto ser selectivamente distribuido a través de la discreción fiscal, de amnistías o de indultos. Esta selectividad, por supuesto, no debe ser arbitraria sino que debe encaminarse a lograr eficientemente metas legítimas.

Una visión retributivista del castigo hace que el castigo selectivo sea un obstáculo impenetrable para la persecución de las violaciones de derechos humanos. Dado que estos delitos se caracterizan por el fenómeno de “manos múltiples” y que la realidad política y las dificultades prácticas impiden la persecución universal, el resultado de la convic-

ción retributivista –promovida por los imputados, las víctimas y las organizaciones de derechos humanos– es la generalizada impunidad que he descrito en el primer capítulo y que tantas veces es el destino del mal radical. Como todos deben ser castigados, nadie lo es.

Conclusión

El rol del derecho internacional

Hubo pocas instancias en la historia del mundo, y ciertamente ninguna en Latinoamérica, de persecución de quienes fueran los responsables por violaciones masivas de derechos humanos. La Argentina hizo justamente eso y, en forma aún más notable, llevó a cabo esta tarea sin un ejército invasor y sin ninguna división de las Fuerzas Armadas apoyando los juicios, contando sólo con su capital moral. Dadas estas circunstancias, la investigación y la persecución de los abusos a los derechos humanos realizadas por el presidente Alfonsín se sostuvo milagrosamente bien.

El resultado fue el producto de acciones no coordinadas de varios agentes independientes, y casi todo lo que podría requerirse moralmente bajo las circunstancias, un ejemplo de lo que Bernard Williams llama “suerte moral” (Williams, 1981). Los juicios contribuyeron a crear una conciencia pública acerca de los horrores que pueden ocurrir cuando la democracia y el Estado de Derecho son dejados de lado. El presidente Alfonsín fue capaz, además, de lograr estos resultados, sin poner a las instituciones democráticas bajo una excesiva tensión debido a las reacciones de los militares. Consecuentemente, los militares cambiaron gradualmente su forma característica de discurso, aceptando una visión menos holista de nación y una visión menos elitista epistémica acerca de sus necesidades.

El éxito del gobierno de Alfonsín, aun con sus limitaciones, fue el producto de un delicado equilibrio entre varios factores. Algunos estudiosos, como Diane Orentlicher, argumentan en favor de un deber internacional de castigar a las violaciones de derechos humanos del régimen anterior (véase Orentlicher, 1991: 2537). La presuposición que subyace a este argumento es que de esta manera la presión de la comunidad internacional sobre la situación del país fortalecería al nuevo gobierno democrático posibilitando el cumplimiento de los objetivos de la demanda punitiva del Estado. Yo pienso diferente. No creo que el equilibrio en la Argentina se hubiera visto fortificado por un deber internacional de

persecución total y sin concesiones como el que la profesora Orentlicher defiende. De hecho, un deber internacional de esa naturaleza tal vez hubiera desestabilizado aún más el proceso de promoción de los juicios, aumentado la polarización entre los grupos de derechos humanos que presionaban por más persecución y los militares. Enfrentado a la posibilidad de sanciones internacionales, el gobierno de Alfonsín se hubiera visto forzado a admitir públicamente que carecía de la fuerza necesaria para castigar a todos aquellos que merecían ser castigados. Esta abierta confesión de impotencia hubiera deteriorado la imagen del gobierno con resultados inimaginables. Un deber internacional de perseguir todas las violaciones de derechos humanos cometidas bajo el régimen anterior es un instrumento demasiado basto cuando el nuevo gobierno debe luchar con complejidades muy sutiles para restablecer la democracia.

Por supuesto, todo castigo puede producir consecuencias valiosas. Por ejemplo, puede prevenir actos similares que demuestren que ningún grupo está por encima de la ley y además imponer respeto por el Estado de Derecho. Pero el valor de las persecuciones puede resultar limitado y debe equilibrarse con la meta de preservar el sistema democrático, lo que se torna aún más razonable cuando nos damos cuenta de que la preservación del sistema democrático es un prerequisite de esas persecuciones, y su pérdida es un antecedente necesario para las violaciones masivas de derechos humanos.

Creo que sería mucho más útil que el derecho internacional reconociera el derecho de la comunidad mundial de castigar las violaciones de derechos humanos en un foro internacional. El espíritu post Nuremberg de requerir que los autores de delitos contra los derechos humanos respondan por sus crímenes ante un tribunal internacional parece ser bastante razonable. Las violaciones de derechos humanos, junto con delitos como el terrorismo, el narcotráfico y la desestabilización de gobiernos democráticos, suponen hechos que pueden, dada su magnitud, exceder la capacidad de su tratamiento por tribunales nacionales. Es cierto que puede ser demasiado idealista creer en el establecimiento de tales tribunales dado el actual estado del derecho internacional; pero no es más idealista que esperar, como Orentlicher, que la comunidad internacional, mediante presión política externa, haga cumplir el deber de los gobiernos nacionales de perseguir violaciones pasadas de derechos humanos. De hecho, la experiencia reciente sugiere justamente lo contrario. El Tribunal de las Naciones Unidas para los Delitos de Guerra en la ex Yugoslavia es un intento de tratar el mal radical con el modelo de Nuremberg. En otras situaciones puede resultar imposible establecer

tribunales internacionales, pero aun en ese caso pueden usarse arreglos intermedios alternativos: los tribunales nacionales pueden expandir su jurisdicción a escala global, o rechazar firmemente amnistías, indultos o términos especiales de prescripción para este tipo de delitos.

Se puede construir un deber internacional más sensible al contexto fáctico que el propuesto por Orentlicher, un deber que mire más hacia el futuro. En lugar de un deber de perseguir penalmente estos hechos, deberíamos pensar en un deber de salvaguardar los derechos humanos y prevenir violaciones futuras cometidas por funcionarios públicos o terceros. Hay casos claros, condenados por el derecho internacional actual, de violaciones de derechos humanos cometidas por gobiernos en forma directa y activa. Pero también existen casos en los cuales los gobiernos no preservan derechos humanos en una forma indirecta o pasiva, socavando las instituciones, prácticas, hábitos culturales y estructuras económicas que ayudarían a salvaguardar los derechos humanos. Estas acciones u omisiones no están generalmente reconocidas como violaciones del deber general de salvaguardar los derechos humanos, a pesar de que deberían estarlo. A veces la omisión de un gobierno de investigar y perseguir violaciones de derechos humanos cometidas por un régimen anterior puede justamente ser categorizada como un abuso pasivo de derechos humanos, si pone a esos derechos bajo un riesgo futuro.

A veces, sin embargo, lo que parece a los ojos de la comunidad internacional como pasividad de parte de un cierto gobierno puede en realidad ser salvaguarda activa de futuras violaciones al costo de no perseguir delitos pasados. En otras palabras, el contexto fáctico puede frustrar los esfuerzos que un gobierno realiza para promover la persecución de personas responsables por abusos a los derechos humanos, excepto cuando se corre el riesgo de provocar aún más violencia o el retorno a un régimen no democrático. En tales casos la comunidad internacional podría asumir la responsabilidad de mantener el deber general que yo estoy proponiendo. Este deber sería mucho más útil para la protección de derechos humanos que la imposición de castigar sin tener en cuenta las circunstancias particulares que está atravesando el gobierno en cuestión, en particular la amenaza de futuras violaciones.

El mecanismo internacional aquí propuesto impide que los estados extranjeros y la comunidad internacional critique en forma simplista la omisión gubernamental de perseguir las violaciones del régimen anterior. Antes de reaccionar con críticas y sanciones, la comunidad internacional se vería obligada a realizar una profunda investigación del contexto fáctico y de las complejas cadenas causales que llevan a la violación

de derechos humanos que se puede generar no sólo por liviandad en la reacción a abusos pasados, sino también por factores como presiones económicas o políticas. Tal investigación puede revelar que los obstáculos pueden ser generados por actores, como por ejemplo, los gobiernos extranjeros, que se consideran por encima de toda sospecha.

En definitiva, lo que se necesita es un sistema por el cual la comunidad internacional se vea obligada a considerar los problemas únicos que un nuevo gobierno democrático enfrenta y apoyar los esfuerzos necesarios para asegurar la democracia y los derechos humanos en el futuro. El conocimiento de las circunstancias fácticas de cada caso, necesario para alcanzar soluciones justas y prudentes, excluye en general la actitud epistemológicamente elitista de intervención directa de potencias extranjeras y, al mismo tiempo, permite que se ejerzan presiones tendientes a provocar que la gente discuta y que decida por ella misma la mejor manera de proteger sus propios derechos. Al balancear cuidadosamente los esfuerzos para fortalecer las instituciones democráticas y para definir y hacer cumplir las normas que promueven los derechos humanos, los gobiernos, con la ayuda de la comunidad internacional, podrán garantizar en mayor medida los derechos humanos de sus ciudadanos.

Nota del editor norteamericano

Carlos Santiago Nino nació en Buenos Aires en 1943. Recibió su título de abogado de la Universidad de Buenos Aires y su doctorado en Jurisprudencia de la Universidad de Oxford. Inició su actividad política a comienzos de la década de 1980 en un esfuerzo por restaurar la democracia en la Argentina, y luego trabajó como asesor del presidente Alfonsín en derechos humanos y reforma constitucional. Era titular de una cátedra de filosofía del derecho en la Universidad de Buenos Aires y, desde 1986, fue todos los años profesor visitante en la Yale Law School.

El profesor Nino murió repentinamente el 29 de agosto de 1993, cuando viajaba a La Paz para trabajar en la reforma de la constitución boliviana. En las semanas que precedieron a su muerte, el profesor Owen Fiss, de la Yale Law School, había visitado a Nino en Buenos Aires y allí recibió los manuscritos de dos libros, *Radical Evil on Trial* y *The Constitution of Deliberative Democracy*, ambos escritos en inglés. En esta visita tuvieron la oportunidad de discutir los manuscritos y un número de revisiones que Nino estaba contemplando.

Luego de su muerte, Fiss asumió la responsabilidad de preparar los dos manuscritos para su publicación. En *Juicio al mal absoluto* contó principalmente con la ayuda de Janet Koven Levit, estudiante de Yale, cercana a Nino. Sunny Chu, Leah Cover, Gady Dechter, Zecharias Hailu, Elizabeth Layton, Noah B. Novogrodzky y Gregory H. Woods III también brindaron su colaboración para que este proyecto se pudiera completar. Una copia del manuscrito de *Juicio al mal absoluto*, tal como existía al momento de la muerte de Nino, se encuentra en los archivos de la biblioteca de la Yale Law School.

Bibliografía

- Ackerman, B. (1991), *We the People*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press.
- (1992), *The Future of Liberal Revolution*, New Haven, Yale University Press [ed. cast.: *El futuro de la revolución liberal*, Barcelona, Ariel, 1995].
- Acuña, C. y C. Smulovitz (1991), *¿Ni olvido ni perdón? Derechos humanos y tensiones cívico-militares en la transición argentina*, trabajo presentado en el Congreso Internacional Anual de la Latin American Studies Association, Washington, DC, 4-6 de abril.
- Alberdi, J. B. (1979), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, CEAL.
- Albon, M. (1992), “Project on Justice in Times of Transition. Report of the Project’s Inaugural Meeting”, reporte inédito de la Fundación Charter 77 de Nueva York, resumen del encuentro de Salzburgo, Austria, 7-10 de marzo.
- Alchurrón, C. E. y E. Bulygin (1971), *Normative Systems*, Nueva York, Springer.
- Alexy (1989), *A Theory of Legal Argumentation: The theory of Rational Discourse as a Theory of Legal Justification*, Oxford, Oxford University Press.
- Alfonsín, R. (2004), *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, Buenos Aires, FCE.
- Arendt, H. (1958), *The Human Condition*, Chicago, Chicago University Press [ed. cast.: *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1993].

- (1963), *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Nueva York, Viking Press.
- Arenella, P. (1990), "Character, Choice and Moral Agency: The Relevance of Character to our Moral Culpability Judgments", en E. F. Paul, F. D. Miller Jr. y J. Paul (eds.), *Crime, Culpability and Remedy*, Oxford, Basic Blackwell.
- Audi, R. (1991), "Responsible Action and Virtuous Character", *Ethics*, 101(2): 314.
- Bailey, J. J. (1977), *Pluralist and Corporatist Dimensions of Interest Representation in Colombia, Authoritarianism and Corporatism in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.
- Barron, J. y A. Paul (1977), *Murder of a Gentle Land: The Untold Story of a Communist Genocide in Cambodia*, Nueva York, Reader's Digest Press.
- Becker, E. (1986), *When the War Was Over: The Voices of Cambodia Revolution and its People*, Nueva York, Simon and Schuster.
- Benomar, J. (1992), "Confronting the Past: Justice After Transitions", Carter Center of Emory University, *Conference Report Series*, vol. VI, n° I, *Investigating Abuses and Introducing Safeguards in the Democratization Process*, Atlanta, Carter Center.
- Camarasa, J., R. Felice y D. González (1985), *El juicio: proceso al horror*, Buenos Aires, Sudamericana - Planeta.
- Carrió, G. (1992), *Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea.
- Chandler, D. P. (1991), *The Tragedy of Cambodian History. Politics, War and Revolution since 1945*, New Haven, Yale University Press.
- Colomer, J. M. (1990), *El arte de la manipulación del poder. Votaciones y teoría de juegos en la política española*, Barcelona, Anagrama.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1980), *Report on the Situation of Human Rights in Argentina*,

- Washington, DC, Secretaría General, Organización de Estados Americanos.
- Conadep (1986), *Nunca más*, Buenos Aires, Eudeba.
- Correa, J. (1992), "Dealing with Past Human Rights Violations: The Chilean Case After Dictatorship", *Notre Dame L. Rev.*, 67: 1455-1485.
- Davidson, D. (1980), "Agency", en *Essays on Actions and Events*, Londres, Oxford University Press.
- DiPalma, G. (1982), "Italy: Is There a Legacy and Is It Fascist?", en J. H. Herz (comp.), *From Dictatorship to Democracy: Coping with the legacies of Authoritarianism and Totalitarianism*, Westport, Conn., Greenwood Press.
- Duff, R. A. (1986), *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press.
- (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press.
- Engelmann, F. C. (1982), "How Austria Has Coped with Two Dictatorial Legacies", en J. H. Herz (comp.), *From Dictatorship to Democracy: Coping with the legacies of Authoritarianism and Totalitarianism*, Westport, Conn., Greenwood Press.
- Feitlowitz, M. (1992), "Night and Fog in Argentina", *Salmagundi*, 94-95: 40-74.
- Fletcher, G. P. (1978), *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little, Brown and Company.
- Fontana, A. (1990), "La política militar en un contexto de transición. Argentina 1983-1989", ponencia presentada en el Simposio sobre Transición a la Democracia, New Haven, Conn., Schell Center for Human Rights, Universidad de Yale - Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires, marzo.
- Frankena, W. K. (1939), "The Naturalistic Fallacy", *Mind*, 48: 464-477.

- García, E. (1988), *Dawn over Darkness, Paths to Peace in the Philippines*, Quezon City, Philippines, Claretian Publications.
- Garro, A. M. y H. Dahl (1987), "Conviction of Former Military Commanders: Federal Criminal and Correctional Court of Appeals, Federal District of Buenos Aires: (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y correccional de la Capital Federal): Judgment of December 1985", *Human Rights Law Journal*, 8: 368-430.
- Gillespie, R. (1982), *Soldiers of Perón: Argentina's Montoneros*, Oxford, Clarendon Press.
- Glover, J. (1970), *Responsability*, Londres, Routledge and Kegan Paul.
- Goldstein, J., B. Marshall y J. Schwartz (1976), "The Limits of Law: On Establishing Civilian Responsibility for the Enforcement of laws Against Wars Crimes", en *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*, Nueva York, Free Press.
- Hailu, Z. (1993), "Trials for Human Rights Violations in Ethiopia", monografía preparada para el seminario Trials for Human Rights Violations, Yale Law School, primavera.
- Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. y T. Honoré (1985), *Causation in the Law* (2ª ed.), Oxford, Clarendon Press.
- Hertz, J. H. (1982), "Denazification and Related Policies", en *From Dictatorship to Democracy: Coping with the legacies of Authoritarianism and Totalitarianism*, Westport, Conn., Greenwood Press.
- Huntington, S. P. (1991), *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, University of Oklahoma Press.
- Kelman, H. C. y V. Lee Hamilton, *Crimes of Obedience*, New Haven, Yale University Press.

- Kirkland Cozine, R. (1993), "International Responses to Bosnia and Cambodia: A Comparison", preparado para el seminario Trials for Human Rights Violations de la Yale Law School, primavera.
- Kripke, S. A. (1980), *Naming and Necessity*, Cambridge, Harvard University Press.
- Lange-Quassowski, Jutta-B. (1982), "Coming to Terms with the Nazi Past, Media and the Formation of Opinion", en J. H. Herz (comp.), *From Dictatorship to Democracy: Coping with the legacies of Authoritarianism and Totalitarianism*, Westport, Conn., Greenwood Press.
- Linz, J. J. (1978), "Crisis, breakdown and Reequilibration", en J. J. Linz y A. Stepan (eds.), *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore, John Hopkins University Press, pp. 71-74.
- Macridis, R. C. (1982), "France: from Vichy to the fourth republic", en J. H. Herz (comp.), *From Dictatorship to Democracy: Coping with the legacies of Authoritarianism and Totalitarianism*, Westport, Conn., Greenwood Press.
- Malamud Goti, J. (1991), "Punishment and a Rights-Based Democracy", *Criminal Justice Effects*, 10(2): 3-13.
- Mignone, E. F. (1991), *Derechos humanos y sociedad: El caso argentino*, Buenos Aires, CELS.
- Morales Solá, J. (1990), *Asalto a la ilusión*, Buenos Aires, Planeta.
- Moore, M. S. (1990), "Choice, Character, and Excuse", *Soc. Phil. & Pol.*, 7: 29-58.
- Nagel, T. (1979), *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (1986), *The View from Nowhere*, Oxford, Oxford University Press.
- Nino, C. (1976), *Towards a General Strategy for Criminal Law Adjudication*, disertación doctoral, Universidad de Oxford.
- (1980a), "Dworkin and Legal Positivism", *Mind*, 89: 519-543.
- (1980b), *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea.

- (1980c), *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea.
- (1983a), "A Consensual Theory of Punishment", *Philosophy and Public Affairs*, 12: 289.
- (1983b), *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba.
- (1985a), *La legítima defensa: justificación y régimen jurídico*, Buenos Aires, Astrea.
- (1985b), *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- (1987), *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba.
- (1989a), "The Communitarian Challenge to Liberal Rights", *Law and Philosophy*, 8: 37-52.
- (1989b), *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea.
- (1991), *Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- (1992a), *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea.
- (1992b), *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emec.
- (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press.

Nino, C. y J. Malamud Goti (1987), memorándum "La responsabilidad jurídica en la represión del terrorismo", en H. Verbitsky, *Civiles y militares: memoria secreta de la transición*, Anexo II, Buenos Aires, Contrapunto, pp. 389-391.

Nozick, R. (1974), *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, Basic Books.

O'Donnell, G. (1973), *Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism: Studies in South American Politics*, Berkeley, Institute of International Studies University of California.

— (1977), "Corporatism and the Question of the State", en J. M. Malloy (ed.), *Authoritarianism and Corporatism in Latinamerica*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, pp. 47-87.

Orentlicher, D. (1991), "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, 100: 2537.

- Osiel, M. (1986), "The Making of Human Rights Policy in Argentina: The Impact of Ideas and Interests on a Legal Conflict", *Journal of Latin America Studies*, 18: 135-180.
- Parfit, D. (1984), *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press.
- Pion-Berlin, D. (1994), "To Prosecute or to Pardon? Human Rights Decisions in the Latin America Southern Cone", *Human Rights Quarterly*, 16 (febrero): 105-130.
- Pipes, R. (1986), *Legalized Lawlessness: Soviet Revolutionary Justice*, Londres, Institute for European Defence and Strategic Studies.
- Ponchaud, F. (1978), *Cambodia: Year Zero*, Nueva York, Holt Rinehart and Winston.
- Przeworski, A. (1991), *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Psomiades, H. J. (1982), "Greece: From the Colonel's rule to Democracy", en J. H. Herz (comp.), *From Dictatorship to Democracy: Coping with the legacies of Authoritarianism and Totalitarianism*, Westport, Conn., Greenwood Press.
- Putnam, H. (1975), *Mind, Language and Reality*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Rama Argentina de la Asociación de Juristas (1988), *Argentina: juicio a los militares. Documentos secretos, decretos, leyes, jurisprudencia*, Buenos Aires, Rama Argentina de la Asociación Americana de Juristas.
- Rosenberg, T. (1991), "The Good Sailor", en *Children of Cain: Violence and the Violent in Latinamerica*, Nueva York, William Morrow and Company.
- Rousseau, J.-J. (1971), "The Social Contract", en sir E. Baker (comp.), *Social Contract: Essay by Locke, Hume, Rousseau*, Oxford, Oxford University Press.
- Santamarina, J. (1982), "Transición controlada y dificultades de consolidación: El ejemplo español," en J. Santamarina

- (comp.), *Transición a la democracia en el sur de Europa y América Latina*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Sarmiento, J. (1993), "Transition to Democracy from Authoritarianism: The Philippines' Past Lessons for the Future", monografía preparada para el seminario Trials for Human Rights Violations, Yale Law School, primavera.
- Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ) (1990), "Uruguay: 'Nunca más'", en L. Weschler, *A Miracle, A Universe: Settling Accounts with Torturers*, Nueva York, Pantheon Books.
- Shklar, J. N. (1986), *Legalism: Law, Morals and Political Trials*, Cambridge, Harvard University Press.
- Shumway, N. (1991), *The Invention of Argentina*, Berkeley - Los Angeles, University of California Press [ed. cast.: *La invención de la Argentina. Historia de una idea*, Buenos Aires, Emecé, 1993].
- Simpson, J. y H. Bennett (1985), *The Disappeared and the Mothers of the Plaza: The Story of the 11 000 Argentinian Who Vanished*, Nueva York, St. Martin's Press.
- Smith, J. F. (1989), "Uruguay Vote Strongly Backs Amnesty: Unofficial Results Show Retention of Law That Pardons Officers", *Los Angeles Times*, 6, 17 de abril.
- Strawson, P. F. (1974), "Freedom and Resentment", en *Freedom and Resentment and Other Essays*, Londres, Methuen.
- Taylor, T. (1992), *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir*, Nueva York, Alfred A. Knopf.
- Tiedemann, A. E. (1982), "Japan Sheds Dictatorship", en J. H. Herz (comp.), *From Dictatorship to Democracy: Coping with the legacies of Authoritarianism and Totalitarianism*, Westport, Conn., Greenwood Press.
- Timmerman, J. (1981), *Prisoner without a Name, Cell without a Number*, Nueva York, Alfred A. Knopf.
- Verbitsky, H. (1987a), *Medio siglo de proclamas militares*, Buenos Aires, Abbat.
- (1987b), *Civiles y militares*, Buenos Aires, Contrapunto.

- Waisman, C. H. (1987), *Reversal of Development in Argentina: Postwar Counterrevolutionary Policies and Their Structural Consequences*, Princeton, Princeton University Press.
- Walzer, M. (1977), *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, Nueva York, Basic Books.
- Weschler, L. (1990), *A Miracle, A Universe: Settling Accounts with Torturers*, Nueva York, Pantheon Books, pp. 10-76.
- Wessel, J. (1980), *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, De Palma, trad. de Conrado Finzi.
- Williams, B. (1973), "A Critique of Utilitarianism", en J. J. C. Smart y B. Williams, *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (1981), *Moral Luck: Philosophical Papers, 1973-1980*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Wolff, R. P. (1970), *Defence of Anarchism*, Nueva York, Harper Torchbooks.
- Yasmann, V. (1993), "Where Has the KGB Gone?", *RFE/RL Research Report*, vol. II, n° 2: 17.

ANEXO

Debates y discusiones

Indultos y conciencia moral*

La violencia nunca puede ser el camino hacia un progreso verdadero, a menos que, como compensación y reparación, sea seguida por circunstancias no violentas y por actos de justicia y buena voluntad.

ALDOUS HUXLEY, *El fin y los medios*

En estos días todavía se perciben los ecos de los recientes indultos presidenciales a condenados y procesados por graves violaciones a los derechos humanos —cometidas tanto desde el aparato estatal como desde las filas de la guerrilla—, por serias faltas en la conducción de la Guerra de Malvinas y por rebeliones contra el orden constitucional. En esos ecos se echa aún de menos un debate profundo y lo más desapasionado posible sobre las implicaciones éticas de las medidas tomadas por el gobierno anterior, para promover y limitar el procesamiento penal por esos hechos, y por el actual, para desincriminar a sus autores.

Las implicaciones éticas de tales medidas están de algún modo oscurecidas por controversias sobre cuál es la justificación más adecuada de la prescripción y aplicación de penas por hechos criminales: como se sabe, muchos defienden un absolutismo retributivo según el cual es una exigencia irrenunciable de justicia responder con un mal al mal cometido, sin atender a las consecuencias beneficiosas o perjudiciales para la sociedad que ese castigo puede involucrar; otros sostienen el punto de vista más moderado de que, si bien es permisible retribuir un mal con otro, ello no es moralmente obligatorio, sino que la decisión de hacerlo o no depende de los efectos para el conjunto social; otros adoptan una posición fundada exclusivamente en consideraciones de protección social, justificando sólo la pena de un delito si ella sirve para evitar males

* Originariamente publicado en *Relato*, n° 1, p. 25, Buenos Aires, 1989. [N. del E.]

mayores que los que implica para la sociedad en conjunto a través de los mecanismos de prevención, de incapacitación o rehabilitación; finalmente, se intenta también combinar el último objetivo justificatorio de la pena con un límite para su distribución que está dado por el hecho de que el destinatario de la pena haya consentido sujetarse a ella al cometer un acto voluntario, con conciencia de que la sujeción a la pena era una consecuencia necesaria de ese acto.

Sin entrar aquí en consideraciones filosóficas difíciles de dar cuenta en pocas líneas, nuestro sentido común parece apoyar posiciones que consideren, por un lado, tanto la vinculación entre el hecho criminal –cometido por el agente con cierta voluntad y conocimiento– y la pena, como las consecuencias sociales de aplicar esa pena, por el otro: resulta irracional imponer un castigo cuando las consecuencias de esa imposición, lejos de prevenir futuros delitos, pueden promoverlos, y parece injusto que se busque sólo impedir futuros delitos sin tener en cuenta, al aplicar la pena, ya sea el “merecimiento” por parte del que sufra, o ya su “consentimiento” a través de la comisión de un acto voluntario, a sabiendas de que él está sujeto a pena.

En el caso de las penas por los actos mencionados al comienzo, hay pocas dudas razonables sobre si se satisfacía el requisito que –para abreviar– podemos denominar de “culpabilidad” o, al menos, si alguien tuvo razonablemente tales dudas, estas fueron aventadas por las conclusiones judiciales y no forman parte de la evaluación de las políticas de los gobiernos de la transición democrática para promover o limitar la persecución penal.

Las dudas que han motivado juicios diferentes respecto de aquellas políticas versan sobre la estimación de las consecuencias sociales tanto de la punición de los hechos en cuestión, principalmente las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por el terrorismo y por la represión ilegal, como de la exención de penas a través de las leyes de punto final y obediencia debida y los recientes indultos.

Las consecuencias sociales de tales políticas punitivas y contrapunitivas no son fáciles de medir: hay dificultades para identificar tanto posibles efectos sociales perjudiciales y beneficiosos como los cursos causales que llevan a unos y otros. Entre los efectos beneficiosos de los avances punitivos se suele aludir a la disuasión de la comisión de hechos similares en el futuro, la revelación de los hechos en los procesos judiciales y la consiguiente condena social que a su vez tiene efectos preventivos, la promoción generalizada de la conciencia de legalidad y de que no hay sectores sociales por encima de las normales jurídicas. Los efectos perniciosos

más comúnmente aludidos son la promoción de actitudes de hostilidad frente a grupos sociales, principalmente el militar, las que a su vez provocan reacciones de aislamiento de tales grupos, de abroquelamiento en enfoques ideológicos cerrados y de falta de adhesión al sistema democrático, con el consiguiente peligro para su preservación. Por supuesto, los efectos beneficiosos y perjudiciales de las medidas de limitación de penas a las que se suele hacer referencia con más frecuencia son los conversos de los efectos perjudiciales y beneficiosos de la promoción de penas: la reconciliación con grupos involucrados en los procesos y la consiguiente adhesión de ellos al sistema democrático, por una parte; la difusión de la impunidad, el ocultamiento de la verdad, la muestra de la debilidad de las autoridades legítimas que preanuncia nuevas presiones, por la otra.

En cuanto a la indeterminación de los cursos causales que pueden llevar a unos u otros efectos tanto en los casos de políticas punitivas como en los de las contrapunitivas, ella está dada por diversos factores: la acción de órganos y agentes independientes ante las medidas que se toman (esto fue decisivo en casos como la modificación que el Senado introdujo en la regulación de la obediencia debida propuesta en enero de 1984 por el gobierno de Alfonsín, o como el efecto bumerán que tuvo la ley de punto final al provocar una hiperactividad por parte de los jueces); el efecto de las medidas en el establecimiento o cesación de marcos estructurales que posibilitan o impiden los estados de cosas que se procuran obtener (por ejemplo, se ha alegado que el tipo de terrorismo de Estado que se quiere impedir es muy difícil de implantar en un contexto democrático y que este puede resultar afectado positiva o negativamente por la política punitiva; también se ha alegado que, en el caso de que se reemplazara el orden democrático, el efecto demostrativo de la política punitiva haría más difícil su restablecimiento); también torna más compleja la estimación de los efectos causales de las políticas que se adoptan en esta materia la necesidad de considerar el impacto de acciones y actitudes de grupos sociales que adoptan enfoques diversos sobre la justificación de la pena (por ejemplo, el hecho de que muchos grupos de derechos humanos hayan adoptado una política retributivista sin calificaciones tuvo un impacto importante en las acciones y reacciones de diversos agentes que debían diseñar, implementar o ser destinatarios de estas políticas).

Alguna clarificación sobre las consecuencias de las medidas que se tomaron o se podían tomar en esta materia puede obtenerse si se profundiza un poco más en el sentido de la punición de estos hechos. Para ello es importante tomar en cuenta que las diversas teorías justificatorias de

la pena tienen cierto punto de convergencia, dado por el hecho de que prácticamente todas ellas ponen el acento en la internalización de los principios de conducta rechazados por el acto criminal. En la teoría retributivista de Kant, se trata de hacer sufrir al delincuente las consecuencias de la máxima de conducta de acuerdo con la cual él mismo ha actuado, lo que —aunque este no es el fin de la pena— puede hacerle ver que él no está dispuesto a universalizar coherentemente esa máxima y que, en consecuencia, debe rechazarla. En la concepción también retributivista de Hegel, la pena procura dialécticamente negar la negación que ha hecho el delincuente de un principio de obrar justo. Los enfoques prevencionistas buscan con la pena que el delincuente actual o potencial se disuada, por miedo a futuras penas similares, de actuar contra cierta regla de comportamiento. En fin, las propuestas rehabilitadoras esperan que, a través de la pena o de los tratamientos que ella hace posibles, el agente adquiera actitudes de arrepentimiento y la disposición de actuar de acuerdo con principios de conducta que se suponen válidos.

La pena es en última instancia un instrumento, no el único ni el más importante, por cierto, de formación de la conciencia moral colectiva. Tanto la revelación de la verdad por medios fidedignos, como lo es un proceso judicial ecuánime, como la condena moral expresada por cierta magnitud de pena, sirven para que se internalice mediante la reflexión pública cuáles son los límites de las conductas socialmente aceptables. Por supuesto que para ello las leyes penales deben ser legítimas, y no parece haber otra fuente de legitimidad que la que surge de la discusión y decisión democráticas, que aseguran en mayor grado que cualquier otro procedimiento la imparcialidad determinada por la consideración de todos los intereses y opiniones en conflicto.

En el caso de los derechos humanos, no hay escudo más seguro de protección que una conciencia colectiva alerta en defensa de la dignidad de la persona humana. Las leyes nacionales y los tratados internacionales son valiosos instrumentos de protección de tales derechos, sobre todo en cuanto pueden servir, como vimos, para promover esa conciencia, pero no pueden reemplazarla como garantía última de los derechos humanos.

Resulta todavía misterioso cómo es el proceso de deterioro de esa conciencia colectiva de respeto por los derechos humanos, y cuáles son las condiciones para su regeneración. Tal vez tanto el absolutismo ético como su opuesto, el relativismo, tienen incidencia en aquel deterioro, al descreer de la posibilidad de un proceso cooperativo de búsqueda tentativa de la verdad a través del diálogo, lo que presupone el reconocimiento de todos quienes pueden contribuir actual o potencialmente a

ese diálogo. Quizá también el socavamiento del respeto de la dignidad de la persona se produce principalmente por adhesión a concepciones *holistas*, que parten de la hipóstasis de supuestas entidades supraindividuales como la nación, el proletariado, la raza pura, el pueblo elegido cuyo florecimiento y progreso a través de la historia justifica el tributo de pobres seres de carne y hueso infinitamente imperfectos y fungibles. Es posible que la mentalidad autoritaria que percibe a la autonomía como un abismo vertiginoso y sólo encuentra contención en la imposición heterónoma de órdenes y rutinas se refleje inmediatamente en el intento de coartar la libertad de otros. Pero tal vez la falta de conciencia en la dignidad de la persona se deba en buena medida, como sugiere Hannah Arendt, a actitudes banales: a una sistemática superficialidad en el pensamiento, a no adoptar el punto de vista del otro, a moverse por eslóganes, a dejarse llevar por explicaciones poco consistentes.

Sea como fuere, lo cierto es que, por incomprensible que resulte, hay un estadio de deterioro en la conciencia moral que lleva a ciertos individuos a concebir a algunos semejantes como cosas a ser manipuladas, degradadas o aun destruidas en beneficio de sus propios fines, de los fines “superiores” de la entidad supraindividual preferida de la que el agente se erige en intérprete o de ningún fin en absoluto. Esto sólo nos proporciona, sin embargo, un esquema conceptual elemental para caracterizar este tipo de situaciones, y sería necesaria una batería de descripciones psicológicas y de evocaciones literarias para poder entender la falta de identificación del torturador con el ser humano indefenso al que somete a tormento, del terrorista con los padres del chico destrozado por su bomba, o de Eichmann con los judíos a quienes enviaba a la muerte a través de un servicio de transporte ferroviario perfectamente organizado.

En el caso de la Argentina, ese deterioro de la conciencia moral se puso de manifiesto tanto en quienes vieron en la guerrilla un movimiento de jóvenes idealistas que combatían por causas nobles frente a intereses imperialistas y sus personeros locales, como en quienes concibieron el secuestro, la tortura y la ejecución clandestina como formas de guerra legítima en defensa de los intereses superiores de la Patria puestos en peligro por otro imperialismo. Unos y otros contaron con incitadores, apologistas e indiferentes selectivos, que tal vez se escandalizaban cuando la víctima era de un sector, pero se encogían de hombros y hasta se alegraban cuando era del otro. Un lenguaje deliberadamente ambiguo y equívoco se desarrolló para confundir la realidad: por ejemplo, cuando se estaban juzgando las atrocidades cometidas por algunos miembros de las Fuerzas Armadas, se hacía como si se estuviera hablando de los en-

frentamientos armados legítimos que las instituciones militares sostuvieron contra los grupos subversivos.

Esta visión, que aplica coherentemente los mismos principios para juzgar la acción de ambos grupos terroristas, se caracterizó, en una nueva muestra de lenguaje dirigido a confundir, como “la teoría de los dos demonios”. Como bien ha dicho José Enrique Miguens en un seminario, esa calificación es radicalmente errónea, pues implica duplicar el punto de vista apologista de uno u otro grupo armado que concebía al otro como un demonio, como representante del mal absoluto que se manifiesta en forma abierta o encubierta de múltiples modos. Precisamente, la pretensión de aplicar imparcialmente los mismos principios y garantías procesales a los que presuntamente han cometido hechos delictivos excluye tratarlos como “demonios” e implica considerarlos como seres humanos responsables merecedores del respeto que ellos han negado a sus semejantes.

Otra deformación del mismo punto de vista imparcial consiste en sostener que, dado que la responsabilidad por este tipo de hechos está tan extendida que abarca no sólo a los participantes en los grupos terroristas, sino también a los periodistas, dignatarios eclesiásticos, empresarios, profesores universitarios, diplomáticos, profesionales, etc., que incitaron, encubrieron, apoyaron, silenciaron los hechos en cuestión, ella finalmente se diluye: nadie puede tirar la primera piedra, ni sentirse capaz de juzgar a otro, y toda selección en la imputación penal es inherentemente injusta. Es obvio que no todos fueron responsables –hubo gente valiente y ecuaníme que condenó coherentemente todas las formas de violencia–, y aun quienes fueron responsables lo fueron en grados muy diversos, pero el error fundamental de esta visión es –como sostiene Robert Nozick en otro contexto– suponer que la responsabilidad por un hecho delictuoso es como el contenido de un barril que tiene límites fijos y que cuando se reparte entre muchos se diluye (se es tan responsable por la muerte de alguien si se lo hace solo o si se lo hace acompañado de muchos otros cuyas conductas son condiciones suficientes de esa muerte). Por otra parte, las teorías más adecuadas de justificación de la pena que se han mencionado antes admiten que se renuncie a penar a responsables en atención a consideraciones como las consecuencias para la sociedad en conjunto o la necesidad de economizar y concentrar más eficazmente recursos judiciales y policiales: esa renuncia no se hace en reconocimiento de un *derecho* de la persona beneficiada por ella, y, en consecuencia, no hay una exigencia de igualdad de extenderla a todos aquellos que se encuentren en la misma situación.

El gobierno de Raúl Alfonsín estuvo en general determinado por la visión expuesta antes en su política de promoción del juzgamiento de los hechos de violencia cometidos en la década del setenta. Su principal objetivo fue ayudar a regenerar una conciencia moral de que las motivaciones políticas, aun cuando puedan ser altruistas y elevadas, no justifican actos aberrantes de someter a seres humanos a condiciones de sevicia y crueldad. Esta fue una inauguración muy diferente a la del período constitucional iniciado en 1973, el que con su amnistía general de hechos delictivos cometidos con finalidad política transmitió el mensaje, rápidamente recibido por sectores que al poco tiempo pasaron a la acción, de que la motivación política otorga inmunidad para cualquier tipo de extremos.

El gobierno de Alfonsín promovió, entonces, una legislación tendiente a la defensa del orden democrático, a la punición de la tortura con la misma pena que el homicidio, a la ratificación de convenciones internacionales sobre derechos humanos –que incluyen la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana–, a la abolición de la legislación penal persecutoria, a la prohibición de toda forma de discriminación, etc. Específicamente en relación con los hechos del pasado se promovió la anulación de la ley de autoamnistía –lo que inauguró una nueva doctrina de no reconocimiento de las normas de facto–, se creó la Conadep para dar una visión sistemática e integral de los hechos ocurridos, y se envió un proyecto para constituir el marco jurídico y de enjuiciamiento de los actos de terrorismo de Estado. Ese proyecto procuraba otorgar las máximas garantías procesales a los imputados y al mismo tiempo superar una serie de obstáculos constitucionales. Desde el punto de vista de la política punitiva, se intentó hacer compatible la necesidad de que los hechos no resulten impunes –de modo que se preserve la igualdad con los cometidos por el terrorismo guerrillero, cuya punibilidad se persiguió antes y después de la instalación del gobierno constitucional– con la necesidad de que los procesamientos no provoquen consecuencias riesgosas para la preservación del orden democrático, que es, como se dijo, el principal escudo de protección contra la repetición de similares atrocidades. Para ello debía haber limitaciones tanto en las categorías de los procesados como en el tiempo de los procesos.

Lamentablemente esas limitaciones no fueron cumplidas por la actuación de agentes independientes que es propia del sistema democrático (aunque la falta de coordinación en una cuestión tan trascendente para el futuro institucional argentino es signo de la intransigencia y de la renuencia negociadora que caracteriza nuestra vida política). La limi-

tación en cuanto a las categorías de responsables fue desvirtuada por la modificación que el Senado introdujo a la regulación de la obediencia debida en el proyecto originario, y la limitación en cuanto al tiempo fue desnaturalizada por la inacción de la primera instancia prevista para juzgar estos hechos y, en el caso del interior del país, también de la segunda instancia.

Esa desvirtuación de los límites originarios provocó tensiones y amenazas que se intentaron contener primero con la llamada “ley de punto final” y luego, ante su efecto contraproducente al provocar una hiperactividad de los tribunales del interior, con la ley de obediencia debida, las que procuraron, ahora menos prolijamente, restablecer los límites originarios (es importante destacar que en la resolución de los hechos de Semana Santa de 1987 no se prometió esa ley, sino que sólo se anunció que se esperaba que la Corte Suprema definiera los límites de la obediencia; sólo cuando, varios meses después, se tuvo conciencia de que ello no ocurriría, se promovió la ley en cuestión). Es obvio que la última ley fue un instrumento pobre, puesto que inevitablemente conllevaba un mensaje opuesto a aquel que desde Nuremberg está en el frontispicio de la conciencia civilizada: jamás está justificada la obediencia a órdenes cuando estas son aberrantes.

Sin embargo, al menos se intentó atenuar este mensaje haciendo alusión a la regulación de la obediencia debida previa a la comisión de los hechos y a que ella debía cambiar para el futuro. De hecho la ley en cuestión pareció el mal menor ante los males de las alternativas más convencionales: la necesaria generalidad de la amnistía y la inconstitucionalidad del indulto a los procesados.

Aunque todavía es temprano para juzgar con ecuanimidad y conocimiento de las implicaciones relevantes, esa política parece haber tenido algún éxito, junto obviamente con muchos otros factores, en el fortalecimiento de la conciencia pública de condena a los hechos objeto de investigación, procesamiento y punición, como muestran las encuestas y las manifestaciones y reacciones públicas que se producen cada vez que esa condena aparece cuestionada. El éxito ha sido sin duda menor en superar los enclaves de diversas modalidades de discurso de las que participan quienes defienden los hechos que han sido objeto de tal investigación, procesamiento y punición, recurriendo a categorías conceptuales –como “el Ser Nacional” y sus “custodios privilegiados” y diversos tipos de “conspiraciones” que lo ponen en peligro– que no son compartidas por el resto de la comunidad de comunicación y que, en consecuencia, los conducen a un aislamiento peligroso. Los indultos dictados

recientemente por el presidente de la nación Carlos Menem parecerían proseguir la misma línea del gobierno anterior de establecer límites a la persecución penal de estos actos de violencia.

Sin embargo, hay diferencias profundas y extremadamente graves que merecen señalarse. En primer lugar, el indulto comprende casos que por diversas razones no podían ser objeto del mismo tratamiento que el de los procesados por actos de terrorismo de Estado. Los condenados por la Guerra de Malvinas lo habían sido en primera instancia por la propia jurisdicción militar, y los procesados por rebelión e insubordinación lo fueron por actos cometidos durante un régimen constitucional, en el que se supone hay una voluntad compartida por todos los actores políticos de aplicar inflexiblemente la ley, cualesquiera sean sus actitudes sobre los hechos que ocurrieron en el ignominioso pasado y las formas de tratarlos.

El poner todas estas situaciones en la misma bolsa y hacerlas objeto de idéntico trato es considerablemente peligroso: transmite el mensaje de que dan lo mismo los hechos que los militares condenaron que los que se resistieron a condenar, que dan igual los delitos cometidos bajo un régimen de facto que los que se ejecutaron contra las instituciones democráticas.

Lo que sí parecería representar una continuidad de la política del anterior gobierno son las medidas que favorecen a los procesados por violaciones a los derechos humanos cometidas tanto por el terrorismo guerrillero como por el terrorismo de Estado. Aquí se aplica aparentemente la misma razón de que la reiteración de procesos públicos por estos hechos tiene la virtualidad de generar tensiones y reacciones que no son propicias para consolidar el sistema democrático. Pero, en segundo lugar, quienes acuden sin calificaciones a este argumento están adoptando una derivación de la tesis "responsabilidad extendida, responsabilidad diluida", sin tomar en cuenta que los que quedaron fuera de los límites de la obediencia debida son los que tenían responsabilidades más graves, y que, por lo tanto, más serias deben ser las consecuencias perniciosas previstas para justificar su impunidad.

En tercer término, el remedio técnico previsto para acceder a esa impunidad es obviamente inconstitucional. Para percibir esto hay que dejar de lado la falacia de que cada vez que algo es constitucionalmente controvertible es constitucionalmente permisible y simplemente advertir que el art. 95 de la Constitución prohíbe al presidente de la nación "arrogarse el conocimiento de causas pendientes", que el art. 86, inc. 6 habla de "indultar y conmutar penas por delitos federales" (lo que hace

que la limitación a delitos federales no se aplique al indulto si este no se vincula —como figura en cualquier diccionario— con la idea de la pena), y que esta fórmula es relevantemente diferente a la de la Constitución norteamericana (que habla de conmutar penas, y luego, de perdonar). Esta violación constitucional es sin duda grave, puesto que preanuncia una actitud de ligereza respecto del Estado de Derecho. Aún más importante es el argumento valorativo de que una cosa es darle poder al presidente para decidir la cuestión administrativa de la aplicación de una pena dispuesta por los tribunales, y otra muy diferente es darle poder para interferir con la acción de estos, impidiendo que se conozca la verdad y con la posibilidad de dar la impresión —según cómo se fundamente el indulto— de que los culpables son inocentes o de que los inocentes son culpables. En el marco de un presidencialismo extremo como el nuestro, este reconocimiento de un nuevo poder presidencial es un precedente de enormes riesgos y posibilidades de abusos.

Tampoco puede descartarse a la ligera el argumento de que la generalidad de este indulto lo asemeja en la práctica a una amnistía, que es facultad privativa del Congreso nacional. Pero, en cuarto lugar, tampoco lo más relevante son estos argumentos constitucionales, sino el hecho de que cualquiera puede ser la justificación de esta nueva impunidad. Al igual que las amnistías de 1973, ella responde a una concepción muy diferente de los límites promovidos por el gobierno anterior. Los discursos oficiales, los fundamentos de los decretos de indulto, los gestos de camaradería ulteriores a la medida muestran claramente que el mensaje que se intenta transmitir a la sociedad es bien distinto: ya no se trata de eximir de penas, por consideraciones de protección de la sociedad y del orden democrático, por hechos que se condenan moralmente con la más firme convicción y con el énfasis más intenso, sino de minimizar las graves violaciones a la dignidad humana cometidas por los dos terroristas como “desencuentros”, como manifestaciones de una enemistad en la que se vio envuelta toda la sociedad y que ahora toca olvidar y superar en un gesto de gran reconciliación colectiva. En el lenguaje oficial, la teoría de la responsabilidad diluida es llevada al máximo al hablar de “guerra civil”, como si prácticamente toda la población hubiera estado embanderada activamente detrás de uno y otro terrorismo, y ahora le tocara participar magnánimamente de esta supuesta reconciliación omniabarcadora. La mayoría de la población no tiene con quién reconciliarse porque nunca estuvo enemistada con nadie: simplemente fue víctima inocente de un fuego cruzado por parte de bandos que entendían plenamente justificado aterrorizar al resto de la sociedad para lograr sus objetivos.

También se da un mensaje confuso cuando se apela a la pacificación como prerequisite de la concentración de la población en actividades productivas.

La falacia aquí es suponer que la mayoría de la población está distraída de sus posibilidades de trabajo fecundo, de creatividad, de inversión por las rencillas intestinas que se dan entre grandes sectores, cuando en realidad la gente se ocuparía plácidamente de sus negocios si viera que la justicia hace tranquilamente su trabajo.

Son estos mensajes equívocos y confusos que acompañan a las recientes medidas contrapunitivas los que mayor peligro encierran para la formación de una conciencia moral sólida en protección de los derechos humanos para el futuro. Es grave que la gente, sobre todo los jóvenes, crezca cada vez más escéptica respecto de las posibilidades de actuación de la justicia en otros casos. Es grave que se entienda que la política es un ámbito de inmunidad ante consideraciones morales y que lo que se hace con motivación de esa índole, por más aberrante que sea, tarde o temprano resultará impune. Es grave que diversos grupos supongan que atentar contra el orden democrático no acarrea consecuencias si se lo hace con suficiente reiteración y fuerza. Es grave que se transmita la idea de que son tan responsables las víctimas del terror como sus autores y que todos deben confundirse en un cálido abrazo, sin esperar una palabra de arrepentimiento o reconocimiento por parte de los últimos, esto es, de los verdaderos responsables. Todo eso es grave, y su gravedad no se mide por consecuencias inmediatas, sino por su potencialidad para provocar situaciones que luego, cuando ya es tarde, hacen exclamar: "¡Cómo esto pudo ocurrir aquí!". Pero a pesar de su gravedad debemos conservar esperanzas, puesto que el principal custodio de la conciencia moral de una sociedad no es el gobierno por medio de su política punitiva. El principal custodio de esa conciencia de la propia sociedad y el primer instrumento de protección no son las penas, sino una amplia y profunda reflexión y discusión pública como las que estos indultos han provocado.

El deber de castigar los abusos cometidos en el pasado contra los derechos humanos puesto en contexto

El caso de la Argentina*

I. INTRODUCCIÓN

Debemos estar agradecidos con Diane Orentlicher por tan completo análisis de un tema en extremo 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 violaciones pasadas 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 sobre las violaciones de derechos humanos.

El objetivo de este comentario es poner la fórmula de Orentlicher (1991: 2537) en un contexto fáctico.¹ Compartiré, como estudio de caso, algunos aspectos particularmente complicados de la situación que tuvo que enfrentar el gobierno del presidente Raúl Alfonsín en la Argentina

* Originariamente publicado en inglés, bajo el título "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights put into Context: The Case of Argentina", *The Yale Law Journal*, 100(8): 2537-2615 (1991). Reimpreso en Neil Kritz (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. [N. del E.]

** En este artículo, Carlos Nino debate en profundidad con las posiciones de Diane Orentlicher. Los textos de ambos, originalmente publicados en el mismo número de *Yale Law Journal*, se inscriben en una discusión que ya aparece planteada en la conclusión ("El rol del derecho internacional") del presente volumen. [N. del E.]

¹ Me basaré aquí en mis conocimientos de primera mano y observaciones de los juicios en la Argentina. Para un recuento más detallado, véanse O. Gómez (1985), "El Diario del Juicio" (microfilm archivado en Yale Law School Library) y Gray (1986: 688), en los que se describen los juicios y condenas en el país.

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 aplicándolas 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 complejidades.²

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. Sólo la teoría de retribución obligatoria —la idea de 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 oportunidades (Nino, 1991b; 1983: 289), he descripto 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, mediante una cadena causal, abusos semejantes o aun 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 propia de la condena.

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 que prohibía los juicios contra militares.

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 en el hecho de que la persona actuó voluntariamente cuando cometió el crimen, siendo consciente de que el hecho de tener que asumir la responsabilidad sería una consecuencia normativa de su acto, independientemente de si previera 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 armonizarse 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 prerrequisito 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 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 (1977: 90-100) entre los derechos individuales establecidos por los principios y las metas colectivas que imponen las políticas. 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 estos 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, aun cuando algunas personas se queden sin recibir anticonceptivos.

Casi todas las teorías del 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 no se va a lograr el objetivo de las condenas. 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 proscriptos, tales como la raza de los acusados. La selección se debe realizar según 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, el derecho internacional. En otras oportunidades (Nino, 1985b) 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, puntualmente 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, incluidas las leyes positivas internacionales, es la voluntad de las instituciones del gobierno —es decir, Estados y organismos internacionales— de hacerla cumplir (Nino, 1980). 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 se los interpreta como proposiciones sobre cómo el derecho internacional debería ser reformado o desarrollado, 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. En efecto, la inclusión del deber de condenar crímenes pasados dentro del derecho internacional podría, de hecho, causar mayores consecuencias negativas que deben tomarse 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 sobre la veracidad de esta afirmación 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 este propósito. 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 la 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 Malvinas, que a su vez desenmascaró los engaños que este régimen venía haciendo a la población;³
2. la denuncia de actos de corrupción, y
3. las horrendas historias de denigración humana descritas con detalle sensacionalista en los periódicos semanales.

3 Por ejemplo, el régimen aseguró hasta el último momento que estaba ganando la guerra.

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 señor 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 amnistía⁴ promulgada por el régimen militar. Su opositor, el señor 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.

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 que promovían los derechos humanos. Envío al Congreso 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 militar,⁵ castigar el crimen de la tortura con la misma pena que la utilizada para el asesinato,⁶ ratificar todos los convenios internacionales de relevancia relacionados con los derechos humanos,⁷ derogar la jurisdicción militar sobre crímenes que se cometerían en el futuro por miembros de las Fuerzas Armadas en conexión con

4 Ley nacional 22 294, promulgada el 22 de septiembre de 1983 (que da la amnistía a los miembros de la Junta Militar). Véanse *infra* notas 14-16 y texto acompañante. En general, véase Nino (1985a: 21), donde se detallan los obstáculos legales para anular la ley de amnistía.

5 Ley nacional 23 077, promulgada el 22 de agosto de 1984.

6 Ley nacional 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 (art. 1, § 2).

7 Ley nacional 23 054, promulgada el 19 de marzo de 1984 (que ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

actos que forman parte del ejercicio de su cargo,⁸ y eliminar otros tipos de discriminación.⁹

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 investigaciones.¹⁰ Encabezada por el famoso escritor Ernesto Sabato, esta comisión produjo en menos de un año el bien conocido informe titulado *Nunca más* (1984), en el que figura 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, la 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.

A diferencia de lo que sugiere Orentlicher,¹¹ 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,¹² puestas en marcha durante un período de mucha menos

8 Ley nacional 23 049, promulgada el 14 de febrero de 1984. Véanse *infra* notas 18-25 y texto acompañante.

9 Para una discusión sobre las leyes que se implementaron, véase Nino (1985a: 219-221).

10 Decreto 187/83, promulgado el 15 de diciembre de 1983.

11 Orentlicher (1991: 2599-2600) se enfoca en el caso de Grecia. 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 la Argentina. Estas diferencias prácticas explican la relativa facilidad con que se realizaron los juicios, más que los tecnicismos legales que impresionaron a Orentlicher.

12 Ley nacional 23 492, *infra* nota 33.

tensión política, un intento *ex ante* de imponer una fecha límite para la terminación de los juicios 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 bumerán 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 bumerán 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 el dictado de leyes que se apliquen a hechos ocurridos con anterioridad, como aquellas dirigidas a persona o personas determinadas o determinables.¹³

Dado que era imposible poner límites directos a las fechas y al alcance de la responsabilización, estos límites se tuvieron que establecer mediante 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 Militar (Nino, 1985a).

El primer obstáculo, la ley de amnistía, afectó el enjuiciamiento tanto de guerrilleros como de militares. La derogación de esta ley 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 condena.¹⁴ 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 delitos.¹⁵

La solución adoptada por el Congreso, a partir de la iniciativa del Ejecutivo, fue anular, en vez de derogar, la ley de amnistía.¹⁶ Esto fue posible porque mediante una nueva concepción de la validez de las leyes promulgadas por gobiernos autoritarios (Nino, 1985b), 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

13 Constitución nacional argentina, art. 18.

14 Código Penal, art. 2.

15 Constitución nacional argentina, art. 18.

16 Ley nacional 23 040, promulgada el 27 de diciembre de 1983.

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 militares.¹⁷ Muchas personas desconfiaban de la imparcialidad de estos jueces militares al momento 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*.¹⁸ Por otro lado, la Constitución prohíbe que el presidente ejerza funciones judiciales o que imponga castigos.¹⁹ 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 según el cual se realizaría un primer juicio frente a las cortes militares pero con derecho de apelar automáticamente ante la Corte Federal de Apelaciones, donde se podría presentar nueva evidencia.²⁰ Si la corte militar no finalizaba el juicio en el transcurso 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

17 Código de 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.

18 "Ningún habitante de la Nación puede ser castigado sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley existente antes del hecho de la causa." (Constitución nacional argentina, art. 18, trad. en *Const. of The Third World*, 1, 1991).

19 "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas." (Constitución nacional argentina, art. 95, trad. en *Const. of The Third World*, 1, 1991).

20 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 c. Paggio", *Fallos*, 247: 646 (1960).

con el deseo de limpiar la imagen desprestigiada de las filas militares. El gobierno esperaba que la corte militar terminara su trabajo en el 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, tras 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 Militar.²¹ 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 sólo se lo podría culpar sólo como cómplice.²² 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. De todos modos, esta regulación no se podía derogar retroactivamente sin que se violara la Constitución.²³

Por fortuna, 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

21 Código de 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 este haya excedido el alcance de la orden.

22 El Código Penal también ofrece una defensa de la obediencia debida. Código Penal, art. 34.5. Aquellos que actuaron en virtud de la obediencia debida no deben ser castigados.

23 Constitución argentina, art. 18.

algunos abusos extraordinariamente brutales contra los derechos humanos que exigían un castigo ejemplar.

En este último caso, la propia 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 promulgación,²⁴ lo que llevó a más confusión que claridad. Un senador²⁵ 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 enjuiciado. 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 ambiguas,²⁶ la corte militar no hizo mayores avances en cuanto a los procesos judi-

24 Ley nacional 23 049.

25 Elías Sapag, de la provincia de Neuquén.

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

ciales. 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 Aires. 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. Quizás 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 sistema democrático fueron impuestos al pie de la letra. Este fracaso se debió a la participación democrática, pero no coordinada, de agentes independientes 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, 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 e 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 otra parte, 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 fuertemente²⁷ y asumió los casos militares pendientes que estaban dentro de su jurisdicción, haciendo que estas instrucciones perdieran efecto.

Luego, en diciembre de 1986, el presidente Alfonsín envió al Congreso una propuesta legislativa²⁸ que establecía 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 criticada con fuerza tanto en el extranjero como en el país.²⁹ A pesar de que el límite de los sesenta días se traslapaba con el receso de un mes de los tribunales, la ley tuvo el efecto bumerán 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 cuatrocientas cincuenta 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 y se escondieron en un cuartel militar, protegidos por sus camaradas fundamentalistas, los llamados “carapintada”, 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. Alertadas sobre lo que estaba sucediendo, millones de personas se reunieron para apoyar la democracia en la Plaza de Mayo ante la Casa de Gobierno de Buenos Aires y en otras ciudades del interior de la Argentina. Alfonsín viajó en helicóptero hasta el cuartel para pedir la rendición de los rebeldes. Tras horas de tensión, regresó con el anuncio de que los acuartelados 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

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

28 Ley nacional 23 492, promulgada el 4 de diciembre de 1986.

29 Véase, por ejemplo, “Justice Diluted in Argentina”, *The New York Times*, 25 de febrero de 1987, sección A26.

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 llegar. En primer lugar, en los días siguientes el gobierno se enteró de 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 militar (Morales Solá, 1990: 161) 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 de 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, esta debe ser generalizada y, de acuerdo con el Código Militar, esto necesariamente se habría extendido a los altos oficiales.³⁰ Que el presidente otorgara el indulto a personas que aún no habían sido sentenciadas habría sido inconstitucional.³¹ 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 Congreso,³² 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

30 Constitución argentina, art. 16.

31 Constitución argentina, art. 95.

32 Ley nacional 23 521, promulgada el 4 de junio de 1987.

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 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 cofundador, 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 “carapintada” se rebelaron de nuevo,³³ 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 mandato, cuando se dio cuenta de 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 contra las instituciones democráticas.³⁴ Estos indultos se extendieron incluso a los principa-

33 Primero, en enero de 1989, en Monte Caseros y luego, en diciembre del mismo año, en Villa Martelli.

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

les oficiales responsables de la organización de toda la maquinaria del terror.³⁵

Haber perdonado a los mayores 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 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 la ley nunca se aplica a los más poderosos, lo que crea incentivos para actuar ilegalmente y promueve el desencanto en el país.³⁶ Dado que los principales conductores del régimen del terror durante la década del setenta estaban cumpliendo sus sentencias aun cuando los individuos menos poderosos estuvieran exentos de estas, las personas se dieron cuenta de que el poder no era inmune al castigo. Este dejó de ser el caso luego de 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 ma-

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

36 Para una discusión más detallada, véase Nino (de próxima aparición).

[N. del E.: el autor probablemente se refiera a *The Constitution of Deliberative of Democracy*, publicado después de su fallecimiento por Yale University Press.]

nera selectiva las violaciones de derechos humanos cometidas durante gobiernos anteriores, hubiera contribuido a superar cada uno de los factores que dificultaron los juicios en la 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 acciones 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. Aun 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 la 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 la Argentina, ciertamente uno podría haber asumido que tuvo lugar un conjunto complejo de acuerdos³⁷ 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 Judicial.³⁸ Pero este no fue el caso. Hubo conversaciones aisladas, pero no existieron acuerdos

37 España, Uruguay y Chile mostraron esta tendencia.

38 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 Dworkin (1977: 90-100).

ni negociaciones reales y concretas. Como consecuencia, las diferentes partes involucradas actuaron con independencia, sin una significativa coordinación. Ocasionalmente, se vieron pequeños gestos de cooperación; pero como se señaló, este no fue el caso en la mayoría de las situaciones.

Posiblemente la magnitud y cercanía en el tiempo de las atrocidades cometidas en la Argentina esparció un deseo del castigo, lo que eliminó casi todas las posibilidades de negociación. Quizá, la muy frecuentemente mencionada intransigencia política del pueblo argentino impidió la posibilidad de llegar a acuerdos.³⁹ 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 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, incluido el Poder Judicial, habría evitado a todos costosas tensiones y frustraciones.

La estructura de interacción entre los diferentes actores en la 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 Franco (Colomer, 1990), quedé impresionado por el hecho de que el proceso de negociación y de lograr acuerdos fuera facilitado por la circunstancia de que cada uno de los tres grupos con grados similares de poder haya podido 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 la 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 este 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 sólo afectaban al gobierno al desacreditarlo y debilitar la percepción que exis-

39 Existe incluso un partido que se enorgullece de ser llamado "intransigente".

tía 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. Quizá 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 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 colectiva.⁴⁰ 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 señalé, la posibilidad de que hubiese poderes mundiales reaccionando con tanta fuerza 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 la Argentina no prosperaron. La otra forma de comunicación, es decir, discutir con la intención de persua-

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

dir, resultó 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 sostienen 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. Algunas 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 entenderlos. No me cabe duda de que nuestro propio modo de discurso es universalista e inevitablemente nos compromete a realizar juicios sobre moralidad intersubjetiva, incluso en relación con la conducta de personas que no comparten ese modo de discurso.⁴¹ Puede ser que, subjetivamente, las acciones de una persona sean

41 Incluso el posible juicio sobre la necesidad de tolerar las acciones realizadas por personas con valores diferentes y con diversos esquemas que los

excusables porque esta 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 práctico (Nino, 1989a). 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 la Argentina. Los militares mantuvieron un alto nivel de solidaridad durante los juicios, tanto es 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 que el 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 la 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.

justifican nos comprometería a no tolerar las acciones que interfirieran con esa tolerancia.

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. Ellos incluían a 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 Plaza de Mayo, por ejemplo, insistieron en que los desaparecidos debían aparecer vivos, aun 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.

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 parecer, trataba en forma errónea a los dos grupos terroristas como igualmente responsables. El gobierno respondió que se intentaba, por el contrario, desdemoniar 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 de 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 autofrustrante.

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 en extremo altas sobre los juicios, sin entender las incertidumbres que la 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 de 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 habían jugado 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 estaban basadas las demandas de los grupos de derechos humanos, 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.

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 la Conadep, a sabiendas de que su falta de participación podía afectar la percepción de legitimidad de la Comisión. Y, aun cuando los legisladores peronistas concordaron en privado con la

necesidad de limitar los juicios⁴² y entregaron quórum para aprobar la legislación, públicamente criticaron estas leyes como concesiones a los militares.

Este oportunismo no se debe por entero a falta de virtud política. Es también producto de la dinámica de confrontación, inherente a un sistema presidencialista de gobierno que coexiste con partidos fuertes y disciplinados (Nino, 1989b: 129).

Es poco probable que el oportunismo se limitara 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. AMBIGÜIDADES

Es inevitable que en política haya algún nivel de discurso contradictorio o ambiguo, dados los efectos autograticantes y autofrustrantes de las predicciones, amenazas y advertencias que existen en este contexto. Por ejemplo, muchas personas insistieron en que cuando el presidente Alfonsín envió al Congreso la ley de obediencia debida debió haber sido mucho más abierto con respecto al riesgo que esta 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 hacia el interior del gobierno. De esta manera, a los oficiales del gobierno se los acusó con frecuencia de emitir dife-

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

rentes 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.

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 del gobierno que las expresaron y habrían generado el temor de que ellos estuvieran 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 la 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. 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 en aquel contexto, una muestra de lo que Bernard Williams llama “suerte moral” (Williams, 1981). 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 de que bajo la peor crisis económica de la historia

en la Argentina, casi nadie apoyó una interferencia al proceso democrático, a diferencia de lo que había sucedido anteriormente en situaciones más moderadas de crisis económica. Esto 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, estos últimos están gradualmente cambiando su modo de discurso característico, aceptando una visión menos holística de la nación y menos elitista, en términos epistémicos, sobre sus necesidades.⁴³

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, la 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 la Argentina bajo el gobierno de Alfonsín provino de la crítica pública. Si personas como Orentlicher piensan que el proceso fue un fracaso parcial, entonces fue un 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 con 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 a los gobiernos sucesores que deben luchar con las complejidades sutiles de restablecer la democracia.

Quizá 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 posterior a Nuremberg de enviar a autores de crímenes en contra de los derechos humanos a cortes internacionales parece ser muy sensato. Las violaciones

43 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.

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 esto 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, 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 los cuales 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 casos no son, en general, reconocidos propiamente como violaciones, 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 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 si estuvieran 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 este 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 apoye 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 presiones⁴⁴ que tiendan a estimular a las personas a discutir y decidir por sí mismas la mejor forma de proteger sus propios derechos.⁴⁵

44 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 la Argentina.

45 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 Nino (1991b).

Cuando un castigo justo es imposible...*

Hay un malentendido recurrente en las conferencias que a menudo se organizan sobre justicia retroactiva en procesos de transición a la democracia. Ese malentendido puede ser diagnosticado si prestamos atención a la repetida reacción que tienen muchas personas cuando se considera el legado de los abusos contra los derechos humanos y los remedios que se adoptaron contra ellos en América del Sur cuando se restableció la democracia, y son comparados con ese legado y las perspectivas de remedios que se afrontan en Europa oriental. La reacción siempre es: "No puedes comparar. Allí, en países como la Argentina y Chile, lo que tienes que enfrentar son claros crímenes como homicidios o torturas cometidos por personas identificables –principalmente los militares–, mientras que en países como Hungría o Polonia lo que nos toca afrontar son actos como la colaboración con la policía secreta que se extendieron en amplios sectores de la población".

La reacción se basa, obviamente, en una diferencia verdadera, aunque parcial. Es evidente que el legado del que un país como la Argentina ha tenido que hacerse cargo está constituido por miles de ejecuciones ilegales, precedidas de torturas, abusos sexuales, secuestros, etc., cometidos por las Fuerzas Armadas y la policía en su lucha contra el terrorismo de izquierda usando sus propios métodos. Esta clase de abusos extremos contra los derechos humanos fueron cometidos hace mucho tiempo por los regímenes comunistas de Europa oriental. Pero la diferencia es sólo parcial, dado que en países como Rumania hubo violaciones aberrantes de los derechos humanos cometidas no hace mucho, que son señaladas generalmente por

* Originariamente publicado en *Truth and Justice. The Delicate Balance: The Documentation of Prior Regimes and Individual Rights*, Budapest, CEU Budapest College Legal Studies Program, The Institute for Constitutional and Legislative Policy, 1993, pp. 67-74. [N. del E.]

quienes proponen un trato severo con los líderes del régimen comunista para justificar su posición. Además, también es cierto que en América del Sur hubo cooperación con los militares –por ejemplo, denunciando a supuestos subversivos u ocupando cargos públicos– que se extendió en diversos grados entre amplios sectores de la población.

De todas maneras, el malentendido al que me estoy refiriendo no reside en olvidar el carácter parcial de la diferencia entre América Latina y Europa del Este: el malentendido está en soslayar una *analogía más profunda* que remarca esa diferencia y que consiste en que en ambas regiones *un castigo justo de los abusos pasados puede ser total o parcialmente imposible*.

La imposibilidad total o parcial de un castigo justo puede deberse a diferentes factores:

1. Las consecuencias de intentar sancionar a todos o a algunos de los responsables de violaciones a los derechos humanos pueden ser peligrosas para la estabilidad del régimen democrático, y en último término para la preservación de esos mismos derechos humanos en el futuro, si un retribucionismo absoluto, imperativo, se rechaza como finalidad de la pena, y para su justificación moral se toman en cuenta sus consecuencias, por más que consideremos otros factores como el consentimiento del destinatario de la pena (véase mi visión al respecto en Nino, 1983). Así se sentía que era el caso en la Argentina cuando se aprobó la ley de obediencia debida para limitar los juicios a aquellos que habían logrado condenar a los comandantes que habían ordenado la desaparición de personas. En el caso de Chile, la percepción tenía un alcance aún mayor dado que la continuidad como jefe del Ejército del propio presidente que había ordenado la represión hacía sentir como imposible intentar casi cualquier juicio.
2. La posibilidad de castigar algunos de todos los abusos pasados podría ser imposible por falta de evidencia apropiada para condenar de manera justa a personas específicas, es decir, sin riesgos serios de cometer graves injusticias. Esto es lo que muchas personas están alegando en Europa oriental respecto de los expedientes contenidos en los archivos de la policía secreta, dado que hay diversos factores que contribuyen a desconfiar de ellos.

3. La total o parcial imposibilidad de castigar puede deberse a factores morales (como por cierto también sucede en las situaciones anteriores). Uno de estos factores puede ser la inexistencia de una ley que establezca un castigo al momento en que el crimen es supuestamente cometido, o la existencia de una ley de amnistía. Esto quiere decir que si el castigo es aplicado debe hacerse sobre la base de una ley retroactiva, violando uno de los principios básicos del sistema jurídico liberal. Puede haber intentos de superar este obstáculo: en los Juicios de Nuremberg se recurrió a dudosas leyes internacionales preexistentes. En la Argentina, la ley de autoamnistía impulsada por las Fuerzas Armadas fue declarada nula *ex nihilo* e invalidada de acuerdo con la opinión general sobre las llamadas “leyes de facto” que señala que estas carecen de la validez *a priori* necesaria que tienen las leyes democráticas, permitiendo que los órganos democráticos revisen la aceptabilidad de sus contenidos antes de declararse obligados por estas (Nino, 1991a).
4. Otro factor moral que puede convertir al castigo justo en total o parcialmente imposible es la dificultad ética de establecer la culpabilidad del potencial acusado. Este es un tema amplio desde el momento en que se relaciona con cuestiones morales complejas. Una de esas cuestiones es la distinción entre actos supererogatorios –las acciones de los santos y héroes– y las acciones moralmente obligatorias. A menudo, no cooperar con los regímenes totalitarios sería supererogatorio. Otro tema relacionado es el problema de acción colectiva que se genera cuando algunas normas son impuestas, y otras personas adoptarán sus conductas a tales normas, estén o no de acuerdo con su contenido. Fuera de los casos de daños provocados intencionalmente a otras personas, es difícil culpar a alguien por seguir malas leyes que él no creó cuando sabe que los demás también las siguen. ¿Es mucho peor el profesor ambicioso que se convierte a sí mismo en un informante no extremadamente perjudicial en un régimen comunista para poder progresar, que una persona que en un sistema capitalista gasta su dinero extra en lujos triviales mientras hay niños hambrientos a su alrededor? Un tercer tema moral relevante es la convicción ideológica: debemos tener precaución de no castigar colaboradores por el mero

hecho de haber adoptado una ideología perversa, tal como los liberales persistentemente insisten cuando esas mismas ideologías están proscriptas en sus sociedades.

Cuando el castigo es total o parcialmente imposible debido a alguno de los factores arriba mencionados o a cualquier otro, y se da también la condición adicional de que exista un sentimiento popular de que algo debe hacerse contra los abusos del pasado o una necesidad legítima de las víctimas de obtener alguna satisfacción, tenemos un serio problema que es tanto moral como social. Moralmente, hay un dilema en el cual las dos medidas, castigar o dejar a los criminales impunes, implican daños morales. Socialmente, existe el riesgo de ampliar un rencor que puede provocar varios tipos de reacciones deletéreas, o el riesgo de reincidir en los abusos que fueron dejados impunes (muchos consideran que este pudo ser el caso de Alemania con el nazismo considerando el revisionismo histórico y otros movimientos sociales no tan sutiles que son visibles en la actualidad).

Es aquí donde emerge una segunda oportunidad para negar comparaciones con América del Sur, con la posibilidad de negar cualquiera de las dos condiciones de la analogía más profunda, y decir que el castigo justo es posible o que no hay ni un sentimiento popular retributivo ni una necesidad de reparar a las víctimas. Esto puede suceder en muchos casos, o puede llegar a ser así con el correr del tiempo. Pero el hecho mismo de que un creciente número de conferencias sobre el problema de la justicia retroactiva estén siendo organizadas demuestra que el problema planteado por la combinación de sentimientos retributivos con la imposibilidad total o parcial de castigar existe al menos en cierta medida.

Si el problema existe, algo debe hacerse, o los riesgos morales y sociales perseguirán a aquellos que tengan alguna posibilidad de influir en los eventos.

Esto es lo que nos lleva a la discusión sobre las alternativas al castigo. Una de estas alternativas son las purgas, que están en curso de aplicación en países como Alemania o Checoslovaquia. El problema con las purgas es que aunque generalmente producen un daño menor –pero no siempre– en relación con el castigo penal, traen consigo el hecho de privar a las personas de derechos básicos que otros generalmente disfrutaban. Esto ha hecho que en la mayoría de los países que adoptaron una concepción liberal del sistema jurídico no sea posible privar a alguien de su trabajo o discriminarlo por su empleo sin un debido proceso, incluida la prohibición de la legislación retroactiva.

La compensación puede ser un remedio aún menos gravoso, y muchos de los problemas del castigo y las purgas pueden disiparse en relación con ella, además del hecho de que algunos obstáculos –como la inexistencia de una legislación previa– puedan no gravitar en el caso de la compensación. Pero a menudo la compensación no es viable debido, por ejemplo, a la insolvencia del responsable individual o a la imposibilidad de probar un daño concreto.

Cuando la aplicación justa de estos remedios es imposible por las razones dadas, debemos considerar la posibilidad de una reparación simbólica que consista en otorgar debida consideración a las víctimas, describiéndolas en un informe para la memoria de las generaciones futuras, y haciendo de esa descripción una parte de una explicación general sobre el patrón de repugnancia moral al que ellos, pero también el resto de la sociedad, fueron sometidos. Esta descripción no excluye otras, pero llena el posible vacío que pueda advenir en el futuro por olvido y revisionismo.

Esto es lo que la Conadep intentó realizar en la Argentina, principalmente a través de la publicación del informe *Nunca más*, y la Comisión de la Verdad y Reconciliación hizo lo propio en Chile. En el caso de la Argentina, los efectos del informe interactuaron, con bastante éxito en mi opinión, con los juicios que se llevaron a cabo contra las Juntas Militares.

Pero es un error asociar necesariamente la reparación simbólica con la creación de una Comisión Oficial. Hay otros caminos para producirla. Incluso podría ser promovida por los jueces, aunque ellos están mejor capacitados para remedios más drásticos, que por hipótesis son imposibles. Sin embargo, si las condiciones son tales que cualquier comisión creada por la administración o por el parlamento será politizada o carecerá del prestigio moral necesario, quizá podría organizarse una comisión compuesta por jueces.

En cualquier caso, es necesario que los encargados de producir la descripción que lleve a una reparación simbólica sean sujetos del mayor prestigio moral e imparcialidad. En la Argentina, esto se obtuvo con la selección de distinguidos científicos, filósofos, sacerdotes y ex jueces sin ninguna participación política. En Chile, se obtuvo con la selección de personas respetadas con diferentes posiciones políticas.

Lo que es importante es que cualquier cuerpo que vaya a producir la descripción en cuestión debe satisfacer los siguientes requisitos:

- Es necesario escuchar a las víctimas de los abusos, para mostrar un genuino entendimiento de su tragedia, para proveer

cuidados médicos, psicológicos o de cualquier otro tipo, para aconsejarlas sobre los cursos posibles de acción legal cuando estos estén disponibles, y para publicitar su caso, si así lo desearan.

- También es necesario detectar el patrón general que subyace a los daños, y explicar qué tipo de conductas los causaron. Es posible ir tan lejos como la ley lo permita –sin un juicio apropiado– en identificar qué tipo de roles han desempeñado los individuos en la producción de ese sufrimiento humano.
- Es conveniente tratar de obtener reconocimientos espontáneos de los daños producidos por las personas que participaron directamente o apoyaron el régimen que permitió tales daños, en tanto esto no se parezca a las “expiaciones” propias de los regímenes totalitarios.
- Es conveniente que el informe realice recomendaciones sobre las medidas que deberían tomarse para evitar la repetición de estas aberraciones en el futuro bajo la consideración y para aliviar el sufrimiento de las víctimas.
- Es importante que los artistas estén involucrados en la presentación de esta descripción –como fue el caso de Ernesto Sabato en la Argentina–, dado que las situaciones de sufrimiento humano son tan profundas, el conflicto de intereses tan perturbador, los dilemas tan inquietantes, y la necesidad de generar impacto en la conciencia popular tan apremiante, que sólo ellos –y no los historiadores, sociólogos o abogados– pueden estar a la altura de la tarea.

Bibliografía

- Colomer, J. (1990), *El arte de la manipulación política: votaciones y teoría de juegos en la política española*, Barcelona, Anagrama.
- Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (1984), *Nunca más*, Buenos Aires, Eudeba.
- Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth.
- Gray, E. W. (1986), "Human Rights: Conviction of former Argentine Military Commanders for Human Rights Abuses Committed by Subordinates", *Harvard International Law Journal*, 27(2): 688.
- Morales Solá, J. (1990), *Asalto a la ilusión*, Buenos Aires, Planeta.
- Nino, C. (1980), *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- (1983), "A Consensual Theory of Punishment", *Philosophy and Public Affairs*, 12(4): 289.
- (1985a), "The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government: A Reply", *Yale Journal of International Law*, 11: 217-230.
- (1985b), *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- (1989a), *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1989b), "Transition to Democracy, Corporation and Constitutional Reform in Latin America", *University of Miami Law Review*, 44(1): 129.
- (1991a), "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights: The case of Argentina", *The Yale Law Journal*, 100(8): 2537-2615.

—(1991b), *The Ethics of Human Rights*, Óxford, Clarendon Press.

—(de próxima aparición), *La filosofía de la práctica constitucional argentina*.

Orentlicher, D. (1991), "Settling Accounts: The Duty to Punish Human Rights Violations of a Prior Regime", *The Yale Law Journal*, 100: 2537.

Williams, B. (1981), *Moral Luck: Philosophical Papers, 1973-1980*, Cambridge, Cambridge University Press.