



Consejo Económico  
y Social

Distr.  
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1993/6  
19 de julio de 1993

ESPAÑOL  
Original: FRANCES

COMISION DE DERECHOS HUMANOS  
Subcomisión de Prevención de Discriminaciones  
y Protección a las Minorías  
45º período de sesiones  
Tema 10 a) del programa provisional

LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS HUMANOS DE  
LOS DETENIDOS

CUESTION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS SOMETIDAS  
A CUALQUIER TIPO DE DETENCION O PRISION

Informe provisional sobre la cuestión de la impunidad de los  
autores de violaciones de los derechos humanos, preparado por  
el Sr. Guissé y el Sr. Joinet, en cumplimiento de  
la resolución 1992/23 de la Subcomisión

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION . . . . .	1 - 14	4
A.    Orígenes y objeto del estudio . . . . .	1 - 6	4
B.    Fuentes . . . . .	7	5
C.    Campo de aplicación del estudio . . . . .	8 - 13	5
D.    Plan del estudio . . . . .	14	7
I.    LA SOCIEDAD CIVIL Y LA PROBLEMÁTICA DE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD . . . . .	15 - 43	8
A.    Las víctimas como fuente de derecho . . . . .	15 - 28	8

INDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
I. ( <u>continuación</u> )		
B. El derecho contra las víctimas . . . . .	29 - 43	11
1. Mecanismos de la impunidad de hecho . . . . .	30 - 36	11
2. Mecanismos legales de la impunidad . . . . .	37 - 43	13
II. EL ESTADO Y LA PROBLEMÁTICA DE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD . . . . .	44 - 126	16
A. Toma de conciencia de los Estados de la responsabilidad que les incumbe . . . . .	45	16
B. Normas de derecho internacional que obligan a los Estados a luchar contra la impunidad . . . . .	46 - 59	17
1. Declaración Universal de Derechos Humanos . . . . .	47	17
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos . . . . .	48	17
3. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes . . . . .	49	18
4. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio . . . . .	50 - 51	18
5. Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid . . . . .	52	19
6. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad . . . . .	53	19
7. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas . . . . .	54	19
8. Los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos I y II . . . . .	55 - 58	20
9. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad . . . . .	59	21

INDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
II. ( <u>continuación</u> )		
C. Contradicciones entre la necesidad de justicia, los imperativos de la memoria colectiva y las limitaciones políticas de la reconciliación .	60 - 126	21
1. La necesidad de justicia . . . . .	61 - 84	21
a) Recursos a nivel nacional . . . . .	62 - 73	22
b) Viabilidad de un tribunal internacional . . . . .	74 - 84	24
2. Los imperativos de la memoria colectiva .	85 - 101	27
a) Hacer todo lo posible para que pueda administrarse justicia, habida cuenta de la extrema gravedad de las violaciones . . . . .	86 - 89	27
b) Impedir que se vuelvan a cometer crímenes de lesa humanidad . . . . .	90	28
c) Luchar contra el revisionismo . . . . .	91 - 100	28
d) Devolver al derecho a la memoria sus dimensiones históricas y culturales .	101	31
3. Limitaciones jurídicas y políticas de los procesos de reconciliación . . . . .	102 - 126	32
a) La problemática de la amnistía . . . . .	105 - 118	33
b) La problemática de la depuración . . . . .	119 - 126	36
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES . . . . .	127 - 131	39
EPILOGO . . . . .	132 - 134	42

PROMOCION Y PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO SOBRE LOS  
EFECTOS NEFASTOS DE LA IMPUNIDAD Y LOS MEDIOS PARA COMBATIRLA

INTRODUCCION

A. Orígenes y objeto del estudio

1. Desde el origen de la humanidad hasta la época contemporánea, la historia de la impunidad es la historia de un perpetuo conflicto y de una extraña paradoja: un conflicto que opone al oprimido al opresor, la sociedad civil al Estado, la conciencia humana a la barbarie; una paradoja del oprimido que, liberado de sus cadenas, asume a su vez la responsabilidad del Estado y se encuentra atrapado en el engranaje de la reconciliación nacional que va a relativizar su compromiso inicial de luchar contra la impunidad.

2. Consciente de la complejidad y de la gravedad de los problemas que se plantean, las Naciones Unidas han reforzado progresivamente su papel en la lucha contra la impunidad. En primer lugar, por la elaboración de normas internacionales de promoción y protección de los derechos humanos que comprenden en todos los casos disposiciones en ese sentido y que se analizarán más adelante. En segundo lugar, por el establecimiento -aparte de los órganos encargados de vigilar o supervisar la aplicación de las convenciones, como el Comité de Derechos Humanos- de procedimientos especiales, en el marco de la Comisión de Derechos Humanos consistentes en la presentación de informes de los grupos de trabajo o los relatores especiales por países y por temas; los primeros fueron los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, seguidos por los informes de los relatores especiales sobre la cuestión de las ejecuciones sumarias y sobre la cuestión de la tortura. Por último, la cuestión de la impunidad ha sido objeto de varios estudios presentados a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en relación con el tema del programa que trata de la administración de la justicia y los derechos humanos, en particular el estudio del Sr. Joinet sobre el papel que desempeñan las leyes de amnistía en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1), los informes del Sr. Chernichenko y del Sr. Treat sobre el hábeas corpus y el derecho a un juicio imparcial (E/CN.4/Sub.2/1992/24 y Add.1 a 3) y del Sr. van Boven sobre el derecho de indemnización a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/1992/8).

3. En consecuencia, en su 42º período de sesiones, la Subcomisión, por su decisión 1991/110, pidió a dos de sus miembros, el Sr. El Hadji Guissé y el Sr. Louis Joinet, que preparasen un documento de trabajo en que se profundizara la cuestión de la lucha contra la impunidad. Ese documento (E/CN.4/Sub.2/1992/18) se presentó a la Subcomisión en el 43º período de sesiones, el 12 de agosto de 1992. Contiene, entre otras cosas, un esbozo de análisis de los mecanismos jurídicos y de las prácticas que favorecen la impunidad y propone orientaciones para establecer bases que permitan reflexionar sobre la lucha contra ese flagelo. Por su resolución 1992/23, de 27 de agosto de 1992, la Subcomisión tomó nota con satisfacción del documento de trabajo preparado por el Sr. Guissé y el Sr. Joinet y decidió

encargarles que redactasen "un estudio sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos" y propusiesen "medidas para luchar contra esta práctica".

4. En el párrafo 4 de la parte dispositiva de esa resolución, la Subcomisión invitó además a los gobiernos, a los órganos competentes de las Naciones Unidas, a los organismos especializados, a las organizaciones intergubernamentales regionales y a las organizaciones no gubernamentales a que aportasen informaciones sobre el tema. Por nota verbal del Secretario General de fecha 10 de diciembre de 1992, se pidió que las respuestas se presentaran a más tardar el 15 de marzo de 1993. Por último, en el párrafo 5 de la parte dispositiva de la resolución, la Subcomisión decidió examinar el informe preliminar en su 45º período de sesiones.

5. Además, en su 49º período de sesiones, la Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1993/43, respaldó la decisión adoptada por la Subcomisión en su resolución 1992/23 antes mencionada; por último, el Consejo Económico y Social hizo suya la solicitud de la Comisión.

6. De conformidad con los nuevos métodos de trabajo de la Subcomisión, el presente informe provisional constituye una continuación del documento de trabajo presentado el año pasado (E/CN.4/Sub.2/1992/18); tiene por objeto, para los fines de la redacción del informe final, analizar los mecanismos de la impunidad para comprenderlos mejor y reflexionar sobre los métodos que podrían utilizarse para reducir los efectos nefastos de la impunidad.

#### B. Fuentes

7. Los relatores utilizaron las informaciones recibidas en respuesta a la nota verbal de 10 de diciembre de 1992, los informes de los relatores especiales por países o por temas y la voluminosa documentación reunida con motivo de los Encuentros internacionales sobre la impunidad 1/.

#### C. Campo de aplicación del estudio

8. Para delimitar el campo del estudio, los autores tomaron en consideración los tres criterios que se explican a continuación.

##### Primer criterio

9. Sólo se analizan las violaciones cometidas por el Estado o sus agentes, sea directa o indirectamente (mercenarios, formaciones paramilitares, escuadrones de la muerte, milicias privadas, etc.). Si la Subcomisión lo desea, el estudio podría extenderse a categorías de violaciones no cometidas por el Estado, al redactar el informe final. Esto se podría justificar por dos razones:

- a) por una parte, la ausencia del Estado (Somalia) o su debilitamiento (Bosnia y Herzegovina) puede favorecer las atrocidades y los actos de barbarie;

- b) por otra parte, durante ciertas luchas armadas, en particular en el marco de los conflictos no internacionales, pueden cometer violaciones graves los particulares o grupos especiales como los movimientos de guerrilla o de liberación nacional 2/.

Sin embargo, en la inmensa mayoría de los casos, las violaciones graves y masivas provienen del Estado 3/.

Segundo criterio

10. Las resoluciones 1993/23 de la Subcomisión y 1993/43 de la Comisión, en las que se alude a los "autores de violaciones de los derechos humanos" no se centran expresamente en la lucha contra la impunidad de los autores de violaciones graves de los derechos económicos y sociales. Como se trata de un informe provisional, el presente estudio se ocupa -a reserva de los debates que se celebren en la Subcomisión en su 45º período de sesiones- a las violaciones de los derechos humanos en el sentido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

11. Por lo tanto, al redactar el informe final, habría que:

- a) sea tratar directamente la cuestión, en cuyo caso el título del estudio pasaría a ser: "Promoción y protección de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos y sociales: estudio sobre los efectos nefastos de la impunidad";
- b) sea optar por un estudio en dos etapas, en cuyo caso el presente informe sería la primera parte y, después del informe final, iría seguido de una segunda parte dedicada a los autores de violaciones de los derechos económicos y sociales.

12. Los relatores prefieren en realidad la segunda solución, habida cuenta de que esta cuestión, si bien se ha estudiado ampliamente desde el punto de vista del derecho al desarrollo, sólo se ha abordado rara vez desde el punto de vista de la lucha contra la impunidad. El único precedente se refiere a un aspecto particular, abordado en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que se celebró en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 (véase A/CONF.144/28/Rev.1, cap. I, sec. C), tema que retomó la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 1992/50 titulada "Enriquecimiento fraudulento de los responsables del Estado en detrimento del interés público, factores que lo provocan y agentes implicados en todos los países en ese enriquecimiento fraudulento". Si el estudio se ocupara también de los derechos económicos y sociales, debería tenerse en cuenta este enfoque porque hay una relación evidente entre tiranía y corrupción, violaciones de los derechos humanos y saqueo económico y financiero con fines personales (Duvalier, Marcos, Noriega son algunos ejemplos). Por último, convendría estudiar en qué medida la lucha contra la impunidad en la esfera de los derechos económicos y sociales, que son relativos y evolutivos, puede descansar en un enfoque penal que es de interpretación estricta y si cabe pensar en otros modos de sanción.

Tercer criterio

13. Sólo se tratan las situaciones de violaciones graves y masivas que presentan un carácter sistemático. Por lo tanto, el estudio no abarca -aunque constituyen violaciones de los derechos humanos- los casos de impunidad de los autores de malos tratos o de comportamientos reprensibles aislados o no premeditados.

D. Plan del estudio

14. Sobre la base de las orientaciones fijadas en los documentos anteriores presentados a la Subcomisión y, en particular, el documento de trabajo (E/CN.4/Sub.2/1992/18), el plan seleccionado comprende, además de la presente introducción, dos capítulos en los que se analizan sucesivamente la problemática de la lucha contra la impunidad, en lo que se refiere por una parte a las víctimas y más generalmente a la sociedad civil, y por otra parte al Estado, y una conclusión que contiene recomendaciones.

I. LA SOCIEDAD CIVIL Y LA PROBLEMÁTICA DE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

A. Las víctimas como fuente de derecho

15. Si bien en este caso no se puede considerar en sentido estricto que las víctimas tomadas como categoría jurídica son una fuente de derecho, han desempeñado y continúan desempeñando, por intermedio de sus organizaciones no gubernamentales, un papel decisivo en la elaboración y evolución de los medios jurídicos de lucha contra la impunidad tanto a nivel de las normas (ejemplo, proyecto de declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas), como de los mecanismos (Relator Especial sobre la cuestión de la tortura o Convención sobre los Derechos del Niño); en esos dos casos el papel activo de las organizaciones no gubernamentales ha sido decisivo.

16. Su papel es igualmente decisivo cuando se trata de tomar en consideración los derechos de las víctimas. La lucha contra la impunidad tiene su origen en la necesidad de que se haga justicia, pero no puede centrarse exclusivamente en ese objetivo: castigar a los culpables. Debe responder a tres imperativos: sancionar a los responsables, pero también satisfacer el derecho de las víctimas a saber y a obtener reparación y, además, permitir que las autoridades desempeñen su mandato como poder público que garantiza el orden público. Aun en los casos en que no se pone en duda la voluntad política de las autoridades, el hecho de que no pueden enjuiciar a los culpables que se hallan en fuga, no debe ser un obstáculo ni diferir más allá de un plazo razonable la posibilidad de las víctimas de obtener reparación por los procedimientos jurídicos apropiados.

17. Esta contribución de las "víctimas organizadas" a la evolución del derecho se ha caracterizado por tres etapas importantes: i) en la primera se utilizó la vía de los tribunales de opinión, ii) en la segunda intervinieron las instancias internacionales y iii) en la tercera se franqueó un umbral con la evolución de la capacidad de organización de las víctimas.

1. Los tribunales de opinión

18. En la primera etapa se utilizó la vía de los tribunales llamados "de opinión" ante los cuales los representantes de las víctimas presentaban los casos y que, a falta de una jurisdicción internacional (cuestión que se venía estudiando en las Naciones Unidas desde 1946), llenaban un vacío institucional 4/. En 1967 el Jefe de Estado francés se opuso a que se celebrara en Francia una audiencia del Tribunal Russell porque consideró que sus iniciadores no estaban "dotados de ningún poder, ni tenían ningún mandato internacional y que, por lo tanto, no podían cumplir ningún acto de justicia". Para legitimar sus iniciativas, los organizadores se limitaron a responder en forma objetiva que el Tribunal no reemplazaba a ningún tribunal existente porque, si bien había un derecho internacional, no había ningún tribunal que se ocupara de su aplicación 5/.

19. Esta deficiencia de la comunidad internacional dio lugar a muchas otras iniciativas de la misma índole. La primera data de 1959 con la creación en Atenas por E. Aroneanu de un tribunal de opinión con motivo del proceso

de Manolis Glezos, heroico resistente griego que en 1944 había arrancado en presencia de los ocupantes la bandera nazi que flotaba sobre la Acrópolis.

20. El Tribunal Russell sobre Viet Nam celebró posteriormente audiencia sobre otros países. Convertido en "Tribunal Permanente de los Pueblos", se reunió para pronunciarse sobre la aplicación del derecho internacional en unos 15 países, especialmente sobre la cuestión de la impunidad en América Latina 6/. También cabe señalar la reunión en Lisboa, en 1978, del Tribunal cívico Humberto Delgado sobre los crímenes de la PIDE, la policía política del régimen de Salazar.

21. Esos tribunales no tenían por objetivo hacer condenar a los culpables a penas efectivas; por otra parte, no tenían los medios institucionales o simplemente materiales para hacerlo. Su razón de ser era sencillamente pronunciarse sobre el respeto del derecho internacional. Liberados de las limitaciones de la sanción penal, esos tribunales pudieron mostrar su creatividad y contribuir de modo interesante al progreso del derecho internacional, en particular en lo que se refiere al reconocimiento del alcance universal de los textos fundamentales (como la Declaración Universal de Derechos Humanos) y, por lo tanto, de la posibilidad de invocarlos ante los gobiernos en cuyos casos debía entender el tribunal. Para ello, elaboraron dos teorías.

#### Primera teoría

22. La teoría llamada teoría del efecto declarativo de los instrumentos "simplemente concertados" (por oposición al efecto normativo de los instrumentos convencionales). Esto es lo que sucede con las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las diversas declaraciones y otros conjuntos de principios, a los que pueden asimilarse los textos de las convenciones respecto de los Estados que aún no las han ratificado. Esa teoría consiste en distinguir, entre los instrumentos concertados, los que son declarativos de derechos preexistentes y que, por lo tanto, las víctimas o sus representantes pueden invocar ante los Estados (por ejemplo, la Declaración sobre el Asilo Territorial o la Declaración contra la Tortura) y los instrumentos que son simplemente declarativos y no se refieren a derechos preexistentes o sólo se relacionan con una cuestión de procedimiento (por ejemplo, una resolución de la Asamblea General por la que se establece un decenio temático) 7/.

#### Segunda teoría

23. Cuando se acusa a un Estado de tolerar la tortura, de organizar juicios que son una parodia o de proceder a arrestos arbitrarios, en general responde negando que haya torturas, afirmando que los juicios son totalmente normales y sosteniendo que sólo hay arrestos legales; en pocas palabras, sostiene explícitamente o en todo caso implícitamente que no se ha violado, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos. Al hacerlo, ese Estado reconoce a contrario -en cierto modo admite- el valor obligatorio de los principios contenidos en la Declaración puesto que niega haberlos violado. Por consiguiente, sea que se manifieste por una referencia positiva o

negativa, ese reconocimiento viene a confirmar el carácter universal del respeto de los principios de que se trata 8/.

## 2. Instancias internacionales

24. La segunda etapa se caracteriza por la intervención de instancias internacionales y la aparición de soluciones innovadoras, especialmente en el caso de las quejas presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 9/. En relación con una primera cuestión de principio, la CIDH estimó que una ley que confiriera al Estado (Ministerio Público) el monopolio de las acusaciones era criticable pues "en los sistemas que dan a la víctima de la infracción acceso a los tribunales en virtud del derecho fundamental del ciudadano, ello tiene una importancia fundamental para promover la acción penal". Sin embargo, la CIDH no parece pronunciarse explícitamente sobre si ese derecho reconocido como fundamental está amparado por el derecho internacional en materia de derechos humanos o, en todo caso, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no contiene ninguna disposición al respecto.

25. Sobre todo, en el caso citado y en un caso análogo ocurrido en la Argentina 10/, la CIDH estimó que toda ley que pusiera término a la posibilidad de demandar ante la justicia a los autores de violaciones de los derechos humanos, ya fuera mediante una amnistía o de cualquier otro modo (aunque no dice claramente lo que ocurre con la prescripción), tenía efectos que vulneraban el derecho de toda persona a "ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal...". El texto añade: "o de cualquier otro carácter" (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, párr. 1). La CIDH declara, por consiguiente, que las víctimas podrán invocar esta disposición como un principio intangible que no admite restricciones, aunque el Gobierno estime que protege exclusivamente los derechos de las personas acusadas de haber cometido un delito y no los derechos de las víctimas (véase el capítulo II, párr. 109).

## 3. Evolución de la capacidad de organización de las víctimas

26. La tercera etapa se franqueó gracias a la constante evolución de la capacidad de organización de las víctimas. Inicialmente, éstas se hacían escuchar por intermedio de las grandes organizaciones no gubernamentales "globales". A partir del decenio de 1970, en reacción a la tragedia de las desapariciones forzadas en la Argentina, los familiares de las víctimas se fueron reuniendo en organizaciones no gubernamentales específicas (por ejemplo, las Madres de la Plaza de Mayo). Esta iniciativa, después de extenderse a muchos países de América Latina, llevó a la creación, a nivel regional, de una agrupación federativa, la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (FEDEFAM), dedicada más especialmente a luchar contra la impunidad.

27. Volveremos a referirnos en la conclusión a la conveniencia de fomentar esta evolución, habida cuenta del papel determinante de las organizaciones no

gubernamentales de víctimas en la formulación de políticas de lucha contra la impunidad. En efecto, si se deja de lado lo que ocurrió en Grecia después de la caída de la dictadura de los coroneles, es raro que un gobierno tome espontáneamente la iniciativa de juzgar a los responsables cuando no hay una presión de la sociedad civil.

28. Sin embargo, la acción de las organizaciones no gubernamentales no se limita exclusivamente al papel tradicional de ejercer presión. Al presentarse como tercera parte en el conflicto, que con mucha frecuencia enfrenta al poder civil con el antiguo poder militar y las fuerzas armadas, modifican la relación de fuerzas existente y de este modo, las nuevas autoridades, apoyándose en las reivindicaciones de las víctimas, pueden resistir mejor a las presiones de los militares que tratan de eludir su responsabilidad. Se requiere además, por supuesto, la voluntad política.

#### B. El derecho contra las víctimas

29. Mediante un paciente trabajo de recopilación de hechos y análisis de los mecanismos jurídicos utilizados, las víctimas, y más tarde las organizaciones no gubernamentales, los relatores especiales por países o por temas de las Naciones Unidas o los órganos de supervisión, permitieron una mejor comprensión de la forma en que aparecen las políticas de impunidad. Estas son el resultado de dos procesos distintos que, por lo general, se complementan. Por un lado, existe la impunidad de hecho, consecuencia del mal funcionamiento de las instituciones interesadas, promovido directa o indirectamente, incluso organizado, por las autoridades; por otro lado, existe la impunidad que deriva su legitimidad jurídica de normas del Estado de derecho desviadas de su verdadera finalidad.

##### 1. Mecanismos de la impunidad de hecho

30. La autoridad judicial que interviene después de la policía finge ignorar o disimula las violaciones y la identidad de los autores, ya sea al comienzo de las actuaciones, o durante la investigación, el juicio o la ejecución de la pena. Esta situación se agrava cuando se pasa del régimen de justicia ordinaria al de justicia de excepción, administrada en general por tribunales militares.

##### a) Régimen de justicia ordinaria

31. Los mecanismos de la impunidad varían según las distintas etapas del procedimiento.

##### i) Etapa de las actuaciones

32. La incoación de las actuaciones es monopolio exclusivo del Estado: sólo el Ministerio Público puede hacer una acusación. La ley impide que las víctimas o sus allegados, aunque puedan normalmente justificar su interés en la cuestión, se constituyan en parte civil. No pueden, pues, luchar contra la inercia cómplice de los poderes públicos

ii) Etapa de la investigación

33. Varios factores obstaculizan su desarrollo. A la frecuente pasividad de los investigadores, se añade la dificultad para identificar a los autores que suelen contar con la complicidad protectora de las autoridades (escuadrones de la muerte, milicias privadas, órganos paramilitares, mercenarios), actúan anónimamente (con vehículos sin matrícula, sin uniforme ni signos distintivos y con la cara cubierta, etc.), y después de la detención, mantienen a las víctimas en un lugar secreto. En algunos casos, si puede llegar a identificarse a los autores, se los traslada a un lugar lejano, de preferencia en el extranjero. Algunas "acciones" dirigidas expresamente a ciertos testigos y a las que se da hábilmente publicidad, disuadirán en el futuro a todos los testigos de todos los casos de contribuir a la determinación de la verdad 11/. En caso de muerte de la víctima, la falta deliberada de autopsia o una autopsia realizada en forma expeditiva suele ser la causa del fracaso de las investigaciones 12/.

iii) Etapa del juicio

34. Dado que no hay garantías de independencia suficientes para que los jueces puedan resistir a las presiones, la administración indebida de la justicia se logra a través de la parcialidad, la intimidación y en menor grado, la corrupción.

- a) Parcialidad: en algunos casos, el poder ejecutivo utiliza un subterfugio de procedimiento que consiste en "elegir su propio juez", es decir, a un magistrado políticamente seguro o ideológicamente cercano al poder que, en algunos casos, habrá incluso sellado su alianza prestando juramento, y en expulsar o asignar a casos sin consecuencias políticas a los integrantes recalcitrantes.
- b) Intimidación: puede tratarse de agresiones físicas o, con mayor frecuencia, amenazas anónimas, incluso contra los allegados. En la gran mayoría de los casos, como no existe el mínimo de garantías necesarias, este tipo de presión se ejerce en forma más subrepticia, mediante mecanismos de premio o castigo que afectan a la carrera de los magistrados, incluso de los investigadores.
- c) Corrupción: es poco frecuente en esta esfera, salvo si se considera corrupción la promoción de la carrera por el poder establecido. Los dos procedimientos anteriores son, de lejos, los más comunes. Las manipulaciones observadas en la etapa del juicio consisten en evitar la condena, pese a las pruebas de culpabilidad, mediante una decisión judicial de puesta en libertad o la absolución, sobre todo con el pretexto sistemático de la duda; o en dictar una sentencia irrisoria o acompañada automáticamente de la suspensión de su ejecución.

iv) Etapa de la ejecución de la pena

35. Si no se puede evitar el proceso, la estrategia consiste en dar la impresión de que "se ha hecho justicia", y en retomar luego el control de la

situación una vez que se dicta la pena o cuando ésta se ejecuta, ya sea no llevando a cabo su ejecución, ya sea organizándola en locales de una comodidad tal o con un régimen tan poco restrictivo que se trata más bien de un lugar de descanso que de un establecimiento penitenciario.

b) Régimen de justicia de excepción

36. Los informes anuales del Sr. Leandro Despouy sobre los estados de excepción 13/, el estudio de la Sra. Nicole Questiaux sobre las consecuencias que para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con situaciones llamadas de estado de sitio o de excepción (E/CN.4/Sub.2/1982/15) y, más recientemente, el informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (E/CN.4/1991/20) han destacado el papel nefasto de las jurisdicciones de excepción, especialmente los tribunales militares, como factor de impunidad. Los jueces que integran estos últimos dependen, en su carácter de militares, del Ministerio de Defensa y por consiguiente de una autoridad jerárquica poco compatible con la exigencia de independencia. De ello resulta, por un lado, un fuerte espíritu de solidaridad que tiende a justificar las violaciones, incluso a legitimarlas, en nombre de un interés superior o como medio para el cumplimiento de una misión (mantenimiento del orden social, lucha contra la subversión, etc.) asignada a las fuerzas armadas, y, por otro lado, una tendencia a convertir el "secreto por motivos de defensa" en la regla y no la excepción, lo cual permite el ocultamiento de las pruebas y la identidad de los autores de las violaciones.

2. Mecanismos legales de la impunidad

37. El método consiste en dar a la impunidad una apariencia legal mediante la promulgación expresa de leyes -en general, sin votación en el Parlamento- o la aplicación abusiva de las leyes en vigor. Los procedimientos utilizados con mayor frecuencia son las aplicación de medidas de clemencia como la amnistía, el indulto o el indulto amnistiante o de normas de derecho común como la prescripción o las circunstancias atenuantes. ¿Cuáles son las medidas que se aplican y cómo se producen los abusos?

a) Aplicación de medidas de clemencia con fines de impunidad

38. Recordemos que las medidas que normalmente se aplican son:

Amnistía. Como consecuencia de la amnistía los actos cometidos pierden su carácter delictivo y la pena no tiene que ser ejecutada nunca, independientemente de que el autor del delito haya sido sometido a juicio o haya sido condenado y de que la pena no se haya ejecutado; sólo subsisten los derechos de terceros 14/.

Indulto. Tiene un origen consuetudinario y se concede en virtud de la facultad discrecional que forma parte de las prerrogativas exclusivas del Jefe de Estado. Es individual y dispensa al beneficiario, total o parcialmente, de la ejecución de la pena, pero, a diferencia de la amnistía, no anula la condena.

Indulto amnistiante. Es una combinación de las dos medidas precedentes que produce los efectos de la amnistía (anulación de la condena) y del indulto (medida personal independiente de la naturaleza de los actos delictivos).

39. Este resumen permite comprender mejor cómo funciona la manipulación: se respeta la letra pero no el espíritu de las medidas de clemencia. En el caso de la amnistía, se prescinde del Parlamento, lo cual permite que los autores de las violaciones se autoamistíen. En lo que respecta al derecho a indultar, quien lo ejerce en este contexto es un Jefe de Estado autoproclamado, lo cual quita toda legitimidad a un poder que ya es en sí mismo abusivo y que confiere un verdadero derecho de vida y muerte sobre los demás cuando la pena capital está prevista entre las penas aplicables, como lamentablemente es el caso con demasiada frecuencia en las situaciones de perturbación.

40. Con el pretexto de lograr un equilibrio, el procedimiento denominado "de amnistía recíproca" favorece en realidad la impunidad. Se amnistía a los antiguos opositores de opinión para poder amnistiar con mayor facilidad a los opresores, que nunca fueron opositores de opinión. Esta maniobra es evidente cuando la pseudo ley, siempre con el pretexto de equilibrio, impone el silencio a la víctima para que se olvide más fácilmente al verdugo. Se organiza así una especie de "conspiración de silencio" que, a través de las medidas reglamentarias, quita a las víctimas toda posibilidad de obtener la indemnización pecuniaria o simplemente la reparación moral a la que pueden aspirar conforme al derecho común. El objetivo es, pues, no tanto evitar el gasto presupuestario de la indemnización, sino más bien impedir toda forma de investigación, aunque más no sea una audiencia ante el juez por un motivo tan simple como la obtención de indemnización, que acarree algún tipo de publicidad.

b) Aplicación abusiva de las normas de derecho común con fines de impunidad

41. ¿Cuáles son esas normas de derecho común?

La prescripción. Se aplica a la acción pública o a la ejecución de la pena. En el primer caso, transcurrido un plazo que estipula la ley, la acción pública se extingue y es imposible incoar juicios o continuar los que estaban en curso, cualesquiera sean las infracciones cometidas; la prescripción actúa in rem; todos los autores, coautores o cómplices se benefician, pues, con ella a partir del día de los hechos, aunque la intervención de cada uno se sitúe en períodos distintos. En el segundo caso, la pena no podrá ejecutarse nunca, incluso si la persona que, por definición ya ha sido juzgada (evasión, juicio en rebeldía), fuera detenida.

Las circunstancias atenuantes. Es el procedimiento más común y responde al principio de "obediencia debida", en virtud del cual la pena que se dicta es simbólica, incluso inexistente. El autor de las violaciones sólo cumplía órdenes dimanantes de un superior jerárquico, lo cual lo exonera de su responsabilidad penal. La cuestión sólo se plantea en principio en las instituciones estatales estrictamente jerarquizadas

(sobre todo el ejército y la policía), fundadas en una disciplina rigurosa. Negarse a obedecer a un superior se considera como una infracción disciplinaria, incluso penal, de modo que el margen de libertad del individuo queda institucionalmente reducido o es, incluso, inexistente 15/.

42. ¿Cuáles son las manipulaciones que se realizan? Para luchar precisamente contra la manipulación de las normas de la prescripción y las circunstancias atenuantes, las organizaciones de víctimas y las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos piden:

- a) Primero, que las violaciones más graves se consideren crimen de lesa humanidad a fin de que tengan un carácter imprescriptible o, por lo menos, que algunos de esos crímenes, como por ejemplo las desapariciones forzadas, se consideren crímenes permanentes a fin de que el punto de partida de la prescripción sea el día en que el caso se haya resuelto, es decir, en que la persona aparezca o se encuentren pruebas de su muerte. En este contexto, hay que remitirse al artículo 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas 16/;
- b) Segundo, que la obediencia debida no pueda invocarse en el caso de esos crímenes. (Véase al respecto el párrafo 1 del artículo 6 de la Declaración citada. Véase también el párrafo 3 del artículo 2 de la Convención contra la Tortura, según el cual: "No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura"; cabe observar que este texto deja sin resolver la cuestión de si la orden puede invocarse como circunstancia atenuante.)

43. Los estatutos del Tribunal de Nüremberg, en cambio, se referían explícitamente a las circunstancias atenuantes: "El hecho de que una persona haya obrado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior no lo exonera de responsabilidad penal, pero puede considerarse como circunstancia atenuante". En su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la Comisión de Derecho Internacional parece postular la misma idea, pero sólo en forma implícita:

"Artículo 11

Ordenes de un gobierno o de un superior jerárquico

El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no estará exento de responsabilidad criminal si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden." 17/

Pero si la persona no ha tenido esa posibilidad ¿debe extraerse la conclusión contraria y eximirlo de responsabilidad o debe considerarse simplemente que hay circunstancias atenuantes? Una vez más, la pregunta queda sin responder.

## II. EL ESTADO Y LA PROBLEMÁTICA DE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

44. Hasta hace poco tiempo, la lucha contra la impunidad la llevaban a cabo fundamentalmente las organizaciones no gubernamentales. Los Estados, por razones relacionadas con las circunstancias nacionales o para evitar el recuerdo de acontecimientos traumáticos de su historia, tenían poco interés en que se examinara esa cuestión. De ahí la importancia de la resolución 1993/43 de la Comisión de Derechos Humanos, pues alienta a la Subcomisión a que continúe su labor, como lo ha hecho también la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en su documento final: "La Conferencia Mundial de Derechos Humanos ve con preocupación la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos y apoya los esfuerzos de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías por examinar todos los aspectos de la cuestión".

### A. Toma de conciencia de los Estados de la responsabilidad que les incumbe

45. La toma de conciencia puede promoverse mediante un enfoque no selectivo del problema, fundado en los siguientes elementos:

- a) Las prácticas que generan la impunidad no son el "monopolio" de un país ni de un continente, sino que pueden surgir en toda cultura; cualquier país, en un momento u otro de su historia, puede ser víctima de ese flagelo.
- b) Debe relativizarse la tesis que sostiene que la impunidad es inversamente proporcional al nivel de democracia real (los autores de las violaciones graves y masivas, según esta tesis, tendrían pocas probabilidades de actuar impunemente en un país de larga tradición democrática); una vez más, este razonamiento no tiene en cuenta la dimensión histórica del fenómeno y hace abstracción, por ejemplo, de las atrocidades cometidas por muchos países de Europa occidental durante las guerras coloniales, antiguas o recientes, atrocidades que, en casi todos los casos, permanecen impunes. Al respecto, la conmemoración en 1992 del "Descubrimiento de América" o, más aún, la proclamación por la Asamblea General del año 1993 como "Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo" han brindado la oportunidad de fomentar la toma de conciencia del genocidio de los indios o de la trata de negros hacia América 18/.
- c) El conocimiento cada vez mayor de los mecanismos que se encuentran en el origen de las violaciones masivas de los derechos humanos (sobre todo gracias al desarrollo del sistema de relatores especiales, por temas o por países, a los órganos encargados de vigilar la aplicación de las convenciones; y a algunos planes de paz, como el elaborado por la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL)) revela que no son una fatalidad ni los efectos de la incompetencia, sino la manifestación de una voluntad política deliberadamente gestada y materializada y que, por lo tanto, son mecanismos reversibles.

- d) El fin de la guerra fría ha introducido una dimensión nueva y complementaria en la problemática de la impunidad, pues ha dado lugar a procesos sin precedentes de democratización, vuelta a la democracia o cuestionamiento de ciertas concepciones de la democracia. Más allá de su fracaso o su éxito, esos procesos han facilitado, con el tiempo, la toma de conciencia por parte del Estado: la caída del muro de Berlín ha lanzado a Europa oriental en un camino -en el que ya se habían aventurado América Latina, el Asia sudoriental y más recientemente África- que está lleno de riesgos debido al resurgimiento de los nacionalismos en el Este y el racismo en el Oeste, pero también colmado de esperanzas. La mayoría de las violaciones masivas de los derechos humanos que se habían negado firme y sistemáticamente en los fueros de las Naciones Unidas se revelaron verdaderas y, a veces, incluso más graves de lo que se suponía.

B. Normas de derecho internacional que obligan a los Estados a luchar contra la impunidad

46. Los instrumentos internacionales que consagran la obligación imperativa de luchar contra la impunidad son cada vez más numerosos, lo cual no significa necesariamente que sean cada vez mejor aplicados. Se mencionan a continuación las normas fundamentales de los instrumentos pertinentes.

1. Declaración Universal de Derechos Humanos

47. Los artículos 7 y 8 de este instrumento fundamental disponen lo siguiente:

"Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley."

Toda persona debe, pues, poder gozar cotidianamente de sus derechos y ejercerlos sin limitaciones y bajo la protección, de ser necesario, de instituciones judiciales y administrativas previstas para tal fin.

2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

48. Este Pacto reafirma el siguiente principio en su artículo 2:

"1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna [...].

3. Cada uno de los Estados en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

3. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

49. El artículo 4 de esta Convención estipula que: "Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura". El artículo 5 establece además una cláusula de competencia universal que impone a todo Estado Parte la obligación de juzgar o proceder a la extradición de los autores de esos delitos que se encuentren bajo su jurisdicción.

4. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

50. Este instrumento, aprobado por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948, califica al genocidio de "delito de derecho internacional", lo que le confiere las mismas características que un crimen de lesa humanidad. Obsérvese que en el artículo VI se prevé que las personas acusadas de genocidio podrán ser juzgadas "ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción". Esta disposición nunca se ha aplicado, como tampoco se ha aplicado el artículo VIII, que dice: "Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III".

51. Recordemos, por último, que en el artículo II de la Convención se enumeran en forma limitativa los grupos que pueden ser víctimas de genocidio: "se entiende por genocidio cualquiera de los actos [...] perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal". El "grupo político" que figuraba en el proyecto de convención no se conservó en la versión final. Esta laguna es especialmente lamentable en vista de que en la segunda mitad del siglo XX ha habido matanzas que tienen todas las características del genocidio (como las

cometidas por los jmeres rojos), pero que no pueden reconocerse como tales porque afectan a un grupo político. Por lo tanto, al preparar el informe final, convendría volver a examinar esta cuestión a la luz del estudio realizado por el Sr. Benjamin Whitaker sobre la prevención y sanción del crimen de genocidio (E/CN.4/Sub.2/1985/6).

5. Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid

52. Digamos, a modo de recordatorio, que esta Convención estipula en su artículo V que: "Las personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción".

Este tribunal internacional nunca se creó. En lo que respecta a la Convención, aunque se ha utilizado como una fórmula mágica, nunca se ha logrado su aplicación efectiva, y en la mayoría de los casos es invocada por las organizaciones no gubernamentales, mientras los Estados Partes hacen caso omiso de ella.

6. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad

53. Esta Convención se complementó con la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, relativa a los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, que dispone, en su párrafo 1:

"Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas."

Para tal fin, los Estados se comprometen a prestarse mutua ayuda y a cooperar bilateral y multilateralmente.

7. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

54. Esta Declaración, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, incluye disposiciones que la convierten en uno de los textos más avanzados en materia de lucha contra la impunidad. Entre sus principales disposiciones se encuentran las siguientes:

- a) el cuarto párrafo del preámbulo, en que se considera que la práctica sistemática de las desapariciones forzadas "representa un crimen de lesa humanidad";
- b) los artículos 4 y 6 que estipulan que no podrán invocarse circunstancias atenuantes, lo cual excluye el beneficio del principio de "obediencia debida", salvo en el caso de los autores de ese delito que, como prueba de su arrepentimiento, den informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada;
- c) el artículo 14, que sienta las bases para una cláusula de competencia universal;
- d) el artículo 17, que califica las desapariciones forzadas de delito permanente, lo cual las acerca a la categoría de crímenes imprescriptibles porque fija como punto de partida de la prescripción el día en que vuelve a aparecer el desaparecido o se encuentran pruebas de su muerte.

#### 8. Los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos I y II

55. El derecho humanitario internacional codificado en esos instrumentos es uno de los que tiene mayor carácter vinculante para los Estados. En el artículo 1, común a los cuatro Convenios, se estipula que "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar [subrayado por el autor] el presente Convenio en todas las circunstancias". Todo Estado Parte se compromete, pues, no sólo en lo que respecta a sí mismo, situación que es la regla, sino también, y esto es totalmente excepcional, en lo que respecta a los demás, independientemente de que estos últimos o él mismo sean o no partes en el conflicto de que se trate.

56. La existencia de una cláusula de competencia universal de la misma naturaleza que la prevista en la Convención contra la Tortura (véase párr. 49) fomenta esta tendencia a la universalidad. Una vez más, habría que examinar en el informe final por qué esta cláusula se menciona con tan poca frecuencia aunque figura en los cuatro Convenios (I, art. 49; II, art. 50; III, art. 129; IV, art. 146), como también figuran en los cuatro Convenios las cláusulas relativas a los mecanismos previstos para el enjuiciamiento y el castigo por infracciones graves (I, arts. 50 a 52; II, arts. 51 a 53; III, arts. 130 a 132; IV, arts. 147 a 149; Protocolo I, arts. 85 y 86).

57. A fines de 1992, 175 de los 178 Estados Miembros de las Naciones Unidas habían ratificado los Convenios de Ginebra. Se trata, pues, de normas positivas de alcance casi universal, hecho sin precedentes, que las transforma en uno de los instrumentos más eficaces para luchar contra la impunidad, de haber un mínimo de genuina voluntad política para aplicarlos. ¿Pero existe esa voluntad política? Convendría, una vez más, analizar en el informe final por qué se utilizan tan poco las disposiciones pertinentes de los cuatro Convenios y sus Protocolos para luchar contra la impunidad.

58. Básicamente, ésas son las normas de derecho internacional fundamentales para la lucha contra la impunidad. Este inventario, que no es exhaustivo, pone de manifiesto la importancia de hacer un examen cuidadoso de la conformidad de las normas internas de cada país con las normas internacionales y de la interpretación que hacen de ellas las instituciones encargadas de aplicarlas, sin lo cual la impunidad puede seguir triunfando sobre el derecho.

9. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

59. Para completar este inventario hay que citar el proyecto de código elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, cuya Parte II, relativa a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, contiene un artículo, el 21, titulado "Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos", en el que se califica de violaciones de ese tipo el asesinato; la tortura; el establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso; la persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales de una manera sistemática o masiva; y la deportación o el traslado forzoso de poblaciones.

C. Contradicciones entre la necesidad de justicia, los imperativos de la memoria colectiva y las limitaciones políticas de la reconciliación

60. El motor de la evolución de estas contradicciones es la relación que se va estableciendo en cada momento entre las fuerzas sociales, las cuales evolucionan a su vez con el correr del tiempo. Las contradicciones pueden reactivarse después de cierto tiempo y, en ese caso, la necesidad de saber triunfa sobre la necesidad de hacer justicia. Cuando esto ocurre, el Estado debe asumir la parte de responsabilidad que le incumbe (que es una parte esencial) en la organización de la lucha contra la impunidad concebida como proyecto político, pues se refiere al pasado, pero determina también el futuro del país.

1. La necesidad de justicia

61. Las víctimas que reclaman justicia, sean opositores políticos o disidentes, opositores de opinión, miembros de movimientos armados o simples ciudadanos, son el motor de la lucha contra la impunidad. La comunidad internacional se moviliza en su nombre. Esta necesidad de justicia puede tener objetivos prioritarios distintos que dependen de la historia de cada país. En América Latina, por ejemplo, las organizaciones de víctimas se movilizan sobre todo para obtener el enjuiciamiento de los opresores, la depuración del ejército y el esclarecimiento de la suerte de las víctimas de desapariciones forzadas. En Europa oriental, en cambio, la opinión pública, aunque también pide que se juzgue a los principales responsables, tiene mayor interés en la rehabilitación de las víctimas, por un lado, sobre todo desde un punto de vista moral, ya que los opositores solían asimilarse a los asociales, los alienados o simplemente los delincuentes de delito común y, por otro lado, en la depuración de la administración, con los riesgos de exceso que ello supone. Incumbe ante todo al poder judicial nacional responder a esta

necesidad de justicia, y sólo cuando éste falla, se plantea la cuestión de la competencia de un tribunal internacional 19/.

a) Recursos a nivel nacional

62. Entre lo idealmente deseable y lo relativamente posible, existe toda una gama de opciones. Mencionaremos las más frecuentes: por un lado, el recurso a los tribunales nacionales, y por otro, la creación de una comisión nacional que investigue las violaciones graves cometidas bajo el régimen anterior.

i) Papel de los tribunales nacionales

63. La competencia de la jurisdicción nacional debe ser la regla general, pues la aplicación de sanciones es monopolio de los Estados. Es por esta razón que las convenciones obligan a los Estados Partes a adaptar su marco jurídico e incorporar en su derecho interno las normas de la convención (procedimientos de recepción) 20/. La eventual competencia de una jurisdicción internacional sólo sería entonces subsidiaria. A continuación se examinan los dos tipos de medidas que pueden adoptarse.

64. La primera medida consiste en derogar las leyes y eliminar (o por lo menos declarar incompetentes) las jurisdicciones de excepción que han promovido o respaldado las violaciones de que han sido víctimas quienes reclaman justicia. El documento final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 14 a 25 de junio de 1993) insiste especialmente en esa medida y dice al respecto: "Los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley" (véase A/CONF.157/23, Segunda parte, sec. B.5, párr. 60).

65. Sobre la base del principio denominado del "paralelismo de las formas", podría procederse a la derogación por decreto, por lo menos para los textos promulgados sin aprobación parlamentaria o por un pseudo parlamento cuyos miembros han sido designados por la autoridad ejecutiva, sin tener en las normas elementales de la participación popular.

66. La segunda medida se refiere a los jueces que integran las jurisdicciones competentes. Suponiendo que haya leyes para luchar contra la impunidad, sancionadas expresamente o en todo caso en vigor, ¿cómo vencer la renuencia de los jueces en ejercicio, cuando éstos han protegido al régimen anterior e incluso cooperado activamente con él? Es bien sabido que esta forma de connivencia, que está muy próxima de la complicidad y que era explícita bajo el régimen anterior, puede seguir manteniéndose en forma implícita 21/. La única medida posible en las situaciones más deterioradas es pura y simplemente reemplazar a los jueces 22/. Sin embargo, cada vez que sea viable una solución de compromiso, conviene tratar de respetar al máximo el principio de inamovilidad, considerado como una de las garantías fundamentales de la independencia de la judicatura. Se presentan entonces dos posibilidades.

67. La primera posibilidad consiste en distinguir a los magistrados designados con arreglo a un Estado de derecho de los designados en aplicación de un estatuto que no respetaba las principales garantías derivadas de los Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura 23/, y sobre todo, de los magistrados que han sido lisa y llanamente nombrados por el poder ejecutivo. En este último caso, puede invocarse una vez más la norma del paralelismo de las formas, que permite el eventual traslado de los magistrados (por no llamarlos pseudomagistrados), por simple decisión del poder ejecutivo, o su destitución, siempre que se respete el derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

68. La segunda posibilidad consiste en crear una jurisdicción a la que se asignará una competencia especial en el plano nacional y cuyos jueces se designarán con arreglo a los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura y con miras a lograr, de ser posible, una composición colegial que refleje el pluralismo de posiciones. Para evitar que se reproche a esta jurisdicción el ser un tribunal especial o de excepción, sus normas de procedimiento y su reglamento deberían ser los de la justicia penal ordinaria o, en todo caso, deberían respetar las garantías de procedimiento previstas en el párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

69. Puede haber también otras causas -objetivas- que favorezcan la impunidad, sobre todo la falta de formación y de medios. Se ha citado el caso de un país en el cual, por falta de recursos, menos del 25% de los magistrados tenían formación jurídica.

ii) Papel de las comisiones nacionales de investigación y determinación de la verdad

70. La Argentina, donde el 15 de diciembre de 1983 se creó una Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) que presentó en 1984 un informe muy detallado titulado Nunca más, ha sido el primer país en tomar una iniciativa de ese tipo. En abril de 1990, Chile tomó otra iniciativa que merece destacarse, a saber, el establecimiento de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, que no sólo ha tratado de averiguar los hechos, sino también de analizar el comportamiento y el grado de resistencia o de compromiso de cada sector de la sociedad chilena (partidos políticos, sindicatos, asociaciones de beneficencia, iglesias, etc.) durante el régimen dictatorial. Su voluminoso informe 24/ trata de esclarecer los casos de violaciones más graves y, además, propone medidas en favor de las víctimas y para prevenir nuevas violaciones. Otra iniciativa que cabe destacar especialmente es el establecimiento en El Salvador, en ocasión de la concertación de los Acuerdos de Paz de México, el 27 de abril de 1991, de la Comisión de la Verdad, que publicó su informe el 15 marzo de 1993 (S/25500, anexo). A diferencia de las dos comisiones anteriores, esta última está compuesta por personalidades internacionales.

71. Estas comisiones cumplen una primera función que no se ha puesto suficientemente de relieve, a saber, demuestran que hubo una "mentira de Estado", pues revelan como verdaderos ciertos hechos y delitos sistemáticamente desmentidos en su momento por las más altas autoridades.

72. El objeto de las comisiones es determinar los hechos. Si su mandato incluye también la determinación de las responsabilidades, en la mayoría de los casos se refiere a la responsabilidad de las entidades estatales, en particular las que han supervisado, ordenado o ejecutado las violaciones graves, pero no a la responsabilidad personal de sus autores. Estas comisiones carecen, por supuesto, de facultades jurisdiccionales. Las informaciones y los testimonios recogidos son, sin embargo, muy valiosos cuando los mecanismos de lucha contra la impunidad combinan la intervención de los tribunales y de las comisiones de determinación de la verdad, pues los datos obtenidos por estas últimas facilitan directamente el trabajo de los primeros.

73. Sin embargo, es posible que ese mecanismo sea ineficaz o inexistente. Ineficaz, cuando por falta de voluntad suficiente (o de medios) para aplicar una política contra la impunidad, los tribunales no responden en forma satisfactoria a la necesidad de justicia; inexistente, cuando debido al debilitamiento o incluso la desintegración del Estado, los tribunales se encuentran en la imposibilidad de funcionar. Se plantea entonces la posibilidad de recurrir a una jurisdicción internacional subsidiaria. Es muy importante que esta opción se base en el "principio de la instancia subsidiaria" para que la iniciativa, sobre todo si se trata de un tribunal ad hoc, no pueda considerarse como una forma de injerencia en los asuntos internos ni como un atentado contra la soberanía nacional.

b) Viabilidad de un tribunal internacional

74. Después del juicio de Nuremberg volvió a proponerse la creación de una jurisdicción penal internacional en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, y en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de apartheid, de 1973. Pese a que en los dos instrumentos se prevén expresamente estas jurisdicciones, nunca fueron creadas.

75. Una vez más, entre lo idealmente deseable y lo relativamente posible existe toda una gama de opciones:

- a) Lo idealmente deseable sería un tribunal penal internacional permanente creado en virtud de una convención multilateral. Esta hipótesis supone varios años de negociaciones difíciles para preparar un instrumento que puede terminar siendo ratificado solamente por los Estados que consideren que es poco probable que un día tengan que comparecer ante esa jurisdicción.
- b) Lo relativamente posible, en un plazo razonable, remite a la hipótesis de la creación de tribunales ad hoc como el que decidió crear el Consejo de Seguridad el 25 de mayo de 1993, en virtud de su

resolución 827, para juzgar los crímenes graves cometidos en la antigua Yugoslavia. El carácter ad hoc de esas jurisdicciones no debería comprometer el futuro de una jurisdicción permanente ni servir de pretexto para diferir indefinidamente su creación. Esta iniciativa, por el contrario, debería sentar las bases para un futuro proyecto de convención. De ahí la necesidad de aumentar al máximo las garantías legales de un Estado de derecho.

76. Convendría, pues, 25/ elaborar normas de procedimiento que constituyeran una respuesta fiable para hacer frente a la acusación de "jurisdicción especial" (incluso "de excepción") que puede suscitar el carácter ad hoc de la jurisdicción y, basándose en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, retomar las garantías de procedimiento previstas en los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (presunción de inocencia, principio de legalidad de los delitos y las penas). Esta referencia es aún más importante porque, en este caso, la jurisprudencia del Comité remite precisamente a este artículo para determinar cuándo puede admitirse el carácter excepcional de una jurisdicción. El principio de la "cosa juzgada" no podrá invocarse, puesto que, siempre según la jurisprudencia del Comité, éste afecta a la etapa de la sentencia y no de las actuaciones y, además, sólo surte efecto en el plano interno y no en el plano internacional o multilateral.

77. Evitar la acusación de jurisdicción de excepción llevará también a superar la concepción que prevaleció en el Tribunal de Nuremberg, algunas de cuyas normas podrían ser admisibles en una época en que el derecho internacional en materia de derechos humanos estaba insuficientemente elaborado, pero no podrían aplicarse en la actualidad (falta de jurisdicción de segunda instancia, retroactividad relativa, etc.).

78. Para evitar la acusación de que las infracciones que dan lugar a los encausamientos y las eventuales condenas se definen retroactivamente, convendría basarse en la mayor medida posible en las infracciones ya previstas en los Convenios de Ginebra que, como ya se ha dicho, fueron ratificados por casi todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la práctica de la violación no se menciona expresamente en los Convenios de Ginebra.

79. Para luchar eficazmente contra la impunidad, sería interesante aplicar los Convenios conjuntamente con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, ya que ésta estipula que la persona que huye no puede invocar el carácter político de las infracciones. En efecto, en la sección F del artículo 1, se determina en qué casos no se puede obtener el estatuto de refugiado político:

"F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los

instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;

- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas."

80. Además, fuera del caso de un tribunal creado después de la victoria y encargado de juzgar a los vencidos, la comparecencia, por lo menos a corto plazo, de las personas acusadas es poco probable; por lo tanto, no habría que descartar la posibilidad de juzgar "en rebeldía", previo envío de una citación oficial para que la persona se presente voluntariamente y, en caso de condena, encargar a la OIPC-INTERPOL (Organización Internacional de Policía Criminal) que difunda una orden internacional de arresto. Este procedimiento sería además compatible con los estatutos de esa organización, pues, como ya se ha dicho, el carácter político del delito no puede invocarse. La orden de arresto "condenaría" al interesado a una especie de reclusión domiciliaria en su país (principio de no extradición de los nacionales) o a vivir fuera de la ley (clandestinidad, falsa identidad, cirugía estética, etc.) en otro lugar del planeta, lo cual, para una persona que aspira a un renombre internacional, por ejemplo un hombre de Estado, es un inconveniente grave.

81. No hay que subestimar la renuencia de los países con un ordenamiento jurídico de inspiración anglosajona, que carece del procedimiento de juicio en rebeldía. Es necesario buscar una solución de compromiso, pues, valga la repetición, salvo en el caso de un tribunal que juzgue a los vencidos (aunque muchos de ellos pueden haber huido, lo cual subraya la utilidad del juicio en rebeldía), los autores de las violaciones graves no se presentarán voluntariamente. Esta situación puede desacreditar seriamente ante la opinión pública a un tribunal que es objeto de una gran publicidad y que ha sido creado a un alto costo... para, en fin de cuentas, no hacer justicia.

82. A iniciativa del Sr. Alain Pellet, miembro de la Comisión de Derecho Internacional, se propuso una solución de compromiso que consiste en prever en las normas de procedimiento del tribunal que, transcurrido cierto plazo y una vez que se haya verificado debidamente que la citación se envió y el interesado no compareció, se hará pública el acta de acusación durante la vista de la causa y luego, si procede, la sentencia pronunciada solemnemente en esa ocasión, y se difundirá una orden internacional de arresto en las condiciones ya indicadas.

83. Por último, la supervisión de la aplicación de los Convenios de Ginebra por los Estados Partes debería concentrarse, por un lado, en el artículo 1, común a los cuatro Convenios, en virtud del cual se comprometen, no solamente a respetar, sino también "a hacer respetar", los Convenios en toda circunstancia y, por otro lado, en la cláusula de competencia universal común asimismo a los cuatro Convenios (I, art.49; II, art.50; III, art.129; IV, art.146).

84. En su comentario sobre los Convenios de Ginebra, el Sr. Jean Pictet, subraya, refiriéndose a los artículos mencionados, que el alcance de la competencia universal no excluye en modo alguno la comparecencia de los acusados ante una jurisdicción internacional cuya competencia haya sido reconocida por las Partes contratantes.

## 2. Los imperativos de la memoria colectiva

85. La defensa jurídica del derecho a la memoria fue uno de los objetivos fundamentales de los autores del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg al forjar el concepto de crímenes de lesa humanidad, una de cuyas características esenciales es la imprescriptibilidad. Su propósito es hacer retroceder al infinito los límites del olvido previsto jurídicamente por los mecanismos de prescripción. Esta importante etapa del derecho internacional responde a las cuatro aspiraciones que se exponen en los párrafos siguientes.

### a) Hacer todo lo posible para que pueda administrarse justicia, habida cuenta de la extrema gravedad de las violaciones

86. La brutalidad de los hechos es tal que la imprescriptibilidad resulta indispensable para que no pueda soslayarse la acción de la justicia. Un castigo con arreglo al derecho común no sería suficiente: es preciso -se afirma- que "se administre justicia", que "se haga justicia". Esta situación de excepción -grave en sí misma, porque se opone a uno de los más antiguos principios jurídicos, la prescripción -debe reservarse exclusivamente, citando la expresión que figura en el párrafo 4 del preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, para los "delitos de derecho internacional más graves" 26/. A fin de calificar esta extrema gravedad se utilizan diversas fórmulas; debe tratarse de una "práctica masiva" con características que la definan como un "conjunto" y un "sistema" o, según la expresión más estricta del Tribunal de Casación francés, de una "política de hegemonía ideológica".

87. No obstante, la calificación de crimen de lesa humanidad tiene también otros efectos en relación con el carácter brutal de los actos. Se habría podido establecer un sistema que estipulara que la imprescriptibilidad era una circunstancia agravante vinculada a la extrema gravedad de unos actos considerados punibles con arreglo al derecho común. Al optar por el principio de una calificación específica, los Estados Partes en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 no sólo quisieron atribuir al crimen de lesa humanidad un carácter imprescriptible sino también infamante. Si el objetivo buscado hubiera sido únicamente la imprescriptibilidad como tal, no habría sido en absoluto necesario dar una calificación específica al crimen de lesa humanidad. Habría bastado con elaborar una lista de delitos de derecho común (...) considerados imprescriptibles cuando hubieran sido cometidos en nombre de una política de hegemonía ideológica, para repetir la fórmula antes mencionada. Los autores del Acuerdo de Londres no sólo quisieron tener en cuenta al hombre afectado durante su vida o por la muerte, sino, en particular, la infamia del ultraje infligido a todo el género humano mediante "la negación de la humanidad de los miembros de un grupo de hombres en aplicación de una doctrina" 27/.

88. A causa de la presión harto comprensible de las víctimas o de sus familiares, existe la fuerte tentación de considerar crímenes de lesa humanidad a muchas violaciones, debido a su intensidad o a la gravedad de sus consecuencias en la sociedad. Pero debe prevalecer la interpretación estricta si no se desea "banalizar" dicho concepto. Por ejemplo, se propuso calificar como crimen de lesa humanidad al narcotráfico a fin de impedir que sus autores se refugien hábilmente tras la prescripción. Esta banalización puede evitarse teniendo presente el objetivo buscado: basta declarar que esas infracciones son específicamente imprescriptibles, sin calificarlas necesariamente de crímenes de lesa humanidad, o son simplemente delitos continuos, lo que posterga el comienzo del período de prescripción al día en que pueda "administrarse" justicia que, de hecho, es el objetivo que se desea lograr.

89. El proceso en sí, independientemente de su propósito punitivo, es uno de los elementos de la memoria colectiva. Permite presentar públicamente los hechos, las pruebas y los testimonios con el rigor de un verdadero debate controvertido y, acto seguido, depositar los autos procesales en los archivos, la verdadera memoria. Desde este punto de vista cabe decir que en Nuremberg lo importante no fue tanto que se pronunciara una condena como el propio hecho de que se celebrara el proceso, con su consiguiente poder de fijar los hechos en la memoria.

b) Impedir que se vuelvan a cometer crímenes de lesa humanidad

90. La lucha contra el olvido mediante la imprescriptibilidad suspende asimismo una espada de Damocles sobre los autores de crímenes de lesa humanidad. El hecho de que un torturador sepa que un día podrá ser llamado a rendir cuentas es el medio más eficaz de prevención de la tortura mediante la disuasión. Al menos así se evita que éste ocupe, burlándose de la víctima, un lugar prominente tras la caída del régimen de que era cómplice.

c) Luchar contra el revisionismo

91. Durante este último decenio han progresado las tesis revisionistas que tratan de poner en tela de juicio hechos histórico, o la forma en que se produjeron, para poder negarlos mejor o, con mayor habilidad, relativizarlos (la tesis de la masacre viene a reemplazar, por ejemplo, a la del genocidio). Entre otras cosas, esta relativización tiene por objeto eliminar el carácter de extrema gravedad de los hechos para excluirlos de la categoría de crímenes de lesa humanidad. Al estar entonces sometidos a la prescripción ordinaria, con el tiempo podrá evitarse el proceso.

92. Además de los archivos judiciales, deben preservarse todos los archivos públicos a fin de detener con eficacia esta expansión de las tesis revisionistas que aparecen a menudo tras estar latentes durante un largo período. Procederemos de forma más especial a examinar dos categorías de archivos: por una parte, los de los lugares de detención, y por otra, los ficheros de los servicios de seguridad, de información y de la policía política.

i) Los archivos de los lugares de detención

93. Se trata de los archivos de todos los lugares de privación de la libertad, tanto instituciones penitenciarias, incluidas las prisiones no oficiales, como hospitales psiquiátricos. Esos archivos permiten a las víctimas defender sus derechos, en particular porque contienen pruebas irremplazables para determinar las responsabilidades (identificación del personal superior y de vigilancia). Cabe recordar que en Francia los propios deportados, reagrupados en el campo de Drancy para su traslado a los campos de concentración, se opusieron, tras su liberación, a la destrucción de los ficheros por sus propios guardianes. Pero, sobre todo, esos archivos permiten detectar mejor los lugares clandestinos de detención o, en las prisiones oficiales, los casos de detención clandestina. La gestión de un grupo de personas, incluso en tales circunstancias, supone, para toda administración, mantener unos archivos mínimos: por ejemplo, si se comprueba que hay un desequilibrio significativo entre una cifra elevada de raciones alimenticias y un pequeño número de personas declaradas detenidas se tiene un indicio importante de que existen detenidos clandestinos.

ii) Ficheros de los servicios de información y de la policía política

94. Cuando se produce un cambio de sistema político, el destino de esos ficheros plantea un problema tan pronto como cae el antiguo régimen. El principio de la conservación debe prevalecer sobre el de la destrucción, siempre que se prevea una reglamentación estricta de su utilización. Paradójicamente, el reflejo de destrucción pueden sentirlo tanto los opresores como las ex víctimas. Para unos se trata de hacer desaparecer las pruebas de su participación (como en el caso de los colaboradores de la STASI en la antigua República Democrática Alemana), para otros existe el temor de que esos ficheros -considerados infames- sigan utilizándose (caso de los ficheros elaborados en Francia contra los judíos por el Gobierno de Vichy entre 1940 y 1944). Lamentablemente, hay que tener en cuenta una tercera hipótesis particularmente dolorosa: la de la víctima que, al haber colaborado bajo tortura, se esfuerza por hacer desaparecer la prueba, con objeto de poder defender la intimidad de su secreto frente a sus familiares o, sobre todo, frente a quienes, frecuentemente amigos, fueron indirectamente sus víctimas.

95. Por todos estos motivos, la decisión de abrir o no al público esos archivos es particularmente grave ya que el carácter delicado de su contenido complica cualquier proceso de restablecimiento de la tolerancia con miras a una posible conciliación o reconciliación nacional. Desde este punto de vista, cabe acoger favorablemente la posición adoptada en el Paraguay tras el descubrimiento, en febrero de 1993, de varias toneladas de archivos de la guardia de seguridad del dictador Alfredo Stroessner. Ahí figuran en particular los archivos de la Operación Cóndor lanzada desde Chile, gobernado entonces por el general Pinochet, que confirman la información (antes siempre desmentida) de que existía una red de coordinación de los servicios de seguridad entre la Argentina, Bolivia, el Brasil, Chile, el Paraguay y el Uruguay 28/.

96. Es, pues, evidente la importancia de que exista una reglamentación estricta de los archivos a fin de asegurar su conservación, organizar el acceso a los mismos y garantizar los derechos de las personas sobre las que recaen sospechas.

Asegurar la conservación de los archivos

97. No se trata tanto de establecer garantías técnicas como de luchar contra un fenómeno de reciente aparición, a saber, el tráfico internacional de archivos por sus antiguos responsables. Por ejemplo, en Rusia el robo de documentos con fines comerciales parece haber adquirido una amplitud tal que el Presidente de la Comisión Parlamentaria encargado de la transferencia de archivos a Rusia, así como su adjunto, han escrito al Jefe de Estado para expresarle su inquietud en relación con la venta de documentos pertenecientes a archivos, en particular de la KGB, a editores extranjeros 29/.

Organizar el acceso a los archivos

98. Esta cuestión abarca dos situaciones: el acceso abierto para investigadores e historiadores y el derecho individual de acceso a la información pertinente que debería otorgarse a toda persona sobre la que recaigan sospechas. Respecto del primer punto, resulta indispensable sentar una base jurídica, puesto que la mayor parte de los regímenes autoritarios no ofrecen siquiera un mínimo de transparencia y todos los documentos están clasificados como "secretos". Respecto del segundo punto, el ejercicio del derecho individual de acceso no debería tropezar con ningún régimen de "secreto". Toda persona sobre la que recaigan sospechas debe efectivamente tener derecho:

- a) "a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley" (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, párr. 1), por lo menos a título de recurso;
- b) a defender, en determinados casos (vida familiar, vida sentimental) no vinculados a los hechos punibles, su derecho a la protección de su vida privada, en el sentido del artículo 17 del Pacto mencionado supra de conformidad con el cual:

"1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."

99. Habida cuenta de la complejidad de la labor y a fin de evitar que se entorpezca la actividad de los tribunales, parece razonable admitir que, en un primer tiempo, tanto las solicitudes de acceso a los ficheros como las impugnaciones de la información que contienen puedan someterse a la evaluación de una comisión ad hoc, siempre que ésta ofrezca suficientes garantías de

imparcialidad y a reserva de que pueda presentarse un recurso ante un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto mencionado.

Estas garantías son particularmente importantes puesto que se trata de ficheros constituidos sin control legal, cuyos datos proceden de fuentes sospechosas, que pueden contener errores, incluso equívocos, utilizados a menudo con fines de chantaje o manipulación, como, por ejemplo, la defensa de la tesis de que determinado responsable de un movimiento disidente o de la oposición es un "espía de la policía", un agente de información o un infiltrado, o de que otro habría hablado bajo tortura, cuando en realidad resistió y murió a causa de ella. En esos casos el objetivo no era sólo quitar la vida o mutilar el cuerpo, sino también privar a la víctima de su honor para desacreditarlo mejor y desestabilizar el movimiento.

100. Por estos motivos, en la medida en que se conserven y no se destruyan los ficheros, el derecho de acceso debe completarse mediante un derecho de rectificación en caso de error parcial, con facultades para solicitar la supresión en caso de error total (por ejemplo, la inexistencia del supuesto hecho, un error respecto de la identidad de la persona). Cabe citar como precedente interesante la nueva Constitución del Paraguay que reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder a la información que les interese y que figure en los archivos acumulados por la dictadura de Alfredo Stroessner.

d) Devolver al derecho a la memoria sus dimensiones históricas y culturales

101. Con el transcurso del tiempo, los archivos de todo tipo no se utilizan ya para procesar a los autores de violaciones, proceder a la depuración de la administración o defender los derechos de las víctimas. La hipótesis de la destrucción se plantea de nuevo, cuando se considere que la conservación podría interpretarse como una "legalización" de la infamia. Esto fue lo que sucedió en Francia respecto de los ficheros antes mencionados sobre la comunidad judía, dado que se fundaban en una reglamentación manifiestamente inconstitucional. En el decenio de 1950 fueron destruidos por orden gubernamental, tras ser utilizados por las jurisdicciones competentes en los trámites de depuración o en los procesos contra los autores y cómplices de violaciones. Tiempo después, los investigadores e historiadores formularon legítimas protestas. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que toda sociedad tiene el derecho inalienable de conocer la verdad sobre los acontecimientos pasados, así como las circunstancias y los motivos que hicieron posible que se cometieran crímenes aberrantes, a fin de impedir que éstos se repitan en el futuro 30/. En la resolución final aprobada en los Encuentros internacionales sobre la impunidad se subrayó en particular esta dimensión histórica y cultural: los participantes recuerdan que "en toda circunstancia se impone el deber de revelar la verdad; que el futuro de un pueblo no puede construirse sobre la ignorancia o la negación de su historia, y que el hecho de que un pueblo conozca la historia de su sufrimiento forma parte de su patrimonio cultural y como tal debe preservarse" 31/.

3. Limitaciones jurídicas y políticas de los procesos de reconciliación

102. Entre la exigencia intransigente de hacer justicia y las inevitables aspiraciones a una solución política que dé lugar a un proceso de reconciliación nacional existe también una gran variedad de opciones, habida cuenta de la diversidad de las situaciones. Para demostrar esta constante adaptación a la variable estructura de las realidades cabe citar las soluciones que se dieron, por ejemplo, en las siguientes situaciones:

- a) En España, el fantasma de la guerra civil del decenio de 1930, los deseos de cambio, la progresiva y hábil marginación del antiguo régimen explican sin lugar a dudas que, en lo tocante a los autores franquistas de violaciones graves, se haya girado la página, sin debates, sin formalismo jurídico, incluso sin amnistía. Esta evolución obedecía a una aspiración popular que esencialmente deseaba la rehabilitación de los republicanos, quienes tras la guerra civil seguían estando marcados por penas adicionales a las pronunciadas en el pasado por sedición. La única ley de amnistía que se votó fue una disposición en su favor.
- b) En Francia se necesitaron más de 20 años y varias leyes de amnistía para que las páginas negras de la guerra de Argelia pasaran de la violencia a la política y de la política, a la historia que, cabe decirlo, todavía debe escribirse.

103. La cuestión se plantea, cada vez con mayor frecuencia, no sólo en los procesos de democratización sino también de paz. En ese caso, la cuestión de la amnistía constituye el fundamento de los acuerdos de paz. Prueba de ello son los que pusieron término al conflicto en Nueva Caledonia y que casi se interrumpieron durante las negociaciones por discrepancias sobre la cuestión de la amnistía; o los que se están aplicando en El Salvador, en el marco del Acuerdo de Paz antes mencionado firmado en México bajo la égida de las Naciones Unidas el 16 de enero de 1992.

104. El análisis de las experiencias pasadas o de las que se viven en la actualidad demuestra hasta qué punto resulta difícil llegar a una solución ideal. No obstante, teniendo en cuenta esas experiencias, se imponen dos afirmaciones: en primer lugar, ningún interés superior, ni siquiera la reconciliación nacional, puede legitimar la "impunidad absoluta"; en segundo lugar, históricamente nunca se han dado las condiciones de una política firme y generalizada que permita garantizar el castigo de todos los autores de violaciones. ¿Hay que deducir -al menos en lo que respecta a esta ponencia- que cabe aceptar una cierta "impunidad relativa" en determinadas circunstancias? En ese caso, ¿cuál debe ser el núcleo irreductible de derechos que nunca podría suspenderse, sin desvirtuar la lucha contra la impunidad? ¿Podría admitirse cierta flexibilidad a título excepcional? En la práctica se plantean dos cuestiones de vital importancia: la de la amnistía y la de la depuración.

a) La problemática de la amnistía

105. Por una parte, se plantea la primera tesis respecto de la admisibilidad, o de la amnistía en relación con la imprescriptibilidad y, por otra, la segunda tesis respecto del derecho de toda persona a ser oída.

i) Primera tesis

106. Los conceptos de imprescriptibilidad y amnistía son incompatibles en la medida en que el segundo socavaría por completo el fundamento mismo de la imprescriptibilidad, que es permitir que "se administre justicia". Como máximo podría admitirse lo siguiente: dado que la imprescriptibilidad tiene por objeto evitar que se extinga la acción pública para poner coto a la impunidad, una vez realizados los procesos, establecida y totalmente ejecutada la pena definitiva, la amnistía resultaría compatible con la imprescriptibilidad pues se habría administrado justicia.

107. Algunas personas objetan que aceptar la amnistía en ese caso sería conceder en cierto modo una rehabilitación, lo que resulta inadmisibles porque la imprescriptibilidad está consustancialmente vinculada a la noción de crimen de lesa humanidad y esa calificación, como se ha visto, confiere a la pena un carácter infamante que impide toda rehabilitación incluso a título póstumo. Según esta interpretación la imprescriptibilidad se prolonga hasta el infinito.

108. Oponiéndose a esa interpretación, otros sostienen que la prescripción y la amnistía proceden de fundamentos distintos. Una está vinculada al olvido y la otra al indulto. La prescripción genera un efecto automático en cuanto ha transcurrido el tiempo, y supone que la justicia ha permanecido inactiva durante un plazo previamente establecido, tras el cual se corre el riesgo de que las pruebas se hayan deformado o hayan desaparecido. La amnistía es la manifestación expresa de la voluntad del legislador (o del pueblo, en caso de referéndum) de eliminar el carácter delictivo de determinadas categorías de hechos con el propósito de reforzar la armonía social. En otras palabras, la prescripción interpone un obstáculo a la realización de futuros procesos, y la amnistía suprime de la infracción pertinente el elemento legal que la convierte en delito. Por último, el principio de imprescriptibilidad establecido para los crímenes de lesa humanidad constituye una excepción a un principio general del derecho y por ello debe interpretarse de la forma más restrictiva posible. Los partidarios de esta posición llegan a la conclusión de que, por razonamiento analógico, no se puede deducir de la excepción relativa a la imprescriptibilidad un principio equivalente de exclusiones de una amnistía. Esta es la solución adoptada por el Tribunal de Apelación de París en un fallo Toumi de 12 de marzo de 1986: "La amnistía, acto soberano del legislador, se aplica a todas las infracciones sin distinción ni reservas, según su naturaleza, su calificación legal o su gravedad (...) y en particular a las infracciones denunciadas como crímenes de lesa humanidad".

ii) Segunda tesis

109. La solución defendida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, según hemos visto (párr. 25), es contraria a la amnistía, se basa en una argumentación distinta. Considera que se plantea una incompatibilidad, no tanto debido al carácter imprescriptible, o no, del crimen, y, por consiguiente, su mayor o menor gravedad, sino porque los efectos de la amnistía violan un derecho que la Comisión considera fundamental: el derecho de toda persona -en este caso la víctima- "a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial" (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, párr. 1) 32/. En otras palabras, mientras no se haya administrado justicia, la amnistía es incompatible con la lucha contra la impunidad, independientemente de la gravedad de los hechos; ¿sería posible conceder la amnistía después? La Comisión no se pronuncia explícitamente sobre este asunto, pero esta posibilidad es la consecuencia lógica de su argumentación.

110. El razonamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos da por supuesto que el derecho de toda persona a ser oída por un tribunal, previsto en el párrafo 1 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se incluye en la categoría de los derechos inalienables con arreglo al derecho internacional en materia de derechos humanos 33/, es decir, a la categoría de derechos que no pueden ser objeto de ninguna suspensión, restricción o limitación, ni en períodos de crisis (estado de excepción) ni en situaciones normales.

La situación en un estado de excepción

111. La norma es la siguiente: tomemos como ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: los derechos protegidos en virtud del Pacto pueden ser suspendidos o limitados a reserva de que el estado de excepción se establezca respetando ciertas garantías de procedimiento y de fondo (debe proclamarse mediante un procedimiento específico, tener una duración limitada y las medidas adoptadas deben ser proporcionales a la gravedad del peligro). No obstante, como excepción a esta norma, determinados derechos fundamentales, expresamente señalados y enumerados de forma limitativa (Pacto, art. 4; Convenio Europeo, art. 15; Convención Americana, art. 27) no pueden ser suspendidos, ni siquiera limitados, pues son inalienables.

112. ¿Cuáles son esos derechos? Existe una primera lista común a los tres instrumentos antes citados. En ella se incluyen: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, de la esclavitud y el principio de no retroactividad en materia penal. A este "núcleo irreductible", dos de esos instrumentos agregan 34/: a) el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Pacto, art. 16; Convención Americana, art. 3) y b) la libertad de conciencia y de religión (Pacto, art. 18; Convención Americana, art. 12.) La Convención Americana extiende además su protección absoluta a los siguientes derechos: derechos de la familia (art. 17) derecho al nombre (art. 18), derechos del niño (art. 19) derecho a la nacionalidad (art. 20) y derecho a participar en la vida pública (art. 23).

PRIMERA CONCLUSION

113. Durante los estados de excepción, ninguna de las disposiciones de los instrumentos antes mencionados permite suspender en forma absoluta el derecho garantizado por el párrafo 1 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en que se funda la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

a) La situación en período ordinario (fuera del estado de excepción)

114. Se invierte el dispositivo: no pueden suspenderse todos los derechos garantizados, por ejemplo, por el Pacto. Tampoco pueden ser objeto de limitaciones, salvo en algunos casos y a título completamente excepcional; pero la limitación debe responder a las condiciones siguientes:

- a) debe autorizarla explícitamente el artículo que garantiza el derecho de que se trate (por ejemplo, Pacto, art. 12: libre circulación de las personas; art. 18: libertad de conciencia y de religión; art. 19: libertad de expresión; art. 21: libertad de reunión; art. 22: libertad de asociación) 35/.
- b) debe respetarse la cláusula denominada "de admisibilidad democrática" que impone las condiciones de forma y de fondo siguientes: i) las restricciones deben estar previstas por la ley y ii) deberá tratarse de medidas "que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás".

SEGUNDA CONCLUSION

115. En cuanto a la tesis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 1 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantiza el derecho de toda persona a ser oída, y en los artículos correspondientes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6) o de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 7) no se prevé la posibilidad de ninguna suspensión de esa índole en la forma de "cláusula de admisibilidad democrática" que autorice limitaciones (como la amnistía).

116. Por lo tanto, puede considerarse que la Comisión Interamericana tenía motivos para considerar que toda medida tendiente a suprimir el derecho de la víctima a ser oída -en este caso particular, una medida de amnistía- constituía una violación del párrafo 1 del artículo 8 anteriormente citado, tanto en tiempo ordinario como en períodos de excepción.

117. Según el argumento inverso esa parte del artículo tiene que ver con la esfera penal; por lo tanto, sólo concierne a la protección de la persona del acusado; ello explica su redacción: el tribunal decidirá respecto de la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra cualquier persona; por lo demás, se añade en el mismo artículo que el tribunal determinará

"sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Según esta interpretación, bastaría, para que se admitiese la amnistía, respetándose el párrafo 1 del artículo 8, que la víctima tuviera la posibilidad de plantear la cuestión de la responsabilidad del Estado ante la jurisdicción civil o administrativa competente y obtener en justicia la reparación material y moral del perjuicio sufrido. Queda por determinar si podría admitirse la concesión de una indemnización por decisión de una comisión administrativa.

#### TERCERA CONCLUSION

118. En el informe final convendrá demarcar más el alcance del derecho de toda persona a ser oída, señalando además el carácter absoluto o relativo de la imposibilidad de suspender este derecho.

##### b) La problemática de la depuración

119. Hemos visto, en relación con la parte consagrada a la "necesidad de justicia", el contexto en que se plantea esta cuestión en la esfera de la institución judicial. Pero no sólo concierne al poder judicial, sino a toda la administración, en diversos grados, y en especial a las fuerzas armadas y la policía.

120. Puede parecer paradójico abordar la depuración en un estudio sobre los derechos humanos. La cuestión es especialmente sensible y compleja; con todo, los autores han preferido no eludirla, puesto que siempre se plantea en forma aguda en los períodos de cambios profundos. Cuando se trata de administrar la situación existente -gestión típicamente conservadora- la cuestión no se plantea. En cambio, cuando se trata de introducir un cambio, la administración, sea por reflejo ideológico o sencillamente por rutina, tiende a frenar el proceso por todos los medios, e incluso ir contra él "oponiendo resistencia" cuando se trata de las fuerzas armadas. Cuando el cambio responde a una aspiración popular profunda manifestada por un voto normal (elecciones, referéndum, etc.) es preciso que los medios de acción de que disponen las nuevas autoridades, a saber, el Estado, sean aptos para producir el cambio. Para tratar esta cuestión, se propone que el informe final tome más particularmente en consideración las experiencias europeas 36/ posteriores a la segunda guerra mundial y, para el período contemporáneo, las experiencias recientes de los países de Europa oriental por una parte, y en especial de Checoslovaquia, en cuanto a la administración civil, y de El Salvador, por otra parte, para el caso de las fuerzas armadas.

##### i) El caso de la administración civil

121. La experiencia checoslovaca es interesante por cuanto permite analizar desde un punto de vista práctico las cuestiones de principio siguientes:

- a) ¿la depuración debe hacerse sobre la base de la legislación vigente, aunque haya que reorientar su interpretación (jurisprudencia), o promulgando nuevas leyes, incluso de excepción?

- b) ¿debe tener como único objetivo la represión o también la supresión de los obstáculos que se oponen a la aplicación de una política nueva, lo que supone optar por medidas administrativas como el traslado de oficio, la destitución, la jubilación anticipada, la afirmación de ciertas incompatibilidades, más bien que por medidas penales?
- c) ¿Cuál es el carácter y la amplitud de las garantías que deben acompañar el proceso de depuración, en especial respecto del principio de que toda persona tiene derecho a ser oída?

ii) El caso de la depuración de las fuerzas armadas y de la policía

122. La experiencia salvadoreña se funda en el Acuerdo de Paz de México y en especial en los capítulos I y II relativos a la redefinición de las misiones de las fuerzas armadas y su depuración, y a la creación de una Policía Nacional Civil. El carácter de las garantías que rodean a estas medidas de depuración merece, por su calidad de precedente, un análisis profundo, porque por una parte fueron negociadas (Acuerdo de Paz), cuando en la mayoría de los casos son prerrogativa del vencedor respecto del vencido y porque, por otra parte, se determinaron y aplicaron bajo la égida del Secretario General de las Naciones Unidas. Sus grandes orientaciones se resumen a continuación.

123. Las decisiones son adoptadas por una Comisión ad hoc, integrada por tres personalidades reconocidas por su imparcialidad y su sentido democrático, designadas sobre la base de consultas realizadas por el Secretario General de las Naciones Unidas. Dos oficiales de antecedentes profesionales intachables, designados por el Presidente de la República, se unen a la Comisión en la fase deliberativa. La Comisión de la Verdad (véanse párrs. 70 y 71) puede designar a un observador.

124. Para la evaluación por la Comisión deben tenerse en cuenta, para cada oficial:

- sus antecedentes en cuanto a la observancia del orden jurídico y del respeto de los derechos humanos, tanto en su conducta personal como en el rigor con que haya prevenido o sancionado las violaciones;
- su competencia profesional;
- su aptitud para promover la nueva dinámica de paz, garantizar el respeto de los derechos humanos, favorecer la democratización del país y reunificar la sociedad salvadoreña;
- la Comisión dictamina después de oír a las personas interesadas y formula recomendaciones; éstas se han referido a la destitución o el traslado de 102 oficiales. En cuanto a la aplicación de esta decisión, véase el informe del Secretario General de 21 de mayo de 1993 (S/25812, párr. 4).

iii) El caso de la depuración de las fuerzas paramilitares

125. Como lo demuestra la experiencia salvadoreña, esta depuración se distingue de la anterior por tratarse más de la eliminación o erradicación de unidades que operan en forma encubierta, como son los escuadrones de la muerte, los grupos paramilitares o mercenarios, las milicias privadas que suelen estar secretamente vinculadas a estructuras estatales y del sector privado (latifundistas, empresarios). La extirpación de este "fenómeno infame" responde a un doble imperativo según la Comisión de la Verdad de El Salvador:

- a) El eslabonamiento de su red 37/, su conexión clandestina con los servicios de información y el sector privado de los terratenientes o los empresarios dificultan su desmantelamiento. Así pues, existe el peligro de que se reactiven; de ahí la importancia de una actitud firme y radical.
- b) Por su estructura, su organización y su dotación de armas, existe el grave peligro de que los escuadrones de la muerte se aboquen, como ya se ha verificado, a actividades delictivas como el tráfico de estupefacientes, el tráfico de armas y el secuestro con fines de extorsión.

126. Entre las medidas que conviene adoptar deberán tenerse en cuenta como mínimo los aspectos siguientes:

- a) reconstitución del organigrama de los ejecutantes con su estado civil y su eventual función en el ejército o la policía a fin de identificarlos;
- b) reconstitución del organigrama de los vínculos ocultos entre los ejecutantes y sus comanditarios activos o pasivos en las fuerzas de seguridad;
- c) reconstitución de los vínculos existentes con los terratenientes o los empresarios que aportan la financiación o aun la logística;
- d) investigación a fondo acerca del funcionamiento de los servicios de información con miras a la reorientación de sus misiones;
- e) cooperación en el plano internacional, en especial con terceros países que hayan contribuido activamente (por ejemplo, el descubrimiento, con ocasión de la reunificación alemana, del apoyo prestado por la antigua República Democrática Alemana a comandos terroristas o también, según la Comisión de la Verdad, la tolerancia por parte de los Estados Unidos de las actividades de exiliados salvadoreños que financiaron o teleguiaron escuadrones de la muerte entre 1979 y 1983).

#### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

127. La reconciliación nacional sólo puede aceptarse cuando se está dispuesto a perdonar y olvidar. Por ello, a corto y mediano plazo preferimos emplear la expresión "conciliación", más respetuosa del dolor de las víctimas. Al respecto, sería conveniente definir en el informe final el "núcleo irreductible" de derechos que debería respetarse en todos los procesos de conciliación nacional. El debate podría centrarse en los siguientes seis principios rectores:

- I. Debe tenerse como único objetivo la paz civil con miras a garantizar con carácter prioritario la seguridad de los menos favorecidos, ya que la injusticia social está con frecuencia en los orígenes de los disturbios que engendran la impunidad (véase supra la noción de violaciones graves de los derechos económicos y sociales).
- II. Renunciar a las diligencias judiciales y optar por la liberación inmediata de los presos de opinión (y no una amnistía, porque sería reconocer el carácter delictivo de su proceder, cuando sólo han ejercido un derecho legítimo; el verdadero delincuente es el autor de la detención arbitraria).
- III. No debe alentarse la impunidad, lo que supone que los instigadores y los responsables de alto nivel sean llevados ante la justicia y juzgados.
- IV. Debe crearse una comisión para la determinación de la verdad a fin de preservar el "derecho a saber" de las víctimas e integrar la dimensión histórica de la conciliación, que es toma de conciencia y no olvido.
- V. Debe juzgarse a todos los autores, no sólo a los previstos en el principio III o, cuando menos, debe someterseles a medidas de depuración.
- VI. Deben adoptarse las siguientes medidas en favor de las víctimas:
  - a) indemnización por los perjuicios sufridos;
  - b) reintegración en el empleo de las personas despedidas por motivos políticos;
  - c) derecho a regresar para los exiliados y medidas tendientes a su reinserción.

128. Sólo podrá aspirarse a la reconciliación nacional al final de este largo recorrido, y aun así, a condición de que los autores de las violaciones, en especial los que no hayan sido juzgados, consientan a manifestar su arrepentimiento, sin lo cual no puede pedirse a las víctimas que participen en un proceso que entraña el perdón. Sin un mínimo de arrepentimiento, toda medida de clemencia podría interpretarse como una caución. Cabe señalar que

el proceso se facilita cuando el arrepentimiento emana de todas las partes interesadas. (Para apreciar la importancia de este aspecto, véase, en el caso salvadoreño, la autocrítica pública efectuada por el FMLN a fin de facilitar la conciliación en el marco de la Comisión Nacional para la Consolidación de la Paz (COPAZ) 38/.) Más aún, cuando según los Acuerdos de Paz, los autores de violaciones graves pertenecientes al FMLN no podrán acceder a cargos en la administración pública. Esta cláusula de depuración aceptada debería ser reconocida con la misma responsabilidad por la parte estatal a fin de facilitar la depuración en las fuerzas armadas.

129. El presente informe, sin ser exhaustivo, representa un intento de deslindar mejor las múltiples facetas de la impunidad, para facilitar la elaboración de una estrategia en función del período histórico por el que atraviesa el país; esta estrategia debe dar prioridad tanto a la prevención mediante la formación y los servicios consultivos, como a la represión en cuanto medio, no sólo para castigar, sino también para fijar en la memoria la historia tal como se vivió y no como quisiera reescribirla siempre el revisionismo.

130. Para la lucha contra la impunidad deberán emplearse medios múltiples y a largo plazo fijando los cuatro objetivos complementarios siguientes:

- a) juzgar a los autores de violaciones graves;
- b) garantizar a las víctimas el derecho a saber y a obtener una reparación;
- c) prevenirse, en especial, mediante los archivos, contra el olvido y el revisionismo;
- d) tener siempre en cuenta las aspiraciones a la reconciliación nacional, respetando al mismo tiempo ciertos límites sin los cuales la reconciliación nacional sería cómplice de la impunidad.

131. Como última conclusión del presente informe provisional sobre la impunidad, los autores formulan las recomendaciones siguientes:

1. Habría que tener más en cuenta en el informe final las sugerencias hechas por el Sr. Theo van Boven en su estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales 39/.
2. Debe preverse, después del presente estudio, la preparación de un informe específico sobre la lucha contra la impunidad respecto de las violaciones graves de los derechos económicos y sociales.
3. Habría que intensificar la función de las organizaciones no gubernamentales en la estrategia de la lucha contra la impunidad.

4. Habría que delimitar mejor el alcance de la obediencia debida respecto de la teoría de las circunstancias atenuantes, a fin de limitar sus efectos.
5. Habría que realizar un estudio comparativo de las diferentes experiencias de las comisiones de la verdad para apreciar la posibilidad y la conveniencia de extraer de ellas algunos principios rectores.
6. Deberían investigarse medios y recursos para superar los obstáculos que crea el juicio en rebeldía ante un posible tribunal internacional.
7. Convendría elaborar principios rectores para garantizar la conservación de los ficheros y archivos de los servicios de seguridad e información, y reglamentar el acceso a ellos.
8. Debería realizarse un estudio específico, en colaboración con el Comité de Derechos Humanos y las comisiones y tribunales regionales, sobre el alcance del derecho de toda persona a ser oída, en especial sobre el carácter inderogable o no de este derecho.
9. Habría que hacer un análisis comparativo de las diferentes políticas de depuración aplicadas en los últimos decenios para extraer posibles principios rectores respecto de las causas justificatorias de esas políticas y las garantías necesarias.
10. Habría que estudiar medios y recursos que permitan erradicar la práctica de los escuadrones de la muerte.
11. Deberían elaborarse principios rectores para la aplicación de las políticas de reconciliación nacional que incluyan en especial un núcleo intangible, cualesquiera que sean las circunstancias.
12. Debería elaborarse un programa de acción para optimizar la aplicación de las disposiciones de los Convenios y Protocolos de Ginebra que permiten luchar contra la impunidad.

Los principales beneficiarios de estas normas convencionales son en primer lugar las víctimas, y luego los Estados en su calidad de encargados de su aplicación, sin olvidar, claro está, la ayuda específica que puede prestar el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en aplicación de las disposiciones comunes a los cuatro Convenios. Por lo tanto, el fortalecimiento de la eficacia de estas normas entraña la adopción de ciertas iniciativas, a saber:

- a) Iniciación de una campaña de sensibilización destinada a los Estados Partes para que incorporen en sus leyes penales las disposiciones represivas previstas en los Convenios.
- b) Realización de un estudio para ahondar más en los dos aspectos siguientes, a fin de determinar mejor las razones de la ineficacia:

- i) Extraer las enseñanzas de los casos en que se haya efectivamente condenado sobre la base de los Convenios de Ginebra a los autores de crímenes graves (ejemplo de los Estados Unidos, donde los crímenes de guerra constituyen asimismo infracciones del Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos (Uniform Code of Military Justice), cuyo enjuiciamiento se confía a la División de Investigación Penal (Criminal Investigation Division). Entre 1965 y 1973 se ventilaron ante el Tribunal Militar 36 denuncias por crímenes de guerra contra personal del ejército; 20 de estos casos resultaron en condenas).
- ii) Extraer las enseñanzas del uso hecho (o no hecho) de la cláusula de competencia universal prevista en los Convenios.
- c) Desarrollo de la acción coordinada de las organizaciones no gubernamentales ante los Estados Partes para que éstos -caso por caso- den pleno cumplimiento al artículo 1 antes citado, común a los cuatro Convenios, por el que se comprometen no sólo a respetarlos, sino también a hacerlos respetar, aun cuando no sean partes en el conflicto.
- d) Intensificación de la función que podrían desempeñar las víctimas y sus organizaciones no gubernamentales con miras a hacer aplicar los Convenios, en particular mediante una nueva interpretación de la noción de "interés por actuar", teniendo mejor en cuenta el espíritu -y la letra- de los Convenios de Ginebra, para que ciertas organizaciones no gubernamentales puedan iniciar acciones judiciales ante las jurisdicciones nacionales o internacionales competentes 40/. En esta ocasión convendría hacer una prospección de las posibilidades que ofrecen las sociedades nacionales de la Cruz Roja, en nombre de las víctimas, mediante una interpretación combinada de los estatutos de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja por una parte, y los Convenios por otra parte (ejemplo: Convenio IV, art. 142, y sobre todo Protocolo I, art. 81, párr. 3).
- e) Promoción de la utilización de los medios ofrecidos por la Comisión Internacional de Encuesta, órgano de investigación previsto en el artículo 90 del Protocolo I.

#### EPILOGO

132. Quisiéramos terminar este informe provisional con una nota de esperanza. Es posible luchar contra la impunidad haciendo justicia al mismo tiempo sin que se vean comprometidas las posibilidades de una reconciliación nacional, como lo demuestra la reciente decisión de la Corte Suprema de Bolivia (21 de abril de 1993) que permitió restablecer la confianza en uno de los poderes claves de toda democracia: el poder judicial. Tras siete años de lucha contra la impunidad, las asociaciones de derechos humanos y las organizaciones

democráticas, calificaron esta sentencia de "fallo del siglo", como destacó el juez Gualberto Dávalos, para quien esa decisión constituye un precedente importante para el fortalecimiento de la democracia y una advertencia, en Bolivia y en los demás países de América Latina, para los autores de golpes de Estado 41/.

133. Los responsables de las violaciones más graves, que habían derrocado al Gobierno constitucional de Lydia Gueiler y 44 de sus colaboradores, fueron condenados de la siguiente manera: el ex dictador Luis García Meza, a 30 años de prisión sin posibilidad de indulto. El ex Ministro del Interior, Luis Arce Gómez, principal responsable del mecanismo de represión, Guido Benavidez, ex jefe de la Dirección Nacional de Investigación, Freddy Quiroga, ex Jefe del Servicio Especial de Seguridad y su adjunto, Tito Montano, fueron también condenados a 30 años de prisión.

134. Justo es que al final de un informe sobre "los efectos nefastos de la impunidad" se rinda homenaje a los autores de tal decisión que, allende las fronteras de Bolivia, hacen honor a la justicia de ese país, dan nuevas esperanzas a todas las víctimas y a sus allegados, y demuestran que la justicia puede prevalecer sobre la impunidad.

-----

---

1/ Los "Encuentros internacionales sobre la impunidad para los autores de violaciones graves de los derechos humanos" fueron organizados con los auspicios del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, juntamente con la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) y la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH-France), del 2 al 5 de noviembre de 1992 en el Palacio de las Naciones en Ginebra. Las actuaciones de esos Encuentros fueron publicadas por la CIJ con el título No a la impunidad, sí a la justicia (Ginebra, 1993).

2/ Por carta de 16 de marzo de 1993 dirigida al Centro de Derechos Humanos, a la atención de la Comisión de Derechos Humanos, algunos parlamentarios colombianos miembros de la Asociación "Esperanza, Paz y Libertad" que agrupa a los ex guerrilleros que se sumaron a la lucha democrática (Alianza Democrática), indican que 165 miembros del Ejército Popular de Liberación (EPL) fueron ejecutados sumariamente por sus antiguos compañeros que son hostiles a los acuerdos de paz a fin de frenar por el terror el abandono de la lucha armada en Colombia.

3/ En El Salvador, según la Comisión de la Verdad, las responsabilidades que casi siempre se citan en las denuncias se atribuyen en un 85% de los casos a los agentes del Estado, a las formaciones paramilitares vinculadas al Estado y a los escuadrones de la muerte, y sólo en un 5% de los casos al Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (FMLN) (citado por Diffusion de l'information sur l'Amérique latine (DIAL), Boletín Nº 1678, París, 16 de abril de 1992).

4/ Louis Joinet, "Les tribunaux d'opinion", en Marxisme, démocratie et droit des peuples. Hommage à Lelio BASSO, Ediciones Franco Angeli, Milán, 1979, pág. 821.

5/ Léo Matarasso, "Brève contribution à l'histoire du Tribunal Russell sur les crimes de guerre au Vietnam", en op. cit., pág. 831.

6/ Impunity. Impunidad. Impunité, Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, Ginebra, febrero de 1993, págs. 5 y 11.

7/ Véase también en el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (E/CN.4/1993/24, párr. 20), la deliberación 02.

8/ Léo Matarasso, citado por Joinet en "Les tribunaux d'opinion" (véase la nota 4 supra).

9/ CIDH, informe N° 29/92 aprobado el 2 de octubre de 1992 (casos Nos 10.029, 10.036, 10.045, 10.305, 10.372, 10.073, 10.074 y 10.075, Uruguay), OEA/Ser.L/V/II/82, doc. 25; véanse los párrs. 41 y ss. Véase también Robert K. Goldman "Leyes de amnistía y derecho internacional: un caso concreto", en No a la impunidad, sí a la justicia, actuaciones de los Encuentros internacionales sobre la impunidad organizados por la CIJ en Ginebra en noviembre de 1992 (véase nota 1 supra); en esta comunicación, R. K. Goldman se refiere a la decisión de la CIDH en virtud de la cual la Ley de amnistía del Uruguay de 1986 violaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10/ CIDH, informe N° 28/92 aprobado el 2 de octubre de 1992 (casos Nos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina), OEA/Ser.L/V/II.82; véanse párrs. 43 y ss.

11/ Véanse al respecto los párrafos 3 y 5 del artículo 13 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1992, en su resolución 47/133.

12/ Véase el documento presentado al Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la Detención de la Subcomisión por John Carey titulado "Normas internacionales para la adecuada investigación de todos los casos de muertes sospechosas durante la detención, así como sobre una autopsia adecuada" (E/CN.4/Sub.2/1988/WG.1/WP.1), donde se cita en particular el Protocolo de Minnesota de junio de 1987 establecido por el Minnesota Lawyers International Human Rights Committee, relativo a la prevención de las ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias.

13/ "Informe anual y lista de Estados que desde el 1º de enero de 1985 han proclamado, prorrogado o levantado el estado de excepción"; este informe se actualiza todos los años; los informes cuarto y quinto se han publicado con las signaturas E/CN.4/Sub.2/1991/28 y E/CN.4/Sub.2/1992/23/Rev.1, respectivamente.

14/ Para mayores detalles sobre la amnistía, véase el "Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos" (E/CN.4/Sub.2/1985/16), informe del Sr. Louis Joinet, Relator Especial.

15/ Véase Roland Bersier, "Circunstancias atenuantes según el principio de la obediencia debida", en No a la impunidad, sí a la justicia, actas de los Encuentros internacionales sobre la impunidad, organizado por la CIJ en Ginebra en noviembre de 1992 (véase nota 1, supra).

16/ Resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992.

17/ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 10 (A/46/10), cap. IV, sec. D.2, págs. 276 y 277).

18/ UNESCO, Coloquio sobre el papel de Africa y sus repercusiones en el encuentro de los dos mundos. Conmemoración del quinto centenario, Praia (Cabo Verde), 4 a 8 de mayo de 1992. Véase en particular la parte III del documento de trabajo.

19/ Louis Joinet, "L'amnistie: le droit à la mémoire entre le pardon et l'oubli", en Communications, París, 1989, Nº 49.

20/ Salvo cuando se trata de las convenciones denominadas "de efecto inmediato", es decir, aquéllas cuyas disposiciones de fondo se aplican directamente en el orden jurídico interno.

21/ Etienne Bloch, "La depuración", en No a la impunidad, sí a la justicia, actuaciones de los Encuentros internacionales sobre la impunidad organizados por la CIJ en Ginebra en noviembre de 1992 (véase nota 1 supra).

22/ Tal es la solución propuesta para El Salvador en el marco de la aplicación del plan de la ONUSAL. Véase al respecto el informe de la Comisión de la Verdad (S/25500, anexo, cap. V, sec., I.D.a.).

23/ Véanse los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. Véanse también los Principios Básicos sobre la función de los abogados y las Directrices sobre la función de los fiscales, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

24/ Una organización no gubernamental chilena, la Comisión Chilena de Derechos Humanos, publicó una síntesis del informe titulada Para crear en Chile en el marco de una campaña nacional de educación en pro de la verdad y los derechos humanos.

25/ Louis Joinet, "Options pour la constitution, à partir des mécanismes existants, d'un tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie" (texto inédito).

26/ Véase asimismo el documento de trabajo presentado por el S. Tchernichenko sobre la elaboración de una declaración para manifestar el reconocimiento del carácter de delitos internacionales de las violaciones flagrantes y masivas que los derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/1992/51).

27/ Pierre Truche, "Le crime contre l'humanité", comunicación presentada en el seminario de filosofía del derecho organizado en París, el 2 de diciembre de 1991, por el Instituto de Altos Estudios sobre la Justicia.

28/ Para una síntesis, véase el Boletín Nº 1767, de 5 de abril de 1993, de la agencia Diffusion d'information sur l'Amerique latine (DIAL).

29/ Nadine Marie-Schwartzenberg, Le KGB, París, Presses Universitaires de France, colección "Que sais-je?", 1993. En el capítulo VI se afirma que algunos agentes de la KGB han tratado de vender a editores occidentales documentos de archivos sumamente valiosos, y que el Organismo Federal de Seguridad -que sucedió durante un breve lapso de tiempo a la KGB- concertó un acuerdo con una sociedad americana que prevé realizar una serie de televisión basada en expedientes ultrasecretos de la antigua KGB. El Servicio de Información Exterior de Rusia, por su parte, habría organizado una especulación comercial a partir de una sociedad pantalla, la Asociación de Veteranos de los Servicios de Información.

30/ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 1985/86 (OEA/SER.L/V/II.68; doc. 8, rev. 1; 26 de septiembre de 1986).

31/ Véase la nota 1 supra.

32/ Véanse asimismo la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 9; el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 6, párr. 1; y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 7.

33/ Véase Nicole Questiaux, "Estudio de las consecuencias que para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con situaciones llamadas de estado de sitio o de excepción" (E/CN.4/Sub.2/1982/15, párr. 36 en adelante).

34/ La prohibición del encarcelamiento por deudas sólo está prevista en el Pacto (art. 11).

35/ Véanse asimismo el Convenio Europeo, arts. 8, 9, 10 y 11; la Convención Americana, arts. 12, 13, 15, 16, 22 y 30; y la Carta Africana, arts. 11 y 12.

36/ Véase Herbert R. Lottman, The Purge, Nueva York, MORROW, 1986, 332 páginas. Véase en especial el capítulo III.

37/ Ejemplo de la red conocida como ORDEN (Organización Democrática Nacionalista), grupo fundado en 1963 a escala nacional, con representantes en cada comuna, cantón y comunidad, con un total de por lo menos 50.000 miembros. Véase al respecto el informe de la Comisión de la Verdad (S/25500, nota 418).

38/ Citada por la agencia de información Diffusion de la l'Information sur l'Amérique latine (DIAL), Boletín N° 1678, París, 16 de abril de 1992.

39/ El segundo informe provisional presentado por el Sr. van Boven a este respecto lleva la signatura E/CN.4/Sub.2/1992/8.

40/ Olivier Russbach, "Le procès humanitaire", en Actes N° 67-68, París, 28 de septiembre de 1989, pág. 92: "La mejor garantía para que se juzguen las infracciones contra el derecho internacional público y humanitario es tal vez que los propios ciudadanos invoquen, ante las jurisdicciones a que tienen acceso, los daños que les han causado esas infracciones y que reclamen la reparación de esos daños".

41/ Servicio Paz y Justicia en América Latina (SERPAJ-AL), Boletín N° 26, abril-mayo de 1993, pág. 3.