

Democracia y derechos humanos en el Perú:
del reconocimiento a la acción

Democracia y derechos humanos en el Perú: del reconocimiento a la acción



idehpucp

Instituto de Democracia y
Derechos Humanos

Pontificia Universidad Católica del Perú

Fondo Editorial 2005

Democracia y derechos humanos en el Perú: del reconocimiento a la acción

Primera edición, mayo de 2005

Tiraje, 500 ejemplares

© Javier Ciurlizza Contreras, 2005

© Roberto Cuéllar Martínez, 2005

© Robert Goldman, 2005

© Manuel Antonio Garretón, 2005

© Juan Méndez, 2005

© Fondo Editorial de la Pontificia

Universidad Católica del Perú, 2005

Plaza Francia 1164, Lima 1 – Perú

Teléfonos: (51 1) 330-7410, 330-7411

Fax: (51 1) 330-7405

Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Dirección URL: www.pucp.edu.pe/publicaciones/fondo_ed/

Diseño de cubierta e interiores: Edgard Thays

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN 9972-42-700-5

Hecho el depósito legal 2005-2492 en la Biblioteca Nacional del Perú

Impreso en el Perú – Printed in Peru

Índice

Presentación <i>Javier Ciurlizza Contreras</i>	9
Las «comisiones de la verdad» y la promoción de los derechos humanos en los procesos de tránsito a la democracia <i>Roberto Cuéllar Martínez</i>	11
La aplicación de la justicia en contextos transicionales. La efectividad y necesidad de judicializar los casos de violaciones de los derechos humanos <i>Robert Goldman</i>	23
Reparación y reconstrucción de la memoria histórica <i>Manuel Antonio Garretón</i>	35
Reformas institucionales en procesos de transición y fortalecimiento democrático <i>Juan E. Méndez</i>	39

Presentación

Javier Ciurlizza Contreras

Director Ejecutivo

*Instituto de Democracia y Derechos Humanos
de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP)*

CONCLUIDO EL PROCESO previo a la entrega del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, que debe considerarse un hito en la historia reciente de nuestro país, la Pontificia Universidad Católica del Perú tomó la decisión de participar activamente en la defensa y protección de los derechos humanos —como expresión de una democracia cabalmente entendida— mediante la creación de un instituto dedicado a la docencia, la investigación, la formación de espacios de diálogo y la difusión de los valores que la democracia y los derechos humanos establecen. En enero de 2004 se creó el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), ocasión en la que algunos de quienes trabajamos en la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) fuimos convocados para sumarnos a esta causa.

Con la decisión de impulsar, tanto el forjamiento de una cultura democrática basada en el respeto irrestricto de los derechos humanos como en la implementación de las recomendaciones realizadas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, el IDEHPUCP inició una serie de actividades que, según nuestro punto de vista académico, contribuirían con los objetivos planteados.

Una de las primeras actividades que realizó el IDEHPUCP fue el seminario internacional «Democracia y derechos humanos en el Perú: del reconocimiento a la acción». Gracias al inestimable apoyo de la Obra Episcopal de Cooperación al Desarrollo y a su organización MISEREOR,

congregamos a más de cien personas, entre ellas cooperantes internacionales, representantes del Estado (de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial), de la sociedad civil y de diferentes iglesias para discutir los avances en el cumplimiento de las recomendaciones que la CVR había ofrecido diez meses atrás por medio de su Informe Final.

Con la participación de Juan Méndez y Robert Goldman, importantes académicos y ex presidentes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Roberto Cuéllar, director del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y Manuel Antonio Garretón, director del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, el IDEHPUCP llevó a cabo el seminario internacional antes mencionado del 21 al 23 de junio de 2004, durante el cual se expusieron lúcidamente ideas, opiniones y perspectivas, además de poner en evidencia lo importante de mantener una gran dedicación en torno al estado de democracia y derechos humanos necesarios para la edificación de la nación peruana que la CVR propone.

Consideramos imprescindible, debido a su carácter nacional e internacional, poner a disposición de quienes estén interesados las exposiciones de nuestros invitados extranjeros. Dado que el seminario internacional «Democracia y derechos humanos en el Perú» no fue una actividad abierta al público, estimamos especialmente pertinente la publicación de cada uno de los textos de los participantes. Intentamos mantener la temática en cuestión en la agenda de los ciudadanos y de quienes toman las decisiones y, de una u otra manera, influir en ellas.

Las «comisiones de la verdad» y la promoción de los derechos humanos en los procesos de tránsito a la democracia

Roberto Cuéllar Martínez
Director Ejecutivo

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)

EXISTEN DIVERSAS POSIBILIDADES para abordar el tema que se me ha encomendado: transiciones políticas, comisiones de la verdad y promoción de los derechos humanos.

Alrededor de estos tres elementos, podemos formular una serie de interrogantes: ¿cuál es el papel de las comisiones de la verdad en los procesos de transición a la democracia?; ¿cuánto han contribuido las comisiones de la verdad a la promoción de los derechos humanos?; ¿constituyen las transiciones democráticas el momento políticamente oportuno para establecer comisiones de la verdad?

Más aún, podríamos plantearnos preguntas como: ¿cuál es el sentido de la «verdad» en derechos humanos dentro de la vida democrática?; ¿cómo deben lidiar las sociedades democráticas o en proceso de construcción democrática con una historia reciente de violencia generalizada y violaciones de derechos humanos?

En realidad, es muy difícil abordar el tema de la promoción de los derechos humanos en la transición democrática que sigue a los informes de las comisiones de la verdad. Es más dificultoso aún cuando la «verdad en derechos humanos» se coloca dentro del proceso de solución de conflictos armados por medios políticos o hacia el fin de largas dictaduras. Ello se debe a que dentro de esta coyuntura, a diferencia de cualquier otro momento de la transición, las relaciones humanas están dañadas muy severamente.

¿Qué es lo que debe prevalecer entonces: la verdad como el hilo moral que rompe la brecha del silencio, «caiga quien caiga», o la negociación y coexistencia de intereses políticos propios del momento de cambio?

Los conceptos involucrados son, por lo tanto, amplios, complejos, y de difícil precisión.

En cuanto al concepto de verdad, no entraremos en disquisiciones filosóficas acerca de su naturaleza, límites y alcances. Cuando el príncipe Hamlet se dispone a escenificar, ante su madre y su tío, el asesinato de su padre, ofrece el siguiente consejo a los actores que tienen en sus manos esa tarea: «Que la palabra corresponda a la acción, y la acción a la palabra». Esta es la verdad de la que nos interesa hablar: la verdad en que las palabras corresponden a los hechos sucedidos. Nada más pero, tampoco, nada menos que eso.

El concepto de transición a la democracia es igualmente amplio y complejo. Como todos sabemos, aunque compartimos profundas raíces y rasgos culturales, las realidades nacionales varían en Latinoamérica de país a país.

Las similitudes entre los procesos de retorno a la institucionalidad democrática como los que vivieron Argentina, Chile y Uruguay, y los procesos de «instauración de la democracia» en el que viven Guatemala y El Salvador son, sin duda, escasas. En el primer caso, se trata de países en donde, además de contar con un sentido y espacio para la ciudadanía, las instituciones democráticas tienen una larga tradición. En el segundo caso, en cambio, las instituciones democráticas o nunca existieron o no funcionaron apropiadamente —con la excepción de un lustro en Guatemala a mediados del siglo pasado—, y el sentido y la noción de ciudadanía han estado restringidos a sectores mínimos de la población.

La «transición democrática» en el Perú no puede ser comparada con ninguna otra, pues en los últimos ocho años del siglo XX el país tuvo que enfrentarse al engaño de un presidente electo democráticamente que adoptó progresiva y firmemente comportamientos autoritarios y dislocó a la sociedad peruana con la corrupción, el chantaje, la violencia y las extorsiones.

Por otro lado, la amplitud de una expresión como «promoción de los derechos humanos» es indiscutible. ¿Promoción para quiénes y con qué medios?, ¿se refiere a algunos o a todos los derechos humanos? En este sentido, me gustaría adoptar la perspectiva de promoción de los derechos humanos utilizada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos

(IIDH) que dirijo: la promoción entendida fundamentalmente como educación, es decir, como apropiación pedagógica de un conjunto de conocimientos, valores, conceptos y prácticas.

Como es sabido, las comisiones de la verdad son organismos de investigación extrajudicial creados —por el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo u otra instancia del Estado como el Ombudsman o Defensoría del Pueblo o, como en El Salvador y Guatemala, por un proceso de negociación entre las partes y con la supervisión de Naciones Unidas— con el mandato de investigar, documentar y establecer los hechos en relación con violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado o por fuerzas beligerantes en un conflicto armado, en períodos de violencia extrema y terrorista, o en dictaduras y gobiernos de facto.

Las comisiones tienen el mandato de investigar las violaciones cometidas dentro de un territorio determinado y durante un tiempo igualmente acotado, y su periodo de funcionamiento y vigencia queda definido en el acto mismo de su constitución.

De esta definición tentativa me interesan tres aspectos que deben destacarse. El primero es que las comisiones de la verdad son instancias que gozan de oficialidad, ya sea porque su creación es un acto de Estado, o porque este reconoce o realiza aquiescencia de su funcionamiento; el segundo, que su misión es investigar violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos ocurridas durante un lapso determinado (no en cualquier momento); y el tercero, que su plazo de trabajo es, igualmente, limitado.

En América Latina, numerosos países adoptaron este mecanismo en los procesos de transición política que vivió la región durante las últimas décadas del siglo pasado. Para ser exactos, diez países de la región lo hicieron: Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Panamá, Perú y Uruguay. Fuera de nuestra región también lo han hecho otros países, entre ellos varios de Europa del Este y, también, Sudáfrica, tras la derogación del régimen de Apartheid.

En los Estados donde se establecieron comisiones de la verdad, se las ha asumido como una responsabilidad histórica para asegurar que se hiciera verdad y justicia respecto de las violaciones de derechos humanos

ocurridas en la época de violencia generalizada y de dictadura o autoritarismo. Para ello garantizaron la recolección y la recopilación de toda la información necesaria para el éxito de las investigaciones.

En algunos países, las comisiones tenían facultades para formular denuncias ante los tribunales de justicia, sin perjuicio de la facultad de los particulares afectados y de las víctimas de hacer valer sus propios derechos. En otros, se tuvo en cuenta el principio general del derecho en virtud del cual la responsabilidad penal es personal y, por tanto, no afecta a las instituciones a las que pertenecieron los culpables, como es el caso de Chile y El Salvador.

Asimismo, algunos informes establecieron un sistema que permitió considerar atenuantes a favor de aquellos responsables de violaciones a los derechos humanos que colaboraron para el establecimiento de la verdad. En otros, los resultados de los informes fueron favorables a exonerar de la responsabilidad penal a personas privadas de libertad por motivos políticos y, en situaciones específicas, esto implicó la garantía del debido proceso con condenas que tuvieron en cuenta las condiciones inhumanas que estas personas debieron soportar durante su procesamiento.

Si habíamos señalado que entendíamos por «verdad» la formulación de un relato que correspondiera a los hechos sucedidos, el *quién* formula ese relato se convierte en un asunto de la mayor importancia. En la mayoría de los países que crearon «comisiones de la verdad», las violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos habían sido establecidas y denunciadas con anterioridad por organizaciones independientes de derechos humanos que, de manera metódica, rigurosa y valiente, documentaron y denunciaron lo que ocurría, principalmente, en foros internacionales. Entonces, el relato existía previamente, aunque carecía del carácter oficial que obtuvo al ser formulada por una comisión de la verdad.

Este detalle no debe ser tomado a la ligera. Tanto para quienes fueron víctimas de violaciones de sus derechos como para sus familiares es extremadamente importante que su dolor y sufrimiento sean reconocidos de manera pública y oficial. Es este un primer acto de reparación moral. En otras palabras, para quienes además del dolor y la pérdida han debido soportar el aislamiento y el silencio social, «el reconocimiento de su dolor

y padecimiento valida su experiencia como real».¹

Sin duda, el dato más relevante de las auditorías regionales sobre verdad en derechos humanos en países en transición de la violencia hacia la democracia es la emergencia de un impresionante historial de dolor, sufrimiento y frustración.

Por ese motivo, constituir una comisión de la verdad equivalía, desde el punto de vista de algunos sectores, a abrir una caja de Pandora de la que podrían surgir todos los males y calamidades. Se dijo infinidad de veces que hurgar en tales acontecimientos era abrir las heridas del pasado.

Respondiendo a quienes así se expresaban, Luis Pérez Aguirre señaló agudamente: «Nosotros nos preguntamos por quién y cuándo se cerraron esas heridas. Ellas están abiertas y la única manera de cerrarlas será logrando una verdadera reconciliación nacional que se asiente sobre la verdad y la justicia respecto de lo sucedido. La reconciliación tiene esas dos mínimas y básicas condiciones».²

Es importante reiterar que la función de una comisión de la verdad se limita a establecer los hechos ocurridos y a organizarlos en forma de relato. No les corresponde, por tanto, pronunciarse sobre las causas que llevaron a un conflicto político, pues estas causas son susceptibles de infinitas interpretaciones. El terreno de las comisiones de la verdad es el terreno de las verdades fácticas, hecho que implica un conjunto de interrogantes: ¿qué ocurrió?, ¿con qué métodos?, ¿quiénes fueron los actores? y, entre otros, ¿quiénes fueron las víctimas? Las opiniones sobre las causas del conflicto guatemalteco, por ejemplo, seguramente difieren según la perspectiva de los distintos observadores, pero ha quedado establecido que el conflicto llevó al Estado guatemalteco a implementar una política contrainsurgente que desembocó en un genocidio.

Los informes de las comisiones de la verdad son casi un diario de la tragedia de la sociedad. Son minuciosos y se resisten a entregar la mínima concesión a la imaginación o a la especulación. A veces, ellos podrían

¹ LIRA, Elizabeth. «Verdad, justicia e impunidad». En *16° Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

² PÉREZ AGUIRRE, Luis. «El Uruguay impune y la memoria social». En *Tribunal Permanente de los Pueblos*. Sesión Uruguay. Montevideo, 1990, p. 31.

parecernos relatos interminables de la tragedia, debido a la insistencia con que se refieren ciertas categorías o tipologías de crímenes cometidos y al celo con que se pretende salvaguardar cada frase de la incredulidad y el error. De tal forma, los relatos son una escritura del drama de los derechos humanos donde desfilan sucesos tan trascendentes que han convertido a los informes en documentos históricos.

Ese pequeño grano de trigo y de cordura en un asunto tan grave como es acusar y señalar un patrón sistemático de violaciones a los derechos fundamentales de miles de víctimas es el mensaje que las comisiones envían también a futuras generaciones. Lo sucedido en relación con los derechos humanos debe ser expresado, es urgente hacerlo. Más aún, incluso si la sanción fuera imposible, el derecho a la verdad subsistiría, como asegura Pedro Nikken.

En sociedades traumatizadas y desgarradas por conflictos militares o por periodos prolongados de violencia extrema, el efecto catártico y liberador del establecimiento de la verdad es enorme. Si bien la verdad no nos puede liberar completamente del dolor y sufrimiento vividos, al menos abre las puertas y señala el camino de una posible y necesaria reconciliación. A ello es a lo que tan lúcidamente Salomón Lerner ha denominado «la eficacia de la verdad».

Conozco la realidad centroamericana; es una región que se vio enfrascada en la guerra y en el terror. Ambos dejaron una huella profunda en la sociedad regional: decenas de miles de muertos y desaparecidos, centenares de miles de violaciones y matanzas, a veces agravadas por atrocidades indecibles e incluso, el drama de dos millones de refugiados y desplazados. Esta tragedia forzó, finalmente, el diálogo entre las partes para conseguir la paz. Pero entre la paz formal y la reconciliación existe todavía un gran trecho, que se resume claramente en dos aspiraciones: verdad y justicia. «Solo cuando se hubiere descubierto la verdad y se hubiera puesto fin a la impunidad que cubrió infinidad de crímenes cometidos, se estaría en condición de otorgar el perdón a los responsables y de alcanzar una verdadera reconciliación».³

³ NIKKEN, Pedro. *Las Naciones Unidas y los derechos humanos en la construcción de la paz. Lecciones de América Central*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1990.

En busca de la reconciliación nacional, establecer la verdad es condición necesaria pero no suficiente. Establecer una dolorosa verdad silenciada largamente es solo el primer paso en el camino de la justicia. Para que haya justicia, debe existir una sanción para los responsables y una reparación moral y material para las víctimas.

En América Latina, las comisiones de la verdad han sido, en términos generales, exitosas en su cometido de establecer la verdad de lo ocurrido, pero los Estados han sido incapaces de ejercer la justicia plenamente. Hasta hoy ha sido imposible, con raras excepciones, sentar en los tribunales a los acusados y, más aún, llevar a prisión a los responsables de las violaciones a los derechos humanos.

En otras palabras, en nuestros países se ha dicho la verdad pero no se ha hecho la justicia. Los motivos para que ello sea así, son —como sabemos— motivos políticos y atañen a la correlación de fuerzas entre los actores de la antigua y la nueva situación sociopolítica. No ha sido sencillo para América Latina superar su propio *ancien régime* (antiguo régimen).

No soy quien deba pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia política de medidas de amnistía y de perdón. Se trata de la vieja pugna entre principios éticos y realidades políticas, entre ideales y situaciones concretas.⁴ No es posible hacer una generalización acerca de la forma en que los países de la región han lidiado con el desafío de hacer justicia.

Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente jurídico, el perdón o la amnistía son ilegales cuando se han cometido crímenes contra la humanidad. Los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son inequívocos al respecto, pues consideran que tales licencias obstaculizan el derecho a la verdad, a la investigación de hechos delictuosos y, por ende, al derecho humano de petición contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana en conjunción con el artículo 25. Ello sucede como consecuencia del acceso a la justicia que

⁴ Al respecto, véase ZALAUQUET, José. «Amnistía, impunidad o justicia: un debate inconcluso». Exposición en el XV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, s. l., 1997.

tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos y sus familiares para accionar los mecanismos legales ordinarios contra los presuntos violadores de derechos humanos.⁵

Dejemos momentáneamente de lado el problema de la justicia y regresemos al tema de la verdad. ¿Qué ocurre cuando se extingue el mandato de una comisión de la verdad y han quedado violaciones a los derechos humanos sin esclarecer? ¿Deben los familiares de las víctimas renunciar al conocimiento de la verdad?

Para enfrentar el dilema se habla del derecho a la verdad como un derecho emergente en la doctrina de los derechos humanos. Según muchos tratadistas, por tratarse de crímenes contra la humanidad,

[...] las desapariciones hacen surgir en el Estado la obligación de investigarlas, procesarlas y castigar a los responsables entre los agentes del Estado, y revelar a sus familias y a la sociedad todo cuanto pueda establecerse sobre la suerte y paradero de las víctimas. Además, esta obligación subsiste mientras dure cualquier incertidumbre sobre el destino de ellas.

Es decir, la obligación de los Estados de tratar de establecer la verdad —incluso la verdad individual, particular, casuística— en casos de desapariciones no se extingue luego de haber constituido y conocido el informe de una comisión de la verdad, sino que permanece para todos aquellos casos y situaciones que no hayan sido esclarecidos de manera satisfactoria.

Este tema es particularmente importante en países que, como el Perú, crearon comisiones de la verdad y conocieron el informe rendido, y de ello deben tomar nota todos los organismos comprometidos con la verdad, la justicia y los derechos humanos.

La superación del pasado no se agota con los esfuerzos de una comisión de la verdad que trabaja durante un tiempo limitado y bajo

⁵ Cf. la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loayza Tamayo contra el Perú; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petrucci y otros contra el Perú; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso de sacerdotes jesuitas contra El Salvador.

un mandato específico y con campos de investigación limitados. En todo caso, las comisiones de la verdad son parte de la solución de ese problema, pero en su etapa final. La superación del pasado supone un enfrentamiento crítico con los graves hechos de violencia en un periodo determinado, a fin de buscar formas de reparar los daños causados y procurar evitar su repetición en el futuro.

La superación del pasado es un proceso que dura muchos años y que continúa más allá del periodo de los gobiernos de transición. En Argentina, veinte años después del fin de la dictadura militar, el tema de la superación del pasado sigue vigente en la agenda nacional. Recientemente, el presidente argentino cuestionó el papel de la Iglesia durante la dictadura y manifestaba su disconformidad con que en nombre de la reconciliación se pudiera perdonar todo daño.

Respecto de la reconciliación nacional me parece oportuno recapitular algunos puntos del proyecto interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica de Guatemala (REMHI), en donde se nos recuerda que el perdón —para los efectos, equiparable a la reconciliación— no significa olvido, negación de lo ocurrido ni regreso al estado anterior, menos aún renuncia a la justicia, y que tanto el perdón como la reconciliación deben entenderse como procesos históricos que nadie puede saldar con un decreto.⁶ Y aquí nosotros podemos agregar: ni con un decreto ni con el informe rendido por una comisión oficial.

El objetivo primordial de las comisiones de la verdad es establecer y difundir los hechos ocurridos en un tiempo y territorio determinados en torno a violaciones graves de los derechos humanos, así como recomendar medidas de reparación que contribuyan a hacer justicia a las víctimas y a sus familiares, pero ¿qué significado tiene todo ello en el contexto de la promoción de los derechos humanos?

Si el derecho a la verdad tiene «una virtualidad resarcitoria parcial», reclamar y hacer efectivo el derecho a la verdad en sí mismo, como se afirma, es un proceso educativo militante y de pedagogía inspirada en los derechos humanos.

⁶ CABARRÚS, Carlos Rafael. «El perdón». En *Documentos de reflexión. Proyecto interdiocesano para la recuperación de la memoria histórica*. Guatemala, s. a., pp. 23-30.

En la coyuntura de los procesos de transición a la democracia en todos los países que conocieron informes de las comisiones de la verdad va quedando cada vez más claro que la mayor debilidad estructural se halla en el plano de la educación.

En otras palabras: establecer los hechos y recomendar medidas de reparación tiene actualmente una enorme importancia en sí misma pero, a la larga, aún más importante es el uso que socialmente se haga de esta información.

La difusión sistemática y sostenida en el tiempo de lo ocurrido —especialmente entre las nuevas generaciones, que en muchos casos no vivieron de manera directa los sufrimientos y horrores ahí relatados— puede convertirse en una herramienta importante para evitar que esos hechos se repitan en el futuro cercano.

La verdad de lo ocurrido debe trascender el ámbito de los recintos políticos y judiciales y difundirse hasta permear la totalidad del tejido social. Para ello, los sistemas educativos formal e informal son vehículos privilegiados.

De esta forma, los jóvenes no solo conocerán una parte importante de su pasado nacional inmediato, sino que también podrán juzgar y valorar adecuadamente la importancia de la vida democrática.

Poco se avanzará en el camino de la justicia y reconciliación, y en el dificultoso proceso del desarrollo humano si no hay una verdadera revolución educativa. El tiempo presente, lleno de cambios y signado por la globalización, demanda una inversión en la educación en derechos humanos —en todos sus aspectos— que asegure la formación del ser humano desde la primera edad y conforme con los esquemas modernos de la pedagogía de los derechos y la democracia y, principalmente, con la «realidad más real», como señalan los informes de las comisiones de la verdad.

Hablar de educación en derechos humanos es hablar de la necesidad de remodelar a fondo el sistema educativo; hablar de educación para la vida en democracia es hablar del fomento de una conciencia moral en donde el conocimiento de la verdad no quede relegado. La educación es crucial en la formación de la niñez y de la ciudadanía. De la comprensión efectiva de tal prioridad política depende el hecho de que nuestras

sociedades avancen de verdad hacia la democracia y el respeto a los derechos humanos para no repetir las experiencias de trauma y horror.

El trabajo realizado por las comisiones de la verdad es un paso necesario y valioso en los procesos de reconciliación nacional, pero la evolución de estos procesos depende en buena medida de lo que hagamos, posteriormente, con esa información y con las recomendaciones realizadas. A fin de cuentas, la impunidad logra calar en la sociedad como un mal inexorable, y si no se enfrentan las violaciones realizadas en esquemas autoritarios, nos encontraremos con otras expresiones de impunidad en los casos de violaciones dentro de otros esquemas de gobierno, aunque sean electos democráticamente.

¿Cómo podemos lograr que esas recomendaciones no se conviertan en paperería burocrática o letra inútil? Una vez más, dependerá en buena medida no solo de la presión y esfuerzo que las agencias del Estado encargadas de dar cumplimiento a las recomendaciones realizan, sino también de la presencia de la sociedad civil en esa empresa. Para bien y para mal, esta es una batalla que se libra en la arena política.

Nada logramos con magníficos informes si no se difunden ampliamente y, de la misma manera, son inútiles las recomendaciones bien encaminadas si no se cumplen totalmente. Sin esa difusión y ejecución, los informes y recomendaciones no contribuyen a que las nuevas generaciones frenen la malignidad del ser humano, reivindiquen el sufrimiento y el dolor de quienes los precedieron, y comprendan que tal sufrimiento, en cierta forma, tuvo como finalidad librarlos de sufrir atrocidades semejantes.

Como solemos decir en el IIDH, nuestros objetivos solo se lograrán si conseguimos que las nuevas generaciones inicien un firme compromiso con la democracia y con los derechos humanos.

La promoción de los derechos humanos debe asentarse sobre la verdad, pues de esta manera se preserva la democracia; la educación, desde la primera edad, debe reconocer la faceta maligna del ser humano que aflora en cualquier momento y advertir que ella debe frenarse antes de que se vuelva una perversa inclinación y sistemática extensión; y en un contexto democrático, por último, los impulsos de la educación en derechos humanos deben recordar recurrentemente el horror del pasado para

que no se pierda la memoria histórica que constituye, a fin de cuentas, la gran conciencia moral.

Tal vez de esa manera nuestros descendientes no tengan que sentir vergüenza por el olvido de tantos muertos en la violencia irracional y tantos seres y hogares destrozados por el terrorismo.

Como observador de la conducta humana, me preocupa que dejemos de lado otras disciplinas que iluminan la memoria como el cine y la literatura. El contacto de los ojos con un libro o con una pantalla inundada de verdad inunda, a su vez, nuestros sentidos y la conciencia moral. En este sentido, tengo la impresión de que nuestros esfuerzos hasta ahora han sido deficitarios, pero tengo la esperanza de que aún estemos a tiempo de enmendarlos.

Finalmente, esta no es una visión pesimista del momento que nos ha tocado vivir, sino el producto anímico y emocional de la decepción que sentimos por tantas oportunidades desperdiciadas en nuestros gobiernos democráticos. Hagamos de la educación en derechos humanos la mejor arma para combatir el odio de ayer, la violencia de hoy y la discriminación de siempre. Si existe algo profundamente realista, con seguridad, es la educación en derechos humanos.

La aplicación de justicia en contextos transicionales. La efectividad y necesidad de judicializar los casos de violaciones de derechos humanos

Robert Goldman

*Profesor de la Washington College of Law, American University
y ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

EN TODO PROCESO DE TRANSICIÓN hacia un gobierno plenamente democrático, en el cual se respeten los derechos y garantías individuales y los derechos investidos por la sociedad en su conjunto, es necesario tomar una serie de medidas que no son, siempre, de fácil implementación. Lo que no implica que sean imposibles de alcanzar. Y para hacer de este un camino más sencillo de recorrer se necesita del esfuerzo y la voluntad de los distintos grupos políticos, sociales y económicos, así como de los representantes de la sociedad civil del país.

El primer paso que se debe tomar es el reestablecimiento de la integridad e independencia de la rama judicial. Y no me refiero a la sola existencia de una corte o de un juez que reciba las demandas de la sociedad sino al efectivo funcionamiento y control de un verdadero sistema de justicia.

Como anotó ayer Francisco Soberón, en casos de serias violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes del Estado, es imprescindible que la justicia civil posea un monopolio absoluto del ejercicio del poder punitivo del Estado. En tales casos, el fuero privativo militar no debe tener competencia ni reclamarla. De acuerdo con la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la perpetración de una seria violación de los derechos humanos por un miembro de las fuerzas armadas o de seguridad del Estado rompe el vínculo de servicio y, como consecuencia de esto, dicho acto no puede ser considerado un delito de función.

El Poder Judicial, para poder administrar justicia en estos contextos, requiere de independencia estructural y funcional. La independencia del

Poder Judicial debe ser absoluta, y estar sujeta únicamente a los controles establecidos legítimamente por la Constitución y que son propios de todo sistema fundado en la división de la estructura de gobierno en tres poderes.

La independencia estructural impide toda interferencia del Poder Ejecutivo en el ejercicio de la función jurisdiccional. Cualquier injerencia del Ejecutivo en el Poder Judicial repercute directamente en el pleno ejercicio de los derechos y garantías de la población y debe ser evitado. La Constitución peruana y las constituciones del resto de los países que conforman el continente americano, así como las declaraciones, pactos y principios establecidos en el ámbito internacional consideran que la independencia del Poder Judicial es un elemento clave en todo Estado de Derecho.

En muchos de los países del hemisferio y a lo largo de los años, el Poder Judicial ha sido usado como un instrumento de represión en lugar de fungir como administrador de justicia. Esto se debe a la íntima relación que se ha establecido entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo. Esta relación es tan íntima que las decisiones judiciales, muchas veces, no se toman en los tribunales sino en los despachos del Poder Ejecutivo. La justicia que se necesita reestablecer no es la que este determina, sino la que determina un poder independiente, especialmente creado para actuar fuera del ámbito de los otros dos poderes del Estado.

Para alcanzar esta situación es imprescindible que el Poder Judicial cuente con un presupuesto adecuado y la capacidad de administrarlo libremente. Además, debe contar con una infraestructura que le permita acoger a todos los juzgados y estar integrado por un grupo de personas, formadas en derecho y en la vida, especialmente seleccionadas para desempeñarse como jueces.

Es también necesario —y este es un factor fundamental en un país que trata de fortalecer su democracia— que el Poder Judicial cuente con las herramientas necesarias para limitar el accionar de los otros poderes. Con este objetivo debe contar con amplia competencia para analizar la legalidad de los actos de los poderes Ejecutivo y Legislativo, a la luz de la normativa interna y las disposiciones y obligaciones internacionales. Si el Poder Judicial no cuenta con las facultades requeridas para hacerlo,

debe considerarse concederle esas facultades y, en caso de necesitarlo, considerarse la posibilidad de una reforma constitucional.

Para que el control de legalidad sea efectivo, la independencia del Poder Judicial debe estar garantizada, y esta garantía debe ser real, no una mera declaración en papel; de no ser así, investir al Poder Judicial con todas las garantías que puedan existir no sirve de nada. Las apariencias de independencia no duran mucho en la oscuridad. La comunidad internacional y el pueblo rápidamente demandarían que los derechos de los individuos sean protegidos por un órgano independiente.

En relación con este tema, es posible decir que los jueces tienen la responsabilidad de decidir sobre el mérito de aquellas denuncias en las que se plantean violaciones de los derechos consagrados en la Convención Americana y en otros tratados internacionales de tal índole. Las doctrinas como la de la cuestión política no justiciable —que en las últimas décadas ha generado el Poder Judicial de algunos países— cuya aplicación tiene el efecto de impedir decisiones sobre el fondo de dichos casos resultan incompatibles con aquella responsabilidad. Aceptar y aplicar este tipo de doctrinas en casos de violaciones de derechos humanos implicaría amparar los actos ilegítimos de los otros poderes del Estado. Esta fue la conclusión a la que llegó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Carranza, en el cual la justicia argentina durante el gobierno democrático de Alfonsín se apoyó en esta doctrina para sostener la legitimidad de un acto claramente arbitrario e ilegítimo del gobierno de facto anterior.

El segundo aspecto del restablecimiento de la justicia es la independencia en el plano funcional. Ello se refiere a la independencia e imparcialidad que deben tener los jueces, como individuos que tienen la potestad de administrar justicia en la sociedad en la que también se encuentran incluidos el gobierno y sus representantes.

La historia muestra que el intervencionismo en el Poder Judicial no se limita a influir mediante presiones las decisiones que toma, sino que, también, incluye la destitución de aquellos jueces que se encontraban en funciones y el nombramiento de nuevos jueces con pensamientos más conformes con los del Ejecutivo.

La mejor forma de luchar contra las políticas de remoción y nuevos nombramientos es mediante la instauración de transparentes procedimientos de selección y destitución de los magistrados. Con procedimientos transparentes me refiero a que ellos deben estar abiertos al público, fundados en criterios objetivos y llevarse a cabo con imparcialidad por un órgano independiente en la realidad.

Las garantías de inamovilidad e intangibilidad de las remuneraciones juegan un papel clave en el mantenimiento de la imparcialidad e independencia funcional de los jueces. Por lo tanto, estas garantías deben ser respetadas y protegidas de cualquier maniobra que pretenda desvirtuarlas.

En conclusión, se debe evitar todas las acciones de los poderes políticos del Estado, en particular las del Ejecutivo, cualquiera sea la forma que tome, orientadas a obstaculizar el normal e independiente ejercicio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial. De esta manera, se logrará el correcto funcionamiento del sistema democrático con su complejo pero necesario sistema de controles.

Como lo expresé junto con Arslanian, Imposimato y Raffucci en el «Informe sobre la Administración de Justicia en el Perú» de la Comisión de Juristas Internacionales, los hechos acontecidos en el Perú después de 1992 muestran claramente cómo el Poder Ejecutivo —con una serie de decretos que violaron el orden jurídico vigente en ese entonces— puede, fácilmente, eliminar en la práctica la independencia del Poder Judicial. Esto no puede repetirse, la sociedad no debe permitirlo y la normatividad debe expresar ese repudio por la intervención en el funcionamiento del Poder Judicial.

Ello nos lleva al segundo paso que debe tomarse para el fortalecimiento de la democracia: evaluar el régimen normativo vigente a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por aquellos países que, como el Perú, han sufrido una interrupción en su democracia y que ahora están luchando por restaurarla y fortalecerla.

Para dar este paso es necesario realizar un análisis comprensivo de todas las normas que se dictaron durante los gobiernos anteriores, incluidas las modificaciones a la Constitución, con el fin de evaluar su legitimidad en relación con el resto de la legislación interna y de las normas internacionales.

Es importante que todo país que esté saliendo de un periodo de gobierno autoritario haga tal evaluación con énfasis en las disposiciones legislativas, ejecutivas o judiciales que hayan afectado el normal desempeño del Poder Judicial. Esto debe efectuarse de acuerdo con las pautas de independencia judicial internacionalmente reconocidas, como las establecidas por las Naciones Unidas en la declaración de los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura.

Por otra parte, es posible que el gobierno de un país utilice, como ha ocurrido en el pasado, la normatividad vigente para cometer violaciones de los derechos humanos durante su protección y justificación. Por lo tanto, debe tomarse las medidas necesarias para evitar que la normatividad pueda justificar dichos abusos. El uso perverso de la ley es tan repudiable como cualquier acto realizado en directa violación de ella. Las formas no interesan, si el resultado es la sistemática violación de los derechos humanos. Sea el acto catalogado como lícito o ilícito en la legislación nacional, si ha existido un abuso de la ley o una violación de ella, el acto debe ser condenado y el Poder Judicial debe ser el encargado de pronunciarse al respecto.

Como he dicho, el análisis del orden jurídico vigente no debe limitarse a leyes y decretos, sino que debe incluirse a la Constitución. En aquellos casos en que los cambios introducidos por gobiernos autoritarios hayan alcanzado a la constitución, debe designarse a una comisión para que analice su actual redacción y evalúe su compatibilidad con las obligaciones internacionales. Si es necesario, debe iniciarse el proceso de reforma constitucional, conforme con la tradición legal del país en cuestión, para realizar las modificaciones requeridas.

Las acciones que deben adoptarse comprometen dos campos distintos, que deben avanzar en forma paralela pero estrechamente interrelacionados. Por un lado, en el ámbito doméstico o nacional, el reestablecimiento de la legislación al estado anterior al dictado de aquellas normas perturbadoras del ordenamiento jurídico y el dictado de nuevas normas que fortalezcan el desarrollo de la democracia. Por otro lado, en el ámbito internacional se debe, además de respetar las obligaciones internacionales previamente asumidas, firmar y ratificar nuevos tratados que no hayan sido firmados y que sean imperativos en la protección de los derechos individuales.

Ello nos permite llegar al tercer paso: el establecimiento de un marco jurídico que permita crear las condiciones necesarias para dificultar la violación de los derechos humanos. Lo que se debe lograr es la creación de un estándar doméstico que fortalezca la democracia. Con él será posible medir la actuación de los gobiernos, será posible crear las condiciones para que exista una presión interna que permita unir fuerzas sobre la base de un sustento jurídico, sobre todo luego del advenimiento de un gobierno autoritario. Por otra parte, permitirá que la comunidad internacional presione al gobierno por las violaciones cometidas con la finalidad de que desista de seguir las perpetrando y provea de justicia a la población de acuerdo con las obligaciones internacionales asumidas. Incluso, si la naturaleza de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado lo permite, se crearían nuevos foros en los que el gobierno debería responder por sus procedimientos.

Uno de los primeros pasos que debe seguirse para generar tales condiciones es la adecuada implementación de los derechos y garantías contenidas en la Convención Americana y en los demás tratados internacionales de derechos humanos en las legislaciones internas.

Es importante subrayar que los Estados tienen la responsabilidad principal referida a la implementación y cumplimiento de las obligaciones internacionales. En este sentido, conforme lo disponen los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados deben garantizar el libre ejercicio de los derechos y las garantías contenidos en ellos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Además, deben tomar las medidas que sean necesarias para incorporar las disposiciones de aquellos tratados en su legislación interna y armonizar la interpretación de estas normas con tales derechos y garantías.

Como consecuencia de estas obligaciones, los Estados deben modificar su legislación y, en el caso de que fuese necesario, derogar lo que sea incompatible con la Convención y los demás tratados de derechos humanos. Además, deben proporcionar remedios judiciales efectivos a quienes reclamen ser víctimas de violaciones de derechos humanos.

De no brindarse esos remedios, el requerimiento de agotar los recursos internos, basados en el principio de subsidiariedad y contenidos en los tratados de derechos humanos, se encontrará satisfecho. En virtud de este

principio, se confiere al Estado la oportunidad de reparar, por sí mismo y en el contexto de su sistema legal, las violaciones de los derechos humanos antes de que las víctimas puedan recurrir a los órganos de supervisión internacional. Por lo tanto, ante la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se realizará, con carácter subsidiario, la protección de los derechos humanos. Este principio de subsidiariedad se encuentra claramente plasmado en el preámbulo de la Convención Americana al referirse a la protección internacional como refuerzo o complemento de la protección prevista por la legislación interna de los estados.

Al margen de lo señalado, es importante hacer notar lo alarmante que es la cantidad de veces en que la CIDH ha encontrado casos en los que los Estados no han hecho operativos, en su legislación interna, los derechos contenidos en los tratados y los casos en que los jueces han aplicado normas de derecho interno que contravienen obligaciones internacionales. Afortunadamente, en las últimas décadas he observado grandes avances. Varios estados han tomado las medidas necesarias para incorporar las disposiciones de los tratados dentro de su ordenamiento jurídico, ya sea mediante el dictado de leyes o vía reformas constitucionales. En ellas se ha conferido rango constitucional a la Convención Americana y a otros tratados de derechos humanos, como en el caso de Argentina que, en la reforma constitucional llevada a cabo en 1994, incorporó en su constitución una docena de tratados de derechos humanos.

El siguiente paso es el cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH y de las decisiones de la Corte Interamericana. Las estadísticas muestran que el cumplimiento de pronunciamientos que, por ejemplo, ordenan el pago de compensaciones monetarias a las víctimas de violaciones de derechos humanos ha mejorado considerablemente en comparación con las estadísticas disponibles durante gobiernos autoritarios. Sin embargo, ningún Estado ha establecido mecanismos y procedimientos legales internos que requieran el pleno cumplimiento de las decisiones y órdenes de la Corte Interamericana y de la CIDH.

Es de vital importancia que los estados no se limiten a asumir las obligaciones contenidas en la letra de los tratados. Es necesario que presten atención a aquellas decisiones emitidas por los órganos de supervisión internacional. Los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial

deben conocer las decisiones tomadas por dichos órganos tanto como las disposiciones de los tratados y, en consecuencia, actuar de acuerdo con la interpretación que surja de la comprensión de los instrumentos internacionales a la luz de dichas decisiones.

Muchos estados han usado la figura de la prescripción prevista en su legislación interna o el principio de cosa juzgada o *res judicata* como excusa para justificar el incumplimiento de sus obligaciones como, por ejemplo, el deber de identificar, juzgar y castigar a los responsables de violaciones de derechos humanos. Ello implica una flagrante contradicción con las decisiones de los órganos supranacionales del Sistema Interamericano. Sin embargo, en ciertos estados, el uso de estos principios ha sido limitado. Así, la Corte Constitucional de Colombia, en una decisión de enero de 2003, reinterpretó un artículo del Código de Procedimiento Penal de manera tal que hizo posible alcanzar un balance entre los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, el deber del Estado de garantizar la seguridad jurídica y el principio *non bis in idem*. La Corte Constitucional entendió que era posible reabrir un caso penal a partir de decisiones de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos como la CIDH y la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La reapertura de estos casos implicaría un daño al principio de *res judicata* y la creación de una excepción al principio de *non bis in idem*; sin embargo, dicho tribunal colombiano consideró que no se produce una colisión directa con tales postulados, ya que la facultad de reabrir un caso está fundada, por ejemplo, en la falta de seriedad e independencia de la investigación criminal declarada por alguno de los órganos de supervisión internacional y, por lo tanto, puede aseverarse que no existió un proceso penal real.

A pesar de la existencia de sentencias como la reseñada, el incumplimiento habitual y generalizado de las resoluciones y recomendaciones emitidas por la CIDH y la Corte Interamericana está afectando la credibilidad y eficacia de todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Como consecuencia, la impunidad sigue siendo la regla y no la excepción en muchos países del hemisferio.

Con respecto a la impunidad, es urgente evitarla por medio de la reconciliación de la sociedad con el pasado, el reconocimiento y la puesta en práctica de los derechos a la verdad y a la justicia.

El primer paso para evitar la impunidad es tener memoria. Negarse a caer en la amnesia colectiva, en el olvido. Es necesario que se recuerde lo que ha pasado, que no se oculte. En este aspecto, la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR) ha realizado un magnífico trabajo que se vio reflejado en su Informe Final presentado a finales de agosto del año pasado. Tuve el honor de presentarme ante la CVR en una audiencia que se llevó a cabo en julio de 2002 para dar testimonio a los comisionados y pude observar el gigantesco trabajo que se estaba realizando. Han indagado la verdad y han buscado revelársela a la sociedad; en otras palabras, dejar la puerta abierta para que la justicia actúe de acuerdo con ella.

La amnesia o el olvido solo dividen a la sociedad. La divide entre aquellos que han sido víctimas de la violación de sus derechos humanos, quienes no encuentran en la democracia que han alcanzado un recurso jurídico nuevo —que no haya existido durante los gobiernos autoritarios— y aquellos que durante estos regímenes autoritarios cometieron o, en cierta forma, participaron protegidos por los gobiernos autoritarios, en la violación de los derechos humanos de los ciudadanos a los que debían proteger. De esta manera, el gobierno democrático que se instaura por medio de su omisión activa y el rechazo a conocer y reparar estas atrocidades es partícipe en la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos o, por lo menos, de algunos de ellos.

Las víctimas merecen más que la verdad, merecen conocer la justicia. El trabajo de la CVR no es sustituto de la justicia sino un complemento de ella. Es indispensable respetar y hacer valer el derecho de toda la comunidad y no solo de los individuos a que la justicia se haga presente.

El Poder Judicial de muchos países en los que la democracia no ha logrado alcanzar su plenitud ha sido santuario de impunidad en reiteradas ocasiones, ha sido una mera estructura de gobierno donde los juicios que se llevaron a cabo representaron un manto de impunidad. Solo se brindó apariencia de justicia.

Las leyes de amnistía concedidas en América Latina a los violadores de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario duran-

te los gobiernos autoritarios también han sido parte de esta negación de la verdad y de la justicia. La historia ha demostrado que las amnistías no han sido efectivas para lograr una reconciliación y, más bien, han ayudado a hacerles creer a los perpetradores que pueden, una y otra vez, violar cuanta norma exista y que, finalmente, serán perdonados y sus actos, olvidados. Conferir impunidad, lejos de ayudar a reconciliar a la sociedad y fortalecer la democracia, solo ha servido para dividirla más y generar desprecio por el Estado de Derecho.

La necesidad de justicia se mantiene latente en toda sociedad incluso años y décadas después de la comisión de las violaciones. Un claro ejemplo es Argentina, donde aun con los juicios realizados contra los jefes supremos de las fuerzas armadas —principales responsables de las violaciones de los derechos humanos— y transcurridos más de veinte años desde la restauración de la democracia, el pueblo sigue reclamando justicia y está logrando su objetivo. Si hay que esperar diez, veinte o treinta años para que haya justicia, se esperará, pero cuando llegue el momento, habrá justicia. Este es el mensaje que debe recibir la sociedad de un país que está retornando a la democracia, y que está luchando por fortalecer sus instituciones.

En los últimos años se ha apreciado la consolidación de la noción de justicia en todo el mundo. La comunidad internacional ha dado una respuesta agresiva contra la impunidad. En un comienzo, la Comisión Interamericana, al referirse, en sus decisiones dadas en 1992, a las leyes de amnistía en Argentina y Uruguay, estableció claramente que los Estados parte de la Convención Americana tienen el deber de investigar, identificar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones de los derechos humanos. Luego vinieron los informes sobre la situación en Chile, Guatemala y El Salvador, donde la doctrina de la Comisión se consolidó todavía más. Posteriormente, tras la declaración de amnistía emitida por Alberto Fujimori en el Perú, la CIDH presentó el caso Barrios Altos ante la Corte Interamericana, que emitió una sentencia que declaró el deber de los estados de tomar las providencias que sean necesarias para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del recurso efectivo a ella y, de esta manera, asegurar justicia en el continente. Así, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han demostrado

su absoluto y pleno repudio por la impunidad en el hemisferio y han generado una conciencia internacional en contra de ella.

Como consecuencia del rechazo a la impunidad iniciado dentro del Sistema Interamericano ha habido ecos en la comunidad internacional como las declaraciones en la que se establece que la amnesia es contraproducente en el camino de la búsqueda de justicia y reconciliación. Reflejando esta concienciación universal, las Naciones Unidas también se han pronunciado. Al respecto, en el reporte de Louis Joinet sobre impunidad y en el de Cherif Bassiouni sobre la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos, ambos presentados en la Comisión de Derechos Humanos, se expresa la necesidad de que el derecho a la verdad y a la justicia sean reconocidos y acogidos tanto por la normatividad como por los tribunales. En una respuesta más directa en la lucha contra la impunidad, la Cámara de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia observó que las leyes de amnistía que abarcan crímenes como la tortura, cuya prohibición ha adquirido el carácter de *ius cogens*, no deben recibir reconocimiento legal internacional.

Una vez que la verdad sea conocida, y los autores y partícipes de las violaciones de derechos humanos sean conocidos e identificados, se les debe juzgar y las víctimas deben ser reparadas. La primera reparación la recibirán al darse a conocer la verdad, al exponer los hechos fielmente y al identificar a los individuos que participaron en la comisión de las violaciones de los derechos humanos. La compensación monetaria solo juega un papel subsidiario en la reparación integral de las violaciones de derechos humanos.

Sobre este tema, puedo nombrar el caso de aquellas personas que fueron erróneamente condenadas y, posteriormente, por un acto de clemencia, liberadas. La justicia para estos casos no implica únicamente una reparación material y que la verdad sea conocida, sino que, además, debe consistir en la eliminación de todo registro en el que conste la condena. No debe quedar mancha alguna en el expediente de estas personas. No hacerlo significaría marcarlos para toda la vida, apartarlos de la sociedad sin que hayan sido culpables de algún delito.

Reparación y reconstrucción de la memoria histórica

Manuel Antonio Garretón

Director del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile

NO SOY JURISTA NI ABOGADO, sino un sociólogo político. En esta presentación, por tanto, no realizaré un recuento de experiencias internacionales; más bien, me referiré a los temas de la memoria histórica, la reconciliación la reparación desde una perspectiva más general.

Quiero poner de relieve, previamente, la situación en el caso peruano. Esta presenta dos diferencias sustantivas en relación con otros países que han experimentado situaciones de democratización política o social similares. La primera diferencia radica en la constatación de la perpetración de violaciones de derechos humanos en regímenes democráticos, situación absolutamente inédita respecto de lo acontecido en Sudáfrica, Argentina o Chile. Una segunda diferencia consiste en la verificación de casos de violaciones de derechos humanos cometidas por el terrorismo y por personas ajenas al Estado.

Sobre lo anterior quiero resaltar además otro elemento. La Universidad Católica de Chile, de la que fui decano hasta el Golpe Militar de 1973, fue parte del aparato ideológico que sustentó el régimen violador de derechos humanos. Sería impensable que la Universidad Católica de Chile formara un instituto como el IDEHPUCP. Su creación es un síntoma muy saludable para el Perú y un aporte más de esta Universidad a su país.

En relación con la temática de la memoria histórica, me parece que cabe su examen a la luz de dos procesos fundamentales. El primero es el fenómeno de la globalización. El segundo, y que suele ir acompañado del proceso anterior, es la desarticulación de las sociedades en tanto comunidad nacional y el desgarramiento de esta en distintos niveles.

La globalización ha puesto en cuestión la necesidad de reconstruir las comunidades nacionales, de determinar si la noción de país seguirá siendo válida. Cuando hablamos de memoria, nos percatamos de que la identidad de una comunidad nacional no se define en función al presente —un presente fragmentado y compuesto por grupos que participan en ese campo de direcciones distintas y, a veces, contradictorias, llamado Estado—. La identidad tampoco parecería estar en las ideologías y proyectos de futuro, pues es dramática su debilidad hoy en día.

Un país es la manera en que un grupo humano elabora su pasado. Me parece atinada la frase que esbozó el presidente de Chile, Ricardo Lagos, quien señaló que «no hay mañana sin ayer». Yo agregó que el ayer es el mañana. Esta concepción le otorga a la memoria colectiva un papel novedoso y fundamental. En otras épocas —cuando estaba asegurada la existencia de las naciones—, el pasado podía no ser trascendental para la supervivencia de un país. Hoy, la memoria es primordial.

El segundo proceso relevante tiene relación con la existencia de sociedades afectadas por grandes desgarros y divisiones en diferentes niveles y dimensiones.

Una primera dimensión es la que denominaremos ético-histórica. Como se ha dicho en nuestros países, la nación cívica avasalló a la nación étnica. Es necesario saldar esa deuda social.

Recientemente hemos asistido al momento más importante de revitalización étnica en América Latina, que empezó en Chiapas y, luego, se manifestó, fundamentalmente, en Ecuador y Bolivia. Ello nos hace reparar en la importancia que tiene la reconstrucción de un país en el cual una parte no se siente miembro. Este es un proceso no muy distinto de los que ocurren en algunos países europeos.

La segunda dimensión se refiere a los crímenes cometidos en dictaduras o grandes enfrentamientos nacionales. Una parte de la sociedad considera que la otra está formada por asesinos, y otra considera que quizá no haya sido bueno el asesinato de personas, pero que fue necesario y que, si las circunstancias se presentaran nuevamente, debería actuarse de igual forma. ¿Eso es un país? ¿Puede considerarse país a una sociedad en la cual existen tales percepciones de los otros? No hay un consenso sobre el mal que debe ser evitado, porque existe una valoración distinta

del hecho de haber matado y de haber torturado. No hay país sin una comunidad ética.

Una tercera dimensión se refiere a la existencia de varios países dentro de uno. Dicha situación se advierte en América Latina, la región más desigual del mundo en la que algunos sectores importantes son excluidos y otros están constituidos por ciudadanos de segunda categoría frente a los poderes fácticos. Hay que reconstruir la nación socioeconómica.

Una cuarta dimensión es la política. En casos como el peruano y el chileno tenemos constituciones heredadas de países dictatoriales que no contienen consensos básicos sobre convivencia. Una constitución no es solo un conjunto de procedimientos, debe ser un conjunto de principios que permiten construir la comunidad o nación política.

En este contexto, por los desgarros, divisiones y fragmentaciones vividas en las últimas décadas, es necesario volver a plantear los temas de la memoria y la reconciliación. Recordemos el cuento de Jorge Luis Borges titulado *Funes el memorioso*, en el que un personaje incapacitado para abstraer recordaba cada detalle de lo que veía o vivía. Las personas o las sociedades que recuerdan todo están condenadas a morir como aquel personaje. Sin embargo, es necesario contar lo vivido, pues no podemos hablar de modernidad ni identidad sin memoria colectiva, sin un *nosotros*. Ese *nosotros* es un pasado que debemos construir, una memoria compartida, un núcleo fundamental sobre el cual todos los integrantes de una sociedad recuerdan lo mismo: guerras, luchas de liberación, independencia, luchas populares, holocaustos u otras experiencias históricas.

Los países tienen hitos que los constituyen como tales. En ese sentido, los intentos o proyectos de transformación que vivieron nuestras sociedades en la década del sesenta, el fracaso de esos proyectos, los crímenes cometidos por las dictaduras o la democratización política fueron algunos de esos hitos. Nuestras posibilidades de insertarnos en el mundo globalizado dependen de la manera en que elaboramos esos hitos, convivimos con ellos y resolvemos los traumas y las consecuencias que provocan. Esto debe pasar a formar parte de los sistemas educativos, por lo que es necesario incorporar en los planes de estudios lo que realmente sucedió en nuestra historia.

El siguiente paso es la reconciliación. Obviando la perspectiva religiosa que puede tenerse respecto del tema —si la reconciliación se realiza con Dios, si requiere arrepentimiento o contrición—, un concepto secular de reconciliación implica el hecho de que las víctimas, los victimarios, los cómplices, y los héroes acepten vivir juntos y formar parte de una misma sociedad. Es un conjunto de actos que permiten que individuos o grupos reconozcan a otros como parte de una comunidad política.

Históricamente, podemos mencionar tres modelos de reconciliación. El primero es el del olvido que consiste en el paso del tiempo sin reproches de ningún tipo. Es un modelo muy poco ético que solo hoy comienza a revertirse en casos como el español.

El segundo modelo es un acuerdo de «borrón y cuenta nueva» y se refiere al distanciamiento o enfrentamiento de grupos que, posteriormente, conversan, aclaran las cosas y deciden volver a vivir juntos. En el plano de las sociedades existen las leyes de amnistía, los «perdonazos» y los actos por los cuales se dice que todos los miembros de la sociedad son responsables y, de algún modo, culpables. Nüremberg fue un momento positivo, pero casi 25 años después las nuevas generaciones cuestionaban a las antiguas por callar lo ocurrido en el Holocausto nazi.

El tercer modelo es ético. En este modelo juegan un papel fundamental las comisiones de la verdad, pues las partes necesitan de un tercero que les diga cómo elaborar el duelo. Sin embargo, las comisiones de ese tipo suelen carecer de capacidad sancionadora por lo que se limitan a descubrir la verdad sin abordar el plano de la justicia. La verdad y la justicia son inseparables. Es necesaria la existencia de un Poder Judicial que se encargue del castigo.

En este modelo conviven la lógica ética de los movimientos de derechos humanos y la Iglesia con la lógica estatal y su necesidad de mantener la estabilidad institucional. La contradicción entre la lógica ética, simbólica y estatal es, al parecer, insoluble. Y es bueno que sea así, pues funciona como un incentivo para seguir luchando por más justicia. El horizonte ético radica en el conocimiento total de la verdad, el castigo en todos los casos y la máxima reparación para todas las víctimas. Pero este horizonte ético acepta hitos constitucionales, implementaciones graduales que nunca claudican. Este es el modelo de reparación que deben seguir nuestros países.

Reformas institucionales en procesos de transición y fortalecimiento democrático

Juan E. Méndez¹

Presidente del International Center for Transitional Justice (ICTJ)

PRINCIPIOS EMERGENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce la existencia de obligaciones del Estado en respuesta a violaciones masivas o sistemáticas de los derechos fundamentales de las personas. Por lo menos en relación con aquellos abusos que configuran lo que se llama «crímenes internacionales» no hay ninguna duda de que los instrumentos de derechos humanos y de derecho internacional humanitario imponen al Estado Parte una serie de obligaciones afirmativas, que se resumen en el deber de no permitir que tales actos queden impunes. El deber de garantía, consignado, por ejemplo, en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que es un deber adicional al de respetar los derechos— implica poner en marcha el aparato del Estado para responder a cada violación y hacerlo, además, de manera eficaz. Numerosos pronunciamientos de tribunales, órganos de tratados y expertos independientes han dado cuerpo a esta obligación en el contexto de los legados de violaciones graves o sistemáticas en el pasado reciente. La prohibición de la tortura, de las desapariciones forzadas, de las ejecuciones extrajudiciales y de los ataques a la población civil no tendrían sentido si se permitiera que tales hechos fueran validados *ex post facto* por amnistías o mediante la impunidad de hecho por falta de investigación y

¹ El autor agradece los aportes de Lisa Magarrell, Julie Guillerot, Paul Seils, Eduardo González, Blaz Gutiérrez y Alexander Mayer-Rieckh, todos ellos colegas en el ICTJ.

sanción o por dejar en pie las estructuras que posibilitaron tales abusos.

La jurisprudencia del Sistema Interamericano ha sido uniforme al interpretar los instrumentos de derechos humanos en el sentido en que establecieron obligaciones al Estado en respuesta a violaciones masivas o sistemáticas. Desde Velásquez Rodríguez en 1988 hasta Barrios Altos en el 2001, la Corte ha sido inequívoca. Lo mismo puede decirse de la comisión que comenzó con pronunciamientos contra la «autoamnistía» de Pinochet en informes de fines de la década de 1970 y continuó con sus informes 28 y 29, en 1992, sobre Uruguay y Argentina y, más recientemente, en casos sobre Chile, El Salvador y Perú. Es importante destacar que esas decisiones han sido acompañadas en años recientes por sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, el tribunal más antiguo y prestigioso de su tipo.²

Por su parte, diversos órganos de tratados, relatores especiales y otros cuerpos de Naciones Unidas han aportado a la construcción de este principio emergente en derecho internacional. Puntualmente en relación con la lucha contra la impunidad, merece especial atención el informe del Relator para Compensaciones y Reparaciones, Theo Van Boven, que desde un principio afirmó que las víctimas de violaciones graves tienen derecho no solo a reparaciones monetarias sino, también, al conocimiento de la verdad y a la realización de la justicia.³ Más tarde, el Relator para Impunidad, Louis Joinet, ratificó esos conceptos y preparó unos principios para la protección y promoción de los derechos humanos por medio de acciones para combatir la impunidad.⁴ M. Cherif Bassiouni, el más reciente Relator para el Derecho a la Restitución, Compensación y Rehabilitación de las Víctimas, ha insistido en estas

² Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Kart v. Turquía, sentencia del 25 de mayo de 1998. En <www.ehcr.coe.int>.

³ Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, preparada por el señor Theo Van Boven de conformidad con la decisión 1995/117 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 1996. En <www.unhchr.ch>.

⁴ E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1, 1997.

obligaciones afirmativas.⁵ Es importante destacar que estas obligaciones no vienen impuestas desde fuera de los Estados, sino que, al contrario, los órganos autorizados de la comunidad internacional las destilan de las luchas sociales y de las experiencias de los pueblos que enfrentan pesadas herencias en contextos de transición a la democracia y a la paz. El más reciente de los informes de expertos independientes nombrados por Naciones Unidas se refiere, más concretamente, a la manera en que las «mejores prácticas» estatales en todo el mundo están ratificando la presencia de los principios emergentes en derecho internacional, así como su receptación en el derecho interno de los países.⁶

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como el más antiguo y prestigioso órgano de tratado del sistema universal, se ha pronunciado en sentido similar tanto en casos contenciosos según su Protocolo Facultativo como en observaciones a informes periódicos de países y comentarios generales en los que se ofrecen interpretaciones autorizadas sobre el contenido de normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁷ Esta «doctrina» de las Naciones Unidas se ve reflejada en forma cotidiana en las diversas decisiones de los órganos políticos del sistema en relación con operaciones de paz y de mantenimiento del orden en el terreno, en que sistemáticamente se instruye a los representantes de Naciones Unidas a insistir en que los acuerdos a que se llegue no consagren la impunidad de crímenes internacionales.⁸

⁵ E/CN.4/2000/62,2000.

⁶ Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Estudio independiente sobre mejores prácticas que incluye recomendaciones para asistir a los Estados en el fortalecimiento de las capacidades internas para combatir todos los aspectos de la impunidad realizado por Diane Orentlicher. E/CN.4/2004.88,2004. En <www.unhchr.ch>.

⁷ Véase especialmente el Comentario General 3 (sobre el artículo 2) y el Comentario General 20 (sobre el artículo 7) en Organización de las Naciones Unidas. Compilación de Comentarios Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por los Órganos de Tratados de Derechos Humanos. HRI/GEN/1/Rev.5,2001. En <www.unhchr.ch>.

⁸ En nuestro continente, un temprano ejemplo de esta clara postura fue el informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador: COMISIÓN DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR. *De la locura a la esperanza: la guerra de los doce años en El Salvador*. San Salvador: Editorial

De todas las fuentes mencionadas se deriva una cuádruple obligación que el Estado está llamado a cumplir. Antes de enumerar sus componentes, quiero dejar en claro que, si bien el Estado es el principal obligado, estas tareas solo pueden cumplirse con el concurso voluntario y entusiasta de la sociedad y con el apoyo desinteresado y constructivo de la comunidad internacional. En ese sentido, la obligación jurídica del Estado no se puede desasociar de la obligación moral de actores sociales e internacionales. También es pertinente señalar que estas obligaciones se aplican no solamente a los hechos cometidos por agentes del Estado sino, en caso de conflicto armado, también a aquellas atribuibles a fuerzas alzadas en armas, milicias y fuerzas paramilitares que hayan actuado en apoyo de uno u otro bando.

En primer lugar, el Estado debe organizar una búsqueda exhaustiva de la Verdad, en el sentido de investigar y difundir aquello que se mantiene oculto respecto de la represión ilegal. Esto es especialmente urgente en casos de desaparición forzada de personas, pero se aplica igualmente a ejecuciones selectivas o masacres cuando se desconoce o se oculta la autoría y la responsabilidad de quienes dieron las órdenes o encubiertos los hechos en abuso de su autoridad. El Perú no solo ha dado un gran paso hacia el cumplimiento de esta obligación con la acción y el informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR): al hacerlo ha señalado un camino a otras sociedades que deben enfrentar similares desafíos. Debe señalarse, sin embargo, que la verdad a la que alude este primer componente de las obligaciones internacionales del Estado incluye, también, una verdad particularizada para cada una de las víctimas sobre todo lo que pueda establecerse en relación con las circunstancias en que fueron objeto de violación de sus derechos, y sobre la suerte y paradero de sus seres queridos.

La segunda obligación es la de la justicia. Tratándose de crímenes internacionales, no es permisible a los Estados mantener tales hechos en la impunidad. Por eso, el derecho internacional establece la incom-

Universitaria, Universidad de El Salvador, 1993; y las declaraciones del entonces secretario general Boutros Boutros-Ghali en respuesta a la amnistía sancionada en ese país.

patibilidad de las amnistías amplias e irrestrictas con las normas de los tratados sobre derechos humanos. Aun sin leyes de impunidad, un Estado puede violar sus obligaciones en forma pasiva si no pone en funcionamiento el aparato por el cual se ejerce el poder público —en palabras de la Corte Interamericana en Velásquez— para investigar los hechos, procesar y sancionar a los responsables y, en general, facilitarle a las víctimas el acceso a la justicia.

En tercer lugar, las víctimas y sus familiares (víctimas indirectas) tienen derecho a una reparación del daño sufrido. Las formas de esa reparación y sus montos habrán de variar de país a país e, inevitablemente, estarán condicionadas en parte por los recursos disponibles. Pero, por lo menos, está claro que la reparación debe ser integral y no condicionada a ninguna renuncia de las víctimas a sus derechos a la verdad y a la justicia. Para ser integral, la reparación debe incluir alguna forma de pedido público de disculpas y de reconocimiento oficial de la dignidad esencial de cada persona que el abuso mismo desconoció en su momento. A pesar de las variaciones en los montos, podemos afirmar que, por lo menos, el resarcimiento debe ser tal que no insulte a las víctimas. Tan importante como los montos será el procedimiento por el cual se facilite el acceso a las víctimas a la reparación, sin que tengan que llenar excesivas formalidades ni invertir en trámites engorrosos y prolongados.

El último componente de la cuadruple obligación es el que más directamente se relaciona con el tema de esta sesión del seminario: la reforma institucional para prevenir la repetición de los trágicos eventos represivos. Los expertos mencionados previamente tienden a agrupar estos deberes bajo la categoría de «medidas para prevenir la repetición» de las violaciones masivas o sistemáticas. En trabajos anteriores he definido a la cuarta obligación como la de separar de las fuerzas armadas y de seguridad de un Estado democrático a aquellos funcionarios que hayan participado en las violaciones.⁹ Hablaremos en mayor detalle de

⁹ «Accountability for Past Abuses». *Human Rights Quarterly*, n.º 2, vol. 19, 1997, p. 261.

esta fundamental obligación, que en el mundo de las relaciones internacionales se resume en la palabra inglesa *vetting*. En este punto quiero consignar que el consenso internacional sobre el cuarto componente no se limita a la descalificación de los violadores de los derechos humanos para que no continúen en actividad en las fuerzas militares y policiales, sino que establece la noción más expansiva de «reforma institucional», que ciertamente incluye el *vetting*, pero va más allá: implica reorganizar todo el aparato del Estado para otorgar eficacia a los derechos humanos.

Todas las obligaciones mencionadas son coordinadas unas con otras en el sentido en que el Estado no puede elegir cumplir con una y desatender a las otras. Son también independientes porque la imposibilidad de cumplimiento de una de ellas no exime al Estado de sus demás deberes. Se trata, además, de obligaciones de medios y no de resultados, ya que el Estado cumple haciendo un esfuerzo de buena fe por alcanzar la verdad, la justicia y la reparación integral, sin que se le pueda exigir la obtención de resultados máximos. Por todo ello, el desarrollo de un programa de justicia transicional que incorpore armónicamente todos estos componentes es lo más deseable. En este sentido, el seguimiento riguroso de las recomendaciones de la CVR conducirá a un cumplimiento integral de las obligaciones internacionales del Perú.

CONDICIONES DE LEGITIMIDAD DE LA REFORMA INSTITUCIONAL

Al emprender la tarea de reformar las instituciones para que ellas garanticen los derechos humanos y puedan prevenir la recurrencia de violaciones masivas o sistemáticas, los países enfrentan disyuntivas y desafíos. En primer lugar, no habrá, en ningún caso, un juego completo de medidas de reforma que se pueda aplicar en los distintos países. Antes bien, la reforma debe ser encarada de acuerdo con la cultura jurídica y la historia de cada país, lo que implica extraer las lecciones aprendidas tanto en el éxito como en el error. Pero aunque las medidas que se adopten puedan variar y ser objeto de opciones de política que se deben librar a la discreción de las autoridades llamadas a hacer la reforma, ellas están sujetas a ciertas condiciones que garantizan su legitimidad de origen y, consecuentemente, su éxito duradero.

En primer lugar, las medidas —por acertadas que le parezcan a los especialistas— deben ser objeto de un debate participativo por parte de la ciudadanía, que debe ser consultada tanto en el diseño de las medidas, como en su implementación y en su posterior evaluación. Desde luego, existen medidas que, debido a su carácter excesivamente técnico, no se prestan a una consulta popular efectiva. Aun en ese caso, sin embargo, será importante que se haga el esfuerzo de informar de forma sencilla y comprensible las características principales de la reforma y de presentar al público las opciones de política en forma leal y desapasionada. Así se garantizará que las medidas que se adopten gocen de respaldo público desde el inicio. En muchos casos, las medidas de reforma dependerán para su éxito del grado de colaboración y confianza que la ciudadanía tenga en ellas; está claro que esa confianza será más fácil de conseguir si el público está adecuadamente informado, no solo del contenido de las reformas, sino también de su intencionalidad. Con la consulta y la participación se contribuirá a resolver, además, el problema de las expectativas que las medidas despierten y de la impaciencia por ver resultados que caracteriza a las medidas tomadas desde arriba y sin participación social.

En segundo lugar, las reformas se verán como legítimas si se puede convencer al público de su relación racional con el problema que debe ser resuelto. Por ello, aunque son muchas las necesidades de actualización y remozamiento de las instituciones, las más urgentes y prioritarias deben ser las más relacionadas con las violaciones graves del pasado reciente. La reforma de los códigos penales y procesales, por ejemplo, deben empezar por derogar efectivamente la legislación represiva que se haya mostrado como incompatible con las nociones de juicio justo y debido proceso legal y que haya resultado en el castigo injusto de los inocentes y de aquellos que tenían derecho a la presunción de inocencia. Donde ha fracasado la protección judicial de los derechos por ineficacia de los recursos de amparo o de *habeas corpus*, la reforma más urgente consistirá en hacer más ágiles y efectivos esos recursos mediante la eliminación de trabas formales y requisitos que generen demoras injustificadas. Pero si los recursos fracasaron, no por su reglamentación anticuada sino por complacencia o complicidad de los funcionarios judiciales, la prioridad

deberá ser la tarea, ardua y de largo plazo, de crear las condiciones estructurales para un Poder Judicial verdaderamente independiente e imparcial.

Una tercera condición de legitimidad de las reformas es que cada una de ellas esté orientada a la creación de un auténtico Estado de Derecho, caracterizado por lo que en la teoría democrática se llama «rendición de cuentas horizontal».¹⁰ El concepto en mención alude a los contrapesos y equilibrios entre poderes e instituciones que son la esencia de la democracia republicana y que garantizan que ningún funcionario, por popular y poderoso que sea, pueda estar por encima de la ley. En este sentido, las reformas institucionales en el contexto de la justicia transicional no son de signo neutro: son válidas las que construyen estado de derecho, y son ilegítimas las que, deliberadamente o por error, solo contribuyen a la acumulación de poder y a la ausencia de rendición de cuentas.

CONTENIDOS DE LA REFORMA INSTITUCIONAL

Las medidas destinadas a prevenir la recurrencia de violaciones masivas y sistemáticas deberán variar según las circunstancias de tiempo y lugar, y, particularmente, según el estado de las instituciones que deben garantizar los derechos humanos. Por ello, no es posible ni deseable hacer una enumeración exhaustiva de las reformas requeridas por la justicia de transición. Además, la profundidad y el alcance de las reformas dependen de la «salud» o malestar de las instituciones y de la posibilidad de revitalizar instituciones democráticas eficaces que temporalmente fueron dejadas de lado en la etapa represiva.

En todos los casos, sin embargo, será necesario introducir algunas reformas en el aparato judicial, especialmente en la administración de justicia penal, ya que la presencia misma del fenómeno de represión ilegal demuestra, por lo menos, una debilidad en ese poder público que debe inmediatamente ser corregida. Desde luego, un Poder Judicial independiente e imparcial es la garantía última para el ejercicio de los

¹⁰ O'DONNELL, Guillermo «Horizontal Accountability and New Poliarquies». En Andreas SCHEDLER, Laffy DIAMOND y Mark PLATTNER (eds.). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Boulder: Lynne Rienner, 1999.

derechos, pues los jueces impiden o remedian los abusos de autoridad de los integrantes de otros poderes. Por otra parte, la independencia e imparcialidad de los juzgadores es una norma obligatoria y fundamental exigida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La imparcialidad de los jueces y magistrados es una condición subjetiva que se consigue fundamentalmente mediante la capacitación y educación especializada y la práctica profesional sujeta a controles y evaluaciones de los organismos que ejercen supervisión. Contribuye para ello, también, la llamada rendición de cuentas «vertical» que hace cotidianamente la sociedad con ayuda de los medios de comunicación, de organismos independientes de la sociedad civil y, en general, del ejercicio de la crítica y la opinión.¹¹ La independencia, en cambio, es una condición objetiva que surge de la forma de organización del aparato de justicia, especialmente de sus modos de nombramiento, promoción y sanción del mal desempeño. También contribuyen a la independencia de los jueces las normas sobre carrera judicial, intangibilidad de las remuneraciones y estabilidad en el cargo. En todos los sistemas judiciales democráticos, los demás poderes del Estado pueden y deben tener alguna injerencia en estos aspectos de la administración de justicia; todo ello es parte del sistema de controles y contrapesos, propio del Estado de Derecho. Lo esencial es que estas funciones estén rodeadas de garantías para que, una vez en funciones y en el acto de juzgar, el juez no esté sometido subjetiva ni objetivamente a ningún tipo de subordinación a otros poderes públicos, ni tampoco a poderes fácticos. Claro está que este principio general deja amplio campo para la experimentación y la elección de mecanismos como consejos de la magistratura, comisiones parlamentarias o funciones de los ministerios de justicia.

Un aspecto importante de la independencia e imparcialidad de los juzgadores se relaciona con la existencia, en todos nuestros sistemas,

¹¹ O'DONNELL, Guillermo *Op. cit.* La rendición de cuentas vertical la hace también el electorado mediante el voto, aunque en el tema de la imparcialidad de los magistrados este mecanismo solo se aplica en países en los que los jueces se eligen por el sufragio o se aplica en forma indirecta al votar a representantes que habrán de legislar sobre el poder judicial.

de fueros privativos o especializados. La creación de competencias especializadas no es incompatible con la independencia e imparcialidad del Poder Judicial. Aun en materia de Derecho Penal —la rama más cercana a los derechos humanos—, ciertas atribuciones de competencia no son en sí mismas objetables mientras se mantengan las reglas normales para el nombramiento y promoción de magistrados y se apliquen procedimientos que respeten las garantías de juez natural, debido proceso y juicio justo. Pero existen fueros privativos, como el de la justicia militar, que deben estar limitados estrictamente a temas de su competencia bajo pena de violar el principio fundamental de la independencia e imparcialidad del juzgador. Los jueces militares pueden ser imparciales —más precisamente, *deber* serlo—, especialmente si toman su rol con profesionalismo y dedicación; por lo que, en principio, no hay razón para que no lo sean. Pero siempre, por definición, los tribunales militares deben ser dependientes de la jerarquía militar y estar subordinados al Poder Ejecutivo.

Por ello, es necesario que la justicia militar no tenga competencias para juzgar a civiles, ni siquiera en estados de emergencia. El juzgamiento y sanción a largas penas de prisión no es una medida «estrictamente requerida por las exigencias de las circunstancias», que es el estándar que puede legitimar la suspensión de normas de derechos humanos en caso de darse una emergencia que ponga en peligro la vida de la nación. Además, es incompatible con las obligaciones internacionales del Estado el hecho de que el fuero privativo militar sea el único con competencia para investigar y castigar violaciones de derechos humanos cometidas por personas de las fuerzas armadas o de seguridad. La obligación de investigar violaciones de derechos humanos, de procesar a los responsables y eventualmente de sancionarlos debe sujetarse también a la condición esencial de respeto al debido proceso, de modo que se garantice al acusado un juicio justo, así como para asegurar a las víctimas y a sus familiares el acceso a la justicia. Ello significa que la jurisdicción militar debería limitarse a los delitos de función y a las faltas eminentemente militares y que los actos que implican la violación de los derechos humanos no pueden ser considerados «actos del servicio».

Una tarea fundamental de la transición es la construcción de fuerzas armadas y de seguridad subordinadas a la autoridad democrática y sujetos a las normas de control y rendición de cuentas horizontal y vertical. Para ello es necesario descalificar y separar de sus filas a los que han cometido delitos contra los derechos humanos. Usualmente, tal inhabilitación es resultado de una actuación judicial en la que se deslindan responsabilidades individuales y se aplican penas, entre las que se incluye la inhabilitación. Pero la experiencia demuestra que, por razones de hecho o *de jure*, muchos crímenes contra los derechos humanos no serán juzgados y, en algunos de ellos, la sociedad y el Estado estará en conocimiento de la identidad de quienes dieron las órdenes y de quienes las ejecutaron en abuso de su poder. En esos casos, cualquiera sea la causa que hace imposible procesar y castigar a los violadores de derechos humanos, el Estado debe proceder a identificarlos y a separarlos de las filas de instituciones de la democracia.¹² Esta obligación de indagar en la conducta de cada integrante de las fuerzas armadas y de seguridad es lo que se llama *vetting* en derecho internacional, como se mencionó anteriormente.

De los relatores temáticos citados, Joinet es el que se ha ocupado más extensamente de esta obligación de *vetting*. Afirma que debe hacerse de manera preventiva y no punitiva, y que la tarea debe estar rodeada de garantías mínimas para que el presunto responsable ejerza sus derechos. Sus principios se refieren más extensamente a esta obligación en el principio 37 apartado C y en el 40. En los principios 41 y 42 Joinet establece acciones que el Estado debe emprender para asegurar que los

¹² Véanse los documentos citados en las notas 3, 4, 5 y 6. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se refirió a esta obligación repetidamente en el contexto de la elaboración de las conclusiones sobre los informes periódicos de varios países como Bolivia. Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Bolivia 1/5/97, CCPR/C/79/Add. 74, 1997; Argentina, Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina 3/11/2000, CCPR/CO/70/ARG, 2000; y Guatemala, Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Guatemala 27/8/2001, CCPR/CO/72/GTM, 2001. En <www.unhchr.ch>.

integrantes de las fuerzas de seguridad sean leales a la democracia y al estado de derecho.¹³ El *vetting* se está estableciendo como una doctrina de aplicación universal, tanto en relación con las obligaciones de cada Estado en transición como con las que le corresponden a las Naciones Unidas en operaciones de paz y de reconstrucción posconflicto.

A pesar de la creciente importancia que el *vetting* tiene, hasta el momento no se lo ha estudiado con el detenimiento y la profundidad necesarios. El International Center for Transitional Justice (ICTJ) viene conduciendo estudios sobre la práctica de los países y de los organismos internacionales en relación con el *vetting*; por ello, procuramos destilar principios generales dentro de la riqueza de experiencias y de la necesidad de atender a diferentes contextos y circunstancias. Una primera línea de conclusiones se refiere a la necesidad de concebirlo no solo como descalificación de individuos, sino como definición de nuevos papeles y funciones para las instituciones y, por lo tanto, nueva determinación de las calificaciones que se necesita para integrar fuerzas de seguridad en la democracia. No tiene sentido, entonces, examinar hojas de vida y expedientes profesionales sin haber definido antes lo que se busca en los funcionarios que desarrollarán la función.

Además, es necesario estudiar las diversas maneras en que puede hacerse la depuración de las fuerzas policiales y militares. Las instituciones pueden llevar adelante este proceso por sí mismas, mediante sus procedimientos disciplinarios. Normalmente esta opción no es muy prometedora, porque esos procedimientos estaban en vigencia cuando se cometieron los abusos y no se mostraron capaces de prevenirlos o de reaccionar positivamente ante ellos. En otros casos, la descalificación se hace por medio de un proceso de revisión con intervención de un órgano externo a la institución y diseñado e instalado especialmente para la tarea. Una tercera opción es la de volver a fundar la institución

¹³ O'DONNELL, Guillermo. *Op. cit.*, nota 4. El peso que estos principios han alcanzado, aun en su condición de «derecho blando», se demuestra por el encargo hecho por la Asamblea General de las Naciones Unidas de un estudio independiente sobre su grado de cumplimiento y sobre las mejores prácticas de las naciones al respecto, estudio completado por la experta Diane Orentlicher. *Op. cit.*

declarando la disolución de la existente y el nuevo nombramiento de sus integrantes en forma selectiva a la institución que se crea para reemplazar la anterior. Esta solución es atractiva cuando se percibe que la institución misma es irremediabilmente dominada por los que violan los derechos humanos. En muchos casos, sin embargo, no será necesario ir tan lejos. Se debe entender que la transición entre dos instituciones con la misma función deja baches peligrosos de protección y de funcionamiento. A la caída de Saddam Hussein en Irak, la administración de ocupación norteamericana disolvió las fuerzas armadas del antiguo régimen como parte de la *desbaathificación* y, en pocos meses, contribuyó a una peligrosa situación de inseguridad en todo el territorio, que la obligó a reclutar nuevamente a muchos oficiales que habían sido despedidos.

Cualquiera que sea la metodología que se elija, está claro que el procedimiento debe estar rodeado de ciertas garantías jurídicas para no cometer injusticias. La presunción de inocencia rige tanto en lo penal como en lo administrativo, aunque la carga de la prueba y los estándares probatorios sean menos exigentes en el segundo de esos ámbitos. Pero aun en el proceso de nuevo nombramiento deben regir normas que impidan la manipulación política, por ello será necesario respetar el principio de independencia de los poderes y de transparencia y control horizontal.

Nos hemos referido en forma más específica a la reforma de la justicia y a la depuración de las fuerzas militares y policiales, pero queremos destacar dos puntos: el primero exige que la reforma institucional realice procesos de cambio en otras instituciones del Estado; el segundo punto insiste en que las reformas institucionales tengan sentido solo en el contexto de un programa comprensivo y completo de justicia de transición, que articule armónicamente la búsqueda y revelación de la verdad, la realización de la justicia ante los tribunales regulares del país y la reparación condigna de los daños causados.

En cuanto a las demás reformas necesarias, coincidimos con la CVR del Perú en enfatizar la necesidad de cambios profundos en la educación. Ello implicará, desde luego, invertir en las escuelas para que todos los niños tengan acceso a educación de calidad; pero también, implica una revisión profunda de los contenidos de la enseñanza para inculcar en todos una cultura de tolerancia por la diversidad, de respeto a la persona

y la opinión del otro, y de respeto a los derechos humanos. La educación en derechos humanos —de la cual el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha sido pionero desde hace más de veinte años— se debe extender también a la educación no formal y a la alfabetización de adultos, así como a la capacitación especializada de militares, policías, jueces y miembros del ministerio público.

La inversión en educación puede ser, por sí misma, un factor de reversión de la exclusión social y la marginación de amplios sectores de nuestras sociedades, especialmente de los que son víctimas de ancestral discriminación por razones de raza u origen nacional. Pero en países donde la exclusión social ha sido la razón de que estas poblaciones fueran vulnerables a la tragedia de violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos, la educación por sí misma tampoco será suficiente. Por lo mismo, estamos convencidos de que una política de prevención de futuras violaciones de derechos humanos, en ciertos países como el Perú, no puede dejar de atender a la necesidad de la inversión en desarrollo rural sostenible con distribución equitativa del ingreso y con planes concretos para hacer realidad los derechos económicos, sociales y culturales.

La reforma institucional se refiere a la modificación de instituciones existentes, pero está claro que incluye, también, la creación de nuevas entidades en el aparato del Estado con misiones específicas en cuanto a la protección de los derechos. En este sentido, los países latinoamericanos han experimentado con las defensorías del pueblo con resultados desiguales, salvo en el Perú, donde la Defensoría del Pueblo en toda su trayectoria se ha destacado como un baluarte de la defensa de los derechos de los ciudadanos. Desde luego, no es necesario reformar una institución que no solo no ha sido responsable de las violaciones, sino que ha sido el único dique efectivo para contenerlas en su momento. Pero sí es necesario aprovechar la experiencia ganada e invertir en reforzar y solventar instituciones que, como la Defensoría del Pueblo en el Perú, se han mostrado eficaces en la lucha por los derechos humanos.

En conclusión, las medidas de prevención para el futuro, como parte de una política integral de justicia transicional, demuestran que finalidad de esa política es la genuina reconciliación nacional. La vocación de reconciliación debe demostrarse con la voluntad de modificar las

causas estructurales que permitieron en su momento la ruptura de los diques de contención y las consecuentes tragedias humanas reflejadas en las desapariciones, las masacres de campesinos y las ejecuciones extrajudiciales. Para que la paz sea algo más que el silencio de las armas y de las sepulturas es necesario prestar atención a las condiciones necesarias para una paz duradera. La reconciliación se logrará mediante la construcción de un Estado Democrático de Derecho y con la inclusión social y la participación de los ciudadanos en las decisiones políticas. De hecho, la resistencia a las reformas institucionales nos parece que demuestra que la reconciliación que se pretende proclamar y decretar no es más que un disfraz que oculta la intención de que todo siga como está.

