

La justicia transicional en la búsqueda de la memoria. Una perspectiva histórico-jurídica visto desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario y la situación en la Argentina

Ezequiel Heffes¹

Resumen:

La creación de alternativas de persecución que se pueden enmarcar dentro del concepto de justicia transicional nos lleva a observar una perspectiva diferente en lo que respecta al valor de justicia y búsqueda de memoria en las sociedades en conflicto y postconflicto. Tomando como punto de partida el caso de 1983 en Argentina con la creación de una Comisión de Verdad y Reconciliación – la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas o CONADEP por sus siglas -, y teniendo en claro que en nuestro país no se desarrolló un conflicto armado, se realizará un análisis pormenorizado de ciertos puntos que lo tratan directamente. Con esto nos referimos no solo al estudio histórico de su establecimiento, sino a su correlación con otras situaciones que, a pesar de tener elementos en común, fueron reguladas por un plexo normativo diferente – aquél que regula el castigo por violación al Derecho Internacional Humanitario.

Se partirá de la premisa que la denominada justicia transicional conlleva una cantidad de elementos de mayor envergadura a los de la mera justicia penal retributiva, sumando los objetivos de reconciliar o reconstruir una sociedad que pretende salir de la crisis institucional y social en la que se encuentra sumergida.

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con orientación en Derecho Internacional Público.

La justicia transicional en la búsqueda de la memoria. Una perspectiva histórico-jurídica visto desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario y la situación en la Argentina

La idea de la búsqueda de la memoria dentro de los mecanismos para la obtención de justicia ha devenido en las últimas dos décadas en un elemento fundamental en lo que se refiere a los ámbitos internos e internacionales en situaciones de posconflicto. En la actualidad, se vuelve imperante entender que nuevas opciones han surgido de forma paralela al establecimiento de tribunales con la potestad de ejercer funciones igualmente eficaces que las persecuciones penales.

Tomando como punto de partida el caso de 1983 en Argentina con la creación de una Comisión de Verdad y Reconciliación – la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas o CONADEP por sus siglas -, y teniendo en claro que en nuestro país no se desarrolló un conflicto armado, se realizará un análisis pormenorizado de ciertos puntos que lo tratan directamente. Con esto nos referimos no solo al estudio histórico de su establecimiento, sino a su correlación con otras situaciones que, a pesar de tener elementos en común, fueron reguladas por un plexo normativo diferente – aquél que regula el castigo por violación al Derecho Internacional Humanitario -. Esta última noción nos ha mostrado dentro de lo que doctrinariamente podemos denominar *ius post bellum*², o aquel derecho aplicado con posterioridad a los conflictos armados, que ha sido la propia comunidad internacional quien entendió que la mera apertura de procesos penales no era suficiente, sino que existía una necesidad superior en vistas de que los acontecimientos ocurridos no se repitieran. Con esto, no se intentó dejar de lado lo primero, todo lo contrario, se buscó la existencia de dispositivos que trabajen en conjunto con un mismo objetivo. De esta forma queremos dejar en claro la proposición que refiere a la existencia de un sistema coordinado en materia de (re)creación de una identidad popular en torno a la percepción de memoria, vista como un derecho y como una obligación, en donde se incluyen a lo ya citados, otras formas de reparación enunciadas en el ordenamiento vigente del derecho internacional, tales como por ejemplo a la satisfacción o a la indemnización económica (las cuales por motivos espaciales serán simplemente citados).

En este orden de ideas, queremos reafirmar la idea de que “justicia de transición es sobre todo y predominantemente justicia para las víctimas” queriendo decir con esto que no solo tienen intereses en arribar a una sentencia que ayude a reconstruir sus situaciones personales, sino también tienen “un derecho a la justicia y otros derechos inferidos directamente de la noción de justicia como concepto jurídico.” En la ponencia se observarán, además, las relaciones entre estas dos últimas nociones, es decir, la reparación como deber y derecho. (Kai Ambos, Justicia de Transición, El Marco Jurídico de la Justicia de Transición, 2009, p.41).

² Este término se encuentra estrechamente relacionado con las teorías de la guerra justa que estudian no la legalidad o ilegalidad del uso de la fuerza, sino su justicia. Asimismo se encuentra diferenciado el *ius ad bellum*, el *ius in bello* y finalmente el *ius post bellum*. Para más información véase también C. Nadeau & J. Saada (2009), *Guerre juste, guerre injuste. Histoires, théories et critiques*. (Ed. Philosophies, Presses Universitaires de France, en particular el capítulo relativo a *ius post bellum*, p. 117 – 149).

Por cuestiones metodológicas, la presente será dividida en una primera parte explicativa del marco legal que codifica las políticas relacionadas a la memoria como justicia en el plano internacional, tomando en consideración, entre otros, ejemplos históricos tales como Ruanda, la ex – Yugoslavia y Sudáfrica. Este punto versará, asimismo, en el establecimiento de Tribunales Penales Internacionales, los cuales sabemos que integran la denominada justicia transicional, implicando así, que esta última será tomada desde un punto de vista amplio donde también son parte las distintas jurisdicciones intentando realizar un entrecruzamiento con los conceptos básicos del Derecho Internacional Humanitario. Secundando este análisis, y partiendo de la concepción de que en nuestro país la situación ocurrida en la última dictadura se diferencia, tanto fáctica como normativamente hablando, de las mencionadas previamente, se observará cómo ciertos elementos del derecho internacional humanitario relativos a la persecución por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra o al genocidio (entre otros crímenes) han entrado en nuestro ordenamiento jurídico a causa de las violaciones a los derechos humanos en el período 1976-1983, trayendo aparejada una nueva visión en lo que respecta a la relación entre estas dos ramas de derecho.

Para terminar y siguiendo con la línea temática, es necesario hacer hincapié que se partirá de la premisa que las Comisiones de Verdad y Reconciliación conllevan una cantidad de elementos de mayor envergadura a los de la mera justicia penal retributiva, sumando los objetivos de reconciliar o reconstruir una sociedad que pretende salir de la crisis institucional y social en la que se encuentra sumergida. Entendemos que muchos han sido los trabajos que tratan sobre la construcción de la memoria en nuestro país a partir de la creación de la CONADEP, sin embargo un entrecruzamiento (y a su vez, el paralelismo) con una rama del derecho internacional público como es el derecho de los conflictos armados nos parece ciertamente novedoso.

1. Memoria y el Derecho Internacional Humanitario.

En primer término, ahondaremos el análisis desde una perspectiva descriptiva de esta parte del derecho internacional, simplemente es porque a causa de esto se desprenderán (o así lo creemos) cuantiosos elementos vitales en importancia. Siguiendo esta línea, se vuelve imperativo explicar que el Derecho Internacional Humanitario es la parte del derecho internacional público que reglamenta los conflictos armados, protegiendo a las personas que no participan o no participan más en el conflicto armado, regulando los métodos y medios de combate, sin dejar de lado la salvaguarda tanto de bienes civiles como del medio ambiente. Se desglosa que, normativamente hablando, se encuentra regulado principalmente por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales a estos Convenios de 1977³. Estos tratados

³ Muchos otros acuerdos internacionales relativos a la materia se encuentran hoy vigentes. A mero título enumerativo, no podemos dejar en este punto de enunciar al Tercer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 1949, entrado en vigor en 2005; la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y su Protocolo Adicional de 1999 o, por ejemplo, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1949. Para mayor información, véase también F. Kalshoven & L. Zegveld, (2005), *Restricciones en la conducción de la fuerza, Introducción al derecho internacional humanitario*,

regulan dos tipos de conflictos armados, los internacionales (en rasgos generales son los interestatales o los que se dan entre las fuerzas de una organización internacional y uno o más Estado o, finalmente, en los que se dan situaciones de lucha por parte de los movimientos de liberación nacional por su autodeterminación) y los no internacionales (entre un Estado y un grupo armado organizado –el cual debe cumplir con ciertos requisitos- o contra fuerzas armadas disidentes), dejando a un lado las situaciones de tensiones y disturbios interiores (en donde habría plena intervención del derecho interno y de los derechos humanos). A pesar de que este parece simplemente regular las conductas durante los enfrentamientos, creemos que es menester entablar una proximidad con el derecho a la verdad en momentos posteriores con la posibilidad (obligación para los Estados) que poseen las familias de conocer la suerte de sus miembros⁴.

Con un enfoque central en lo que a las consecuencias de sus violaciones implican, contraponemos lo que en el derecho internacional público representa la responsabilidad internacional del Estado a lo que trata la responsabilidad penal del individuo por crímenes tipificados en el mismo ordenamiento. Al momento de hablar sobre los Estados, vemos en los artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001 su momento más preponderante, entendiendo que este conjunto de elementos reguladores de la conducta de los sujetos del derecho internacional antedichos tienen carácter consuetudinario y denotan la existencia de consecuencias jurídicas ante las violaciones a obligaciones internacionales. Por otro lado, para entender la responsabilidad de los individuos (la única que puede ser verdaderamente punitiva penalmente hablando, ya que la figura del Estado no puede ir a establecimientos carcelarios), debemos trazar una línea histórica que parte desde los primeros Tribunales Internacionales Penales, tales como Nuremberg y Tokio, hasta los actuales, teniendo como óbice a la Corte Penal Internacional, todos ellos concernientes al Derecho Internacional Penal. Ambas corrientes se dan desde un desarrollo cronológico para llegar a la actualidad, en donde la primera podemos ubicarla en 1956 con el comienzo por parte de la Comisión de Derecho Internacional del estudio de la cuestión⁵, desarrollada paralelamente

(Comité Internacional de la Cruz Roja, p. 21-43); C. Swinarski, (1986) Introducción al Derecho Internacional Humanitario, (Comité Internacional de la Cruz Roja, capítulo relativo a las Nociones Generales de Derecho Internacional Humanitario y sus relaciones con el CICR y con los Derechos Humanos).

⁴ Los artículos 32, 33 y 34 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, de 1977 son parte de la sección denominada “Personas desaparecidas y fallecidas”. El primero expresa que las Partes en conflicto –entre otros sujetos intervinientes- deberán estar motivadas ante todo por “el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”. El segundo en cambio, obliga a los Estados partes a buscar “las personas cuya desaparición haya señalado una parte adversa”. El último, el deber de respetar los restos de las personas fallecidas y sepulturas que se encontraran durante las hostilidades.

⁵ Como bien se ha dicho, su carácter consuetudinario establecido por la comunidad internacional por la conducta de los Estados y la jurisprudencia internacional de los distintos Tribunales pertenecientes al mismo ordenamiento dan por sentado la aplicación de normas relativas a la responsabilidad internacional de los Estados previo a 1956. No obstante, se quiso colocar esta fecha simplemente a título temporal, teniendo igualmente en consideración sentencias previas a esa fecha como por ejemplo el Caso de 1949 del Canal de Corfu (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte V. Albania) de la Corte Internacional de Justicia.

por la práctica estatal y las jurisdicciones internacionales, mientras que la segunda como se ha dicho, a partir de 1945, sin dejar de lado algunas de las que fueron propuestas previas a ese año⁶.

Con estos fundamentos, es un principio bien establecido que toda violación a una obligación internacional trae consigo consecuencias jurídicas, entre ellas la denominada responsabilidad internacional⁷. Esta responsabilidad internacional, ha sido largamente establecida por distintas jurisdicciones internacionales⁸ que determinan en sus sentencias cuales son las medidas reparatorias a tomar cuando efectivamente existe un nexo causal entre un quebrantamiento a una norma y una conducta (y no mediar causa de justificación). La finalidad de este punto surge, principalmente, en vistas al estudio de la creación de políticas de la memoria por violaciones a situaciones tuteladas por el Derecho Internacional Humanitario, por medio de la creación de líneas de trabajo que velen por aquello que denominamos inicialmente como justicia transicional. Como se ha dicho, dentro de lo calificado doctrinariamente como *ius post bellum* (derecho aplicado con posterioridad a la guerra), se han creado diversas formas de acceso tanto a mecanismos punitivos como no, tales como jurisdicciones (sean locales, internacionales o internacionalizadas/híbridas⁹), Comisiones de Verdad y Reconciliación o incluso reparaciones de

6 Aquí nos referimos por ejemplo a la propuesta de crear por acuerdo de voluntades una Corte Penal Internacional, formulada en el siglo XIX con el objeto de conocer en las violaciones del Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, que había sido adoptado en 1864. Asimismo en 1907 con la codificación de las leyes y usos de la guerra por medio de la Convención IV de La Haya (por su lugar de adopción) y en el Reglamento anexo, se logró dar un fundamento jurídico que permitió al término de la Primera Guerra Mundial con el establecimiento del Tratado de Paz firmado en Versalles, la responsabilidad personal del Káiser Guillermo II. Esta ve su causal en la ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados, así como la de quienes habían seguido sus órdenes, reconociéndose el derecho de los Estados vencedores de establecer tribunales militares con el objeto de juzgar a personas acusadas de haber cometido crímenes de guerra. Véase también H.D.T. Gutierrez Posse, (2006), La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales (Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 861, p. 65-86).

7 Véase por ejemplo el artículo 1 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53 período de sesiones (A/56/10) y anexado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 56/83, del 12 de diciembre de 2001.

8 Dentro del Derecho Internacional Público existen Tribunales Internacionales con capacidad de juzgar individuos y otros que pueden juzgar Estados. Clarificando este concepto, el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional dice en su artículo 25 que “De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales” y el mismo de la Corte Internacional de Justicia en el apartado 34 expresa que “Solo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte”. Representando los opuestos, uno tiene la capacidad de determinar la responsabilidad estatal y otro la responsabilidad individual.

9 En grandes rasgos, los Tribunales Internacionales se encuentran conformados por jueces internacionales y trabajan fundados en derecho internacional público exclusivamente, a diferencia de los Tribunales Internacionalizados, los cuales se encuentran conformados en partes por jueces nacionales del estado del conflicto y jueces internacionales, del mismo modo que la aplicación del derecho corre por cuenta también por parte de la legislación local. Por mencionar

diversos tipos que, trabajando en conjunto¹⁰, buscan construir de manera complementaria una identidad popular con posterioridad a situaciones conflictivas desde un punto de vista socio-cultural. Queremos plantear con particularidad el enfoque en el mantenimiento de la paz a partir del establecimiento de la verdad y el castigo de aquellos criminales que han realizado violaciones masivas de derechos humanos. No tenemos la intención de dejar de lado la responsabilidad internacional del Estado, todo lo contrario, entendemos que gran parte de las medidas tomadas han sido por causa de violaciones a normas internacionales. Si la justicia local funcionara correctamente, la comunidad internacional no intervendría frente a la necesidad de crear un poder punitivo internacional.

Ruanda, la ex – Yugoslavia y Sudáfrica representan actualmente, ejemplos de cómo distintos tipo de persecuciones se han dado a lo largo de la historia. En los primeros dos ha sido el propio Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas quien, en virtud del capítulo VII de la carta orgánica de la organización, quien creó sendos Tribunales Internacionales Penales con capacidad de juzgar individuos y con competencias en crímenes internacionales puntuales¹¹. En el último, en cambio, de manera paralela a las persecuciones penales locales se estableció por decisión del propio Estado, una Comisión de Verdad y Reconciliación justamente con el objetivo primordial de generar una nueva construcción social que permita cambiar estructuralmente el trato para con el apartheid. El punto de partida es la comprensión de que no todas las sociedades son iguales y que no todos los conflictos se desarrollaron de la misma manera, respondiendo a circunstancias del momento y del lugar¹². Nos reparamos en esto por la utilización de diferentes sistemas, que ayudan en mayor o en menor medida a cada grupo de víctimas de manera diferencial. En la sociedad de Ruanda de 1994 era impensado confiar plenamente en la seguridad jurídica que podrían haber dado los jueces locales de ese entonces, habiendo siendo quizás ellos mismos los que apoyaban meses atrás el

algunos encontramos, por ejemplo, al Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Especiales de Camboya y a los Paneles Especiales de Timor Oriental.

10 A título de ejemplos, los estatutos de diversos tribunales penales internacionales, tales como en los casos de la Corte Penal Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda establecen la relación entre estos y los tribunales locales en donde la primera tiene carácter complementaria de las jurisdicciones internas, mientras que los otros dos son concurrentes con primacía de las internacionales. Véase asimismo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su preámbulo y artículo 1, resolución del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas 827 del 25 de mayo de 1993 en su artículo 9 y; resolución 955 del órgano mencionado en su artículo 8.

11 Artículos 2, 3 y 4 del Estatuto para el Tribunal Internacional para Ruanda expresan la competencia sobre los crímenes de Genocidio, crímenes contra la humanidad y las violaciones al artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo Adicional II de 1977, respectivamente. Artículos 2, 3, 4 y 5 del Estatuto para el Tribunal Internacional para la ex – Yugoslavia dan para infracciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949, violaciones de las leyes o prácticas de la guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad.

12 Parte de la doctrina ha planteado si no se trata finalmente de una “imposición del estilo occidental de justicia penal”, lo que pudiera llegar a impedir a las víctimas afirmar el control sobre su propia victimización y dificultar el propio reconocimiento a las políticas de verdad llevadas a cabo. Véase más en Kai Ambos, (2009) *Justicia de Transición, El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, (Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., p.56-57).

genocidio. Un Tribunal Internacional, con jueces internacionales y con un estatuto diferente de las leyes ruandesas fue el puntapié inicial para la contribución de un “proceso de reconciliación nacional”, así como para el restablecimiento y mantenimiento de la paz¹³.

Habiendo dado esta aproximación a la manera en la cual las violaciones al derecho internacional humanitario (como a otros crímenes internacionales) han sido encausadas en vistas con la mira en la (re)creación de la identidad con posterioridad a situaciones de posconflicto, debemos realizar una breve mención acerca de las posibles decisiones tomadas por los órganos competentes al respecto. Cuando pensamos en esto último, usualmente tenemos la idea de que una persecución penal con su respectivo castigo es suficiente para que las sociedades encuentren realmente su verdad, sin embargo, las medidas a tomar han sido variadas y tendientes a que los acontecimientos no se repitan. Entre ellas encontramos, por ejemplo, a los informes realizados por las Comisiones de Verdad y Reconciliación, los cuales generalmente publican masivamente los resultados de las investigaciones realizadas¹⁴, con la idea de plasmar en papel y que sea de fácil acceso para la población en general. Otras medidas tomadas han ido desde la creación de monumentos históricos para recordar a las víctimas, lo cual también busca generar un contacto cotidiano con la historia del conflicto con el objeto de no olvidar; hasta disculpas públicas realizadas por las autoridades de los diferentes Estados¹⁵. El resurgimiento de una nueva identidad popular no se originaba en una sola acción, sino en el pedido (o por qué no también reclamo) de que la única forma de reconstruir las relaciones interpersonales en sociedades que salieran de un genocidio, como de un conflicto armado, o incluso crímenes de lesa humanidad parten de la propia toma de conciencia de aquellos que alguna vez supieron apoyar regímenes opresores contra los derechos humanos¹⁶. Queremos dejar explícito si se quiere, la necesidad de una especie de complemento, donde la sociedad en su totalidad comprenda que se debe realizar tanto una modificación absoluta en las prácticas estatales para no repetir los acontecimientos que

13 La resolución 955 del Consejo de Seguridad dispone en su preámbulo la convicción de que “el enjuiciamiento de los responsables de las graves violaciones del derecho internacional humanitario permitiría [...] contribuiría al proceso de reconciliación nacional y al restablecimiento y el mantenimiento de la paz.”

14 No podemos dejar de hacer notar que hay algunas Comisiones de Verdad y Reconciliación en donde sus trabajos son confidenciales, tal como la Comisión de Verdad y Reconciliación para Sierra Leona, la cual trabaja en conjunto con el Tribunal Internacionalizado establecido en ese país.

15 Numerosas sentencias de distintos tribunales internacionales de derechos humanos han sentado fundamento en esta forma de reparación. Tomamos en este caso el ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha determinado en el caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, que el Estado tiene la obligación de realizar “actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos.” (Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1ro de marzo de 2005. Párag. 156)

16 Con esto queremos decir que se vuelve imperante el reconocimiento a la importancia que tiene tolerancia, con la comprensión de que la igualdad entre los individuos no es simplemente de hecho, sino también de derecho.

llevaron a ello, como el tomar nuevos elementos culturales que permitan a sus miembros conectarse¹⁷.

Finalmente, antes de llegar a la implementación de los mecanismos dispuestos en nuestro país, nos debemos una breve reseña sobre la relación entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos, en correlato con la verdad y el derecho a la memoria, tomados como derechos humanos. Históricamente fueron tratados como plexos legales diferentes, caracterizados por su momento de aplicación, mientras que el primero se aplica solo en momentos de conflictos armados, el segundo se aplican en todo momento con excepción de aquellos que pueden ser derogados por los Estados cuando una situación que pone en peligro la vida de la nación surge¹⁸. Dijimos en su momento que el acceso a la verdad se encuentra normado en el derecho de la guerra como un derecho para las víctimas y una obligación para los Estados Partes. Ahora bien, son pocos las disposiciones que se aplican en tiempo de paz y se mantienen al momento del conflicto armado¹⁹, entre las cuales creemos se encuentra la estudiada en este trabajo. Este planteo no busca modificar el paradigma en materia de relación entre estas dos ramas ni mucho menos, sino plantear frente a un ámbito académico la posibilidad de que la construcción de una memoria colectiva se constituya como un nuevo derecho humano aplicable sin ningún tipo de limitaciones por momento o situación²⁰.

2. Memoria y CONADEP.

Históricamente hablando, el 24 de marzo de 1976 las fuerzas armadas derrocaron el gobierno democrático encabezado por Isabel Martínez de Perón tomando el control de las funciones públicas estatales. Fue por medio del “Acta para el Proceso de Reorganización Nacional” que los comandantes de las tres fuerzas determinaron la creación de una Junta Militar

17 Cuando nos referimos a la creación de nuevos elementos culturales, queremos relacionarlo con lo dicho previamente en material de monumentos como a las nuevas formas discursivas que se utilizan.

18 Normativamente hablando, la posibilidad de suspender el ejercicio de un derecho casos en los cuales se encuentre en peligro la vida de la nación se encuentra expuesta en numerosos tratados internacionales de derechos humanos, por ejemplo el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

19 Tomemos en cuenta por ejemplo la libertad de religión, la cual en sí misma no puede ser suspendida, no obstante su manifestación pública se encuentra sujeta a posibles limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos. Artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

20 Con esto no queremos decir que los Estados tienen la obligación de llegar a un resultado concreto en la búsqueda de la verdad, sin embargo, según el propio derecho internacional de los derechos humanos deben realizar los máximos esfuerzos para lograrlo. Véase también la Convención Americana sobre derechos humanos en sus artículos 8 y 25. Asimismo, es menester agregar que el derecho a la verdad fue reconocido internacionalmente, entre otros, en el capítulo V del informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986, en donde se dijo que “(T)oda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y las circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos [...]”

para asumir el poder político de nuestro país. Paralelamente, se disolvieron el Congreso de la Nación, las legislaturas provinciales y los gobiernos municipales, se removió a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al procurador general de la Nación y a los integrantes de los tribunales superiores de las provincias, y también se “suspendió toda actividad política y de los partidos políticos en los ámbitos nacional, provincial y municipal, y se suspendieron las actividades gremiales de trabajadores, empresarios y de profesionales.” (Kai Ambos, Justicia de Transición, Informes Nacionales. Argentina, P. Parenti & L. Pellegrini. 2009, p.134).

Nunca en la historia argentina (o por lo menos en la del último siglo) el nivel de violencia institucional había sido tan elevado como el ocurrido en la etapa que comprende el período de 1976 a 1983, que se caracterizó por la violación de derechos humanos por parte del Estado y su aparato represor, había sido tan elevado (o por lo menos no en el último siglo). El plan sistemático de desaparición de personas de miles de personas, los centros clandestinos de detención, el robo de hijos a madres, la tortura y el homicidio integran, entre otros, lo que supuso la derogación más absoluta de las protecciones inherentes a la persona humana. Todos estos, crímenes contra la humanidad, podemos decir que son indudables hoy en día gracias a la difusión que tuvieron dos dispositivos que funcionan (y funcionaron) conjuntamente por pertenecer a los mecanismos utilizados por nuestro Estado para la superación del conflicto. Con esto nos referimos en primer lugar al trabajo realizado por la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas y, por otro lado, los procesos judiciales para conocer la verdad²¹.

A pesar de la importancia que reviste lo segundo, las distintas etapas que revistió la reacción penal del Estado argentino no serán el núcleo y fundamento de nuestro análisis, a diferencia de aquellos aspectos no penales pertenecientes a las políticas estatales frente a los crímenes ocurridos. Es aquí donde queremos volver en alguna medida al *ius post bellum*, y a las alternativas que da el derecho internacional humanitario con posterioridad a los conflictos armados. Como se ha dicho, comisiones de verdad y reconciliación, tribunales penales internacionales o híbridos o incluso jurisdicciones locales han buscado justicia de distintas maneras por los crímenes de los cuales tienen o han tenido competencia. Con esto, queremos reafirmar la hipótesis de que estos dispositivos no se aplican simplemente luego de un enfrentamiento armado regulado por el derecho de la guerra, sino la posibilidad de lo sean de manera siguiente a las graves violaciones a los derechos humanos.

En nuestro país y con la llegada del gobierno democrático de Raúl Alfonsín, algunos sectores proponían la creación de una comisión parlamentaria que investigara los hechos cometidos durante los gobiernos militares, sin embargo prevaleció la idea de una comisión en el

21 No queremos dejar de mencionar otras medidas de reparación que buscaban difundir el conocimiento de los hechos y conformar nuevas líneas en materia de la memoria. Con esto, la ley sobre cinematografía y calificación de películas (22052), la sanción de la ley sobre nacionalidad (23059), la ley de hábeas corpus (23098), la ley de indemnización a presos políticos (24043), la ley de declaración de ausencia por desaparición forzada (24321), la ley de beneficio económico por personas ausentes por desaparición forzada o fallecidas como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas (24411, 24499 y decreto 403/95), el acuerdo entre el Estado nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para construir el espacio para la memoria en el predio de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), donde funcionó uno de los centros clandestinos de detención, entre otras.

ámbito del Poder Ejecutivo. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas - CONADEP – fue creada por medio del decreto presidencial N° 187 del 15 de diciembre de 1983²², e integrada por personas que gozaban de una alta consideración ética provenientes de diversos ámbitos profesionales e ideológicos. El primer objetivo de esta Comisión era el de esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas ocurridos en el país²³, demostrando un compromiso para con la búsqueda de la verdad y el esclarecimiento de la historia. En lo que respecta a las funciones específicas y taxativas, el artículo 2 establece que debía:

- a) Recibir denuncias y pruebas sobre aquellos hechos y remitirlas inmediatamente a la justicia si ellas están relacionadas con la presunta comisión de delitos;
- b) Averiguar el destino o paradero de las personas desaparecidas, como así también toda otra circunstancia relacionada con su localización;
- c) Determinar la ubicación de niños sustraídos a la tutela de sus padres o guardadores a raíz de acciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir al terrorismo, y dar intervención en su caso a los organismos y tribunales de protección de menores;
- d) Denunciar a la justicia cualquier intento de ocultamiento, sustracción o destrucción de elementos probatorios relacionados con los hechos que se pretende esclarecer;
- e) Emitir un informe final, con una explicación detallada de los hechos investigados, a los ciento ochenta (180) días a partir de su constitución²⁴.

Asimismo, agrega que no puede emitir juicio sobre hechos y circunstancias que constituyen materia exclusiva del Poder Judicial, lo cual determina que el establecimiento de esta Comisión no tenía por objeto la persecución penal en sí misma, sino más bien la investigación de los acontecimientos complementando los trabajos dentro del seno de las propias actuaciones judiciales. Con estas características y a pesar de las claras diferencias, se asimila al trabajo de otras Comisiones de Verdad, en especial si tomamos en consideración el trabajo en conjunto con la justicia interna de nuestro país, teniendo una clara obligación de denunciar ante la misma intervenciones que pudieran llegar a dificultar su trabajo. Dentro de lo realizado por la CONADEP, encontramos, entre otras cosas, al reconocimiento de centros clandestinos de detención, la visita a las morgues en vistas de obtener información sobre los ingresos irregulares, investigaciones sobre los bienes de aquellas personas desaparecidas²⁵. Cuando se originan las

22 Publicado en el Boletín Oficial el 19 de diciembre de 1983.

23 Artículo 1 del Decreto 187/83 sobre la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas.

24 Este tiempo se dispuso con el objeto de “evitar que la dolorosa necesidad de investigar estos hechos sustraiga, más allá de cierto lapso prudencial, los esfuerzos que deben dirigirse a la tarea de afianzar en el futuro una convivencia democrática y respetuosa de la dignidad humana”. Fundamentos del Decreto presidencial 187/83.

25 Cierta parte de la doctrina perteneciente al Derecho Internacional Humanitario, al momento de ver desde una perspectiva internacionalista a la CONADEP ha remarcado funciones dejadas de lado por esta. Con esto nos referimos al análisis de, por ejemplo, desapariciones temporarias, exilios forzados, detenciones y torturas. Con respecto a estas últimas dos, los sobrevivientes fueron entrevistados por la Comisión y sus historias fueron incluidas en la parte de testigos, sin embargo no fueron incluidos como víctimas (y he ahí la crítica). Para mayor información, véase

preguntas de cómo ayuda a la reconstrucción de una identidad popular en torno a la memoria post dictadura, la respuesta esta estrechamente relacionada con las funciones antedichas. En la publicación del informe final llamado “Nunca más”²⁶, se consideró que había 8960 personas todavía desaparecidas, entendiendo que ese número no podía ser definitivo por las muchas desapariciones sin denunciar.

Punto aparte merece una apreciación sobre si verdaderamente podemos afirmar hoy en día, con 28 años de democracia, se ha (re)construido una memoria a partir del uso de la justicia transicional. A pesar de que una buena parte de la doctrina ve con ojos escépticos el trabajo de la CONADEP con relación a las víctimas, y a su vez con sus familias, el que escribe considera que se trató de algo sumamente novedoso para la época en la cual fue establecida, no solamente por su cercanía con los crímenes de lesa humanidad, sino en el marco del orden jurídico internacional.

3. Evaluación final y conclusiones

Partimos de la premisa que la denominada justicia transicional conlleva una cantidad de elementos de mayor envergadura que a los de la mera justicia penal retributiva, sumando los objetivos de reconciliar o reconstruir una sociedad en torno a su memoria. El paralelismo buscado entre el derecho internacional humanitario y esta idea de construcción de identidad ve quizás su punto culmine en la persecución de crímenes internacionales, sea por métodos jurisdiccionales como no. Las Comisiones de Verdad y Reconciliación ha trabajado arduamente en paralelo a los jueces en cada uno de los Estados en donde se han establecido, por las vemos como una alternativa viable al momento de investigación y complementariedad. La CONADEP no ha sido la excepción, sino que ha sabido llevar (en conjunto con otros organismos de derechos humanos) la historia a tal punto que hoy, complementada con los juicios por crímenes de lesa humanidad, podemos hablar de un sistema político consistente con los ideales democráticos, pero fundamentalmente de un pueblo con memoria.

Bibliografía y material consultado

LIBROS

P. Hayner (2006), *Truth commissions: a schematic overview*, (Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 862, p.300)

²⁶ Publicado en una primera versión en septiembre de 1984, se volvió a publicar en 2006 con información recopilada hasta ese año. Si uno piensa circunstancialmente, la idea era generar una conciencia que motivara a que aquellas graves violaciones a los derechos humanos no ocurrieran nuevamente, es a causa de esto que el informe buscó ser lo más detallado posible.

Ambos, Malarino, & Elsner, (comps.) (2009), *Justicia de Transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung)

Kalshoven, Fritz & Zegveld, Liesbeth, (2005), *Restricciones en la conducción de la fuerza, Introducción al derecho internacional humanitario*, (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja).

Nadeau, Christian & Saada, Julie, (2009), *Guerre juste, guerre injuste. Histoires, théories et critiques*. (Paris: Philosophies, Presses Universitaires de France).

Swinarski, Christophe, (1986), *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja).

ARTÍCULOS

Crettol, Monique & La Rosa, Anne-Marie, (2006), *The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity*, (Ginebra: Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 862).

Gutierrez Posse, Hortensia (2006), *La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales* (Ginebra: Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 861).

Hayner, Priscilla (2006), *Truth commissions: a schematic overview*, (Ginebra: Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 862).

Hazan, Pierre, (2006), *Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating transitional justice*, (Ginebra: Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 861).

DOCUMENTOS, NORMAS Y TRATADOS INTERNACIONALES

Convenio I – IV de Ginebra de 1949.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969.

Estatuto de Roma de 1998 para el establecimiento de la Corte Penal Internacional

Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. Comisión de Derecho Internacional. Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53 período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 56/83, del 12 de diciembre de 2001.

Organización de Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 827 para el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional *ad-hoc* para la ex – Yugoslavia.

Organización de Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 955 para el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional *ad-hoc* para Ruanda.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, de 1977.

República Argentina. Decreto 187/83 sobre la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas.

SENTENCIAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1ro de marzo de 2005.

Corte Internacional de Justicia. 1949. Caso del *Canal de Corfu (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte Vs. Albania)*.