

1997/B



Editores del Puerto

1997/E

NUEVA DOCTRINA PENAL



**NDP**

NUEVA DOCTRINA PENAL

1997/B

## CRÍMENES ESTATALES DE REGÍMENES PREVIOS: CONOCIMIENTO, RESPONSABILIDAD Y DECISIONES POLÍTICAS SOBRE EL PASADO\*

Stanley Cohen

*"No vamos a poder investigar el pasado. Tendríamos que encarcelar al ejército entero".*

Del entonces recientemente electo presidente de Guatemala, Cerezo ARÉVALO, noviembre de 1985.

Mi contribución a este simposio no se concentra en el tema específico de la "purificación"\*\*. Elijo más bien ver a la "purificación" sólo como una respuesta disponible para las sociedades que enfrentan abusos de derechos humanos cometidos por regímenes anteriores. Clasificaré estas variadas respuestas, concentrándome en su interés teórico para el estudio del delito y del control social, y en su interés político para la comunidad internacional de derechos humanos.

### A. Contexto

El debate actual sobre la purificación debe ser situado en el contexto más amplio de aquellas diversas y extraordinarias transiciones políticas de la década pasada, cubiertas por el omnicomprendido término "democratización". Una de las preguntas fatídicas enfrentadas por estos nuevos gobiernos durante y después de la reconstrucción social es cómo tratar con

\* Traducción de Mary Ana BELOFF y Christian COURTIS.

\*\* N. de los T.: El término inglés *lustration* —explicado a lo largo del texto— se refiere a la estrategia adoptada en los países de Europa del Este con los responsables de violaciones a los derechos humanos durante los regímenes comunistas y a sus colaboradores. Si bien la traducción literal del término —"lustración"— es gramaticalmente correcta, y es empleada por algunos autores (cf. MÉNDEZ, Juan, *El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, en Martín ABREGÓ y Christian COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997) resulta poco significativa para el lector argentino. Hemos preferido traducir el término por "purificación", que es bastante más gráfico.

lustración  
→



las groseras violaciones a los derechos humanos cometidas por los regímenes anteriores. Tres grupos de sucesos completamente diferentes han integrado este debate: primero, el colapso y desmantelamiento de la Unión Soviética y de los regímenes de comunismo estatal en la Europa del Este; segundo, la transición en zonas del tercer Mundo –en África, Asia, pero especialmente en América del Sur y Central (Brasil, Argentina, Chile, Uruguay, El Salvador, Paraguay–) de variantes de dictaduras y juntas militares a democracias formales; y tercero, el colapso del *apartheid* y la emergencia de una sociedad democrática multiracial en Sudáfrica<sup>1</sup>.

Cada uno de estos grupos de sucesos requiere una mirada completamente distinta –lo que sucedió en Chile no es en absoluto comparable con lo que sucedió en Checoslovaquia– y no existe otra forma de proceder que una consideración detallada de cada caso o bien una comparación sistemática entre ellos. Cualquier comparación debería examinar variables tales como la extensión de la connivencia con el antiguo régimen, la especificidad de sus víctimas, la seriedad de las violaciones, el grado en que la transición fue voluntaria y no violenta, la fuerza residual de los militares, y la tradición democrática preexistente.

Por supuesto, esta no es la primera vez que tales temas han sido planteados. Se podrían realizar otras comparaciones con la anterior ola de democratización en España, Portugal y Grecia. Huelga decir que virtualmente todos estos temas fueron prefigurados por el fin del periodo nazi, los juicios de Nuremberg y el comienzo del enorme y seguramente interminable proceso de ajuste de cuentas con el Holocausto y la máquina de exterminio nazi. Aunque el precedente de Nuremberg (y los juicios por crímenes de guerra de los japoneses) fue consecuencia de la derrota en una guerra internacional, de una paz impuesta, y luego de una autoridad político-judicial externamente constituida, este sigue siendo el molde sobre el que se juzgan todos los temas –morales, legales, jurisprudenciales– similares.

Mi interés inmediato se dirige a aquellos casos recientes en los cuales la transición democrática –aunque a veces causada o precipitada por eventos exteriores (por ejemplo, la derrota argentina en las Malvinas)–

<sup>1</sup> Estas tres clases de transiciones han sido explícitamente vinculadas en la obra del Proyecto sobre Justicia en Tiempos de Transición con base en Nueva York. Las lecciones de los casos del Este europeo y de América Latina para Sudáfrica fueron el tema del seminario "Justicia en transición: tratando con el pasado", celebrada en Ciudad del Cabo en febrero de 1994. Agradezco a los organizadores, IDASA (Instituto para la democracia en Sudáfrica), por su invitación a participar. La discusión editada de esta conferencia es una excelente introducción a todos los temas de mi trabajo. Ver BORRINE, Alex, et al. (eds.), *Dealing with the past: truth and reconciliation in South Africa*, Ciudad del Cabo, IDASA, 1994.

tiene lugar dentro del mismo país. La siguiente ha sido la secuencia común: ① Un régimen militar –reticente o voluntariamente, de buena o mala fe– entrega el poder a un gobierno civil, o una dictadura se disuelve a sí misma y da lugar a una democracia multipartidaria, o un estado comunista colapsa desde dentro y es reemplazado por un gobierno más democrático. ② El nuevo gobierno proclama su lealtad a los derechos humanos, a las libertades civiles y al estado de derecho. Se compromete a "confrontar el pasado" y a impedir que suceda nuevamente (el nombre del famoso informe de la comisión argentina fue *Nunca más*). Se abre el debate acerca de exhumar o no el pasado. ③ La comunidad internacional de derechos humanos exige al gobierno tomar cartas frente a las violaciones graves –genocidio, arbitrariedad, ejecuciones sumarias o extrajudiciales (escuadrones de la muerte), desapariciones, tortura– producidas bajo el régimen previo.

La purificación es una de las muchas opciones abiertas frente al fin de este proceso. Aunque esta política específica (y el propio término) se ha limitado a ciertos países de Europa del Este, se trata simplemente de una variante en el repertorio general de respuestas a las violaciones de derechos humanos del pasado. Cada país que transita el proceso de democratización tiene que decidir qué debe hacerse con la policía secreta, con los torturadores, con los escuadrones de la muerte, con los informantes, y con los colaboradores del viejo régimen y sus superiores políticos. ¿Sus actos deberían ser investigados? ¿Deberían ser perseguidos, expuestos, hechos responsables y castigados? ¿O –para dejar cicatrizar viejas heridas para alcanzar la reconciliación nacional, para preservar una frágil democracia– debería permitirse que el pasado se aleje, y que los violadores de derechos humanos se beneficien con la amnistía, impunidad, olvido, y reinserción en el nuevo orden social?

## B. Temas

Este contexto más amplio que he elegido para situar el debate sobre la purificación plantea muchos temas complejos, que incluyen la historiografía acerca de cómo se recupera y reconstruye el pasado, los debates morales sobre responsabilidad por acciones que fueron una vez legalizadas por la política gubernamental, las cuestiones jurídicas y normativas sobre el debido proceso, sobre las posibilidades de juzgar retrospectivamente y sobre la aplicación efectiva de la ley, las cuestiones sobre el alcance del derecho internacional, entre otras. Me limitaré a intereses de dos tipos: primero, aquellos provenientes de la criminología y de la sociología del delito, del castigo y del control social y, segundo, aquellos provenientes de la comunidad internacional de los derechos humanos. Estos dos intereses están ligados –no tan explícitamente como debieran– por el concepto de "crímenes del Estado".

## 1) Criminología

Existen problemas obvios en "aplicar" simplemente la criminología a este debate. Primero, con algunas excepciones aisladas, la criminología occidental dominante ha prestado poca atención a los crímenes del Estado o a la categoría más amplia de "crimen político", a pesar de la aceptación de los delitos de las corporaciones, delitos contra el medio ambiente, etc., como pertenecientes a la más amplia categoría de "delitos de los poderosos" o "abusos de poder" y a pesar de la influencia de una victimología radical que identificó a las víctimas de tales abusos. Segundo, aún los campos más amplios de la sociología del castigo y del control social se han limitado a las democracias occidentales estables y no han tratado con el tipo de sociedades donde están sucediendo las transiciones radicales<sup>2</sup>. Esto es verdad incluso para una teoría revisionista o crítica del control social en sus variantes centradas en el Estado o inspiradas en FOUCAULT. Tercero, los debates convencionales sobre la justicia criminal suponen que la sociedad enfrenta conductas dañosas, perjudiciales o normativamente inaceptables contra sus propias reglas y normas actuales. La relevancia de tales debates no es clara cuando la autoridad actual no es la misma que existía cuando la ofensa fue cometida y, además, cuando los infractores fueron investidos de poder por la misma autoridad existente en esa época.

A pesar de estos problemas trataré de sugerir algunos puntos de contacto entre los debates convencionales sobre la justicia criminal y los debates más políticos sobre la justicia durante las transiciones democráticas. Más que establecer una lista de estos puntos, los presentaré en la discusión sustantiva de la cuestión. La expresión "tomar decisiones políticas sobre el pasado", reflejada en el título, no pretende más que expresar una laxa analogía entre las formas en las cuales estas sociedades enfrentan los crímenes estatales de regímenes previos y las formas más comunes en las que todas las sociedades enfrentan sus problemas criminales "ordinarios". En la sección final volveré sobre los usos de esta analogía.

## 2) Derechos humanos

Si el itinerario criminológico sobre estas cuestiones es un tanto opaco, la literatura sobre derechos humanos está obvia y muy directamente conectada con el tema de la responsabilidad por crímenes estatales del pasado. Efectivamente, el tema siempre ha preocupado al movimiento de derechos humanos y ha adquirido una nueva urgencia debido a las dra-

<sup>2</sup> Para una especulación acerca de cómo podría ser relevante para sociedades en transición esta literatura revisionista, ver COHEN, Stanley: *Social Control and the Politics of Reconstruction*, en D. NELKEN (ed.), *The Futures of Criminology*, Sage, Londres, 1994.

máticas transiciones de la última década. Organizaciones tales como Amnesty International y Human Rights Watch tienen una clara posición formal: aquellos que cometieron groseras violaciones a los derechos humanos deben ser considerados responsables de sus crímenes.

Esto significa, primero, realizar investigaciones judiciales públicas e independientes para establecer la responsabilidad individual o colectiva y, dado que las violaciones fueron endémicas, investigar tanto patrones de abusos como casos individuales. Segundo, significa llevar a los violadores a la justicia, a través de un juicio desarrollado de acuerdo al Estado de derecho y con sanciones apropiadas. Tercero, supone la oposición a las leyes de amnistía y a toda otra política que inmune de la exposición, procedimientos penales o acciones civiles por daños a aquellos que han cometido groseras violaciones.

Detrás de este consenso formal, no obstante, existen —como veremos— llamativas diferencias dentro de la comunidad de derechos humanos, incluso sobre los aspectos relevantes más conflictivos: una estricta política de responsabilidad penal contra una preferencia por la reconciliación.

## C. Desarrollo

Aun siendo recientes, las transiciones ya han generado una serie de debates ricos y densos dentro de cada sociedad que ha encarado crímenes estatales de los regímenes previos, desmantelando un aparato de represión y creando o restaurando lo que con alguna variedad se ha denominado "Estado de derecho", "democracia" o "sociedad civil". Clasificaré cinco debates superpuestos, ilustrando también cómo han sido resueltos en la práctica algunos de ellos. A veces, cuando estos debates aparezcan en secuencia, me referiré a ellos como "fases". A veces me referiré a cada grupo de debates como "discurso", no para indicar ningún compromiso metateórico con el "análisis del discurso", sino porque el término ha entrado en el uso cotidiano para referirse a agrupamientos distinguibles de conocimiento teórico y a su práctica asociada—.

El primero es el debate sobre el *conocimiento*. Esto, es conocido en la comunidad de derechos humanos, como la "fase de verdad" del proceso de rendición de cuentas. Se trata de un sentido más complejo que el mero descubrimiento de evidencia de hecho: significa enfrentar o hacerse cargo del pasado. A veces esta tarea se percibe como un objetivo en sí mismo (enfrentar la verdad), que debe ser alcanzado por una "comisión de la verdad" u organismo similar. Otras veces está intrínsecamente vinculado con decidir qué hacer con violadores individuales o metas sociales más amplias tales como la reconciliación. Dedicaré un espacio desproporcionado a este debate, ya que genera muchos temas de gran repercusión.

En segundo término está la *responsabilidad*: qué hacer concretamente con los criminales del Estado, en los varios niveles de jerarquía del anti-



guo régimen. Obviamente, se trata del discurso más relevante para la criminología y el trabajo jurídico en derechos humanos. Esta es la llamada "fase de justicia"<sup>3</sup>. La fuerte presión por la justicia, a favor de hacer algo, toma tres formas: a) castigo de acuerdo al modelo tradicional del derecho penal; b) compensación para las víctimas y/o sus familias, y c) purificación, término que ha sido usado, principalmente en Europa del Este, para describir la purga masiva, especialmente a través de la destitución o remoción y de la descalificación para puestos gubernamentales.

En tercer término, está la impunidad. Esto es lo opuesto a todas las formas de responsabilidad. Bajo el rótulo de varios términos legales y cuasi-legales tales como "amnistía", "inmunidad" e "indemnidad", el argumento y la práctica consiste aquí en cancelar las sanciones legales previas y/o no iniciar ninguna acción nueva contra las violaciones cometidas durante el régimen previo. Las razones ofrecidas —como veremos— van desde las absolutamente coyunturales hasta las más principistas.

En cuarto lugar está la expiación, la percepción inmediata de que la enormidad de lo que sucedió en el régimen anterior requiere respuestas más radicales que la mera designación de una comisión de investigación, el castigo a unos pocos responsables seleccionados o su expulsión de sus puestos de trabajos. Se necesita alguna clase de "higiene ritual" —la purificación es uno de tales métodos— para remover elementos impuros o formas de pensar a fin de que pierdan su poder.

Finalmente, están los objetivos políticos duales de reconciliación y reconstrucción. Estos buscan tratar los problemas de la transición fuera de los marcos legales de responsabilidad, mirando hacia adelante más que hacia atrás. Se trata de reconciliar a los enemigos previos entre sí y de unirlos en la reconstrucción (o nueva construcción) de la democracia.

Aun a riesgo de alguna generalización exagerada, trataré de identificar divisiones conceptuales comunes y dilemas políticos. La sección final especula acerca de la relevancia del debate de la "justicia en transición" para el estudio más amplio del control social.

## Hacerse cargo de los crímenes del Estado

### A. Conocimiento: la "fase de la verdad"

Hacerse cargo del pasado es conocer exactamente qué sucedió, decir la verdad, enfrentar los hechos. Existen muchos obstáculos viejos y bien

<sup>3</sup> Existe alguna inconsistencia en la terminología. A veces se usa "responsabilidad" como término amplio para cubrir todos los modos de tratar con el pasado. De esta manera "verdad" y "justicia" son formas de responsabilidad. A veces, "responsabilidad" se usa sólo en su sentido legal más estricto, como sinónimo de justicia. Mi tipología está basada en esta segunda noción, más restringida.

conocidos para esta empresa, así como uno más bien nuevo: el deslizamiento del "pasado", la "verdad" y los "hechos" a través del agujero negro postmoderno.

A nivel individual operan los complejos mecanismos psíquicos que nos permiten "olvidar" la información displacentera, amenazadora o terrible. Se excluyen y filtran recuerdos de lo que hemos hecho, de lo que hemos sufrido, de lo que hemos visto o escuchado. Tal olvido es una negación del pasado, una amnesia personal que evita que el individuo recuerde sentimientos o incidentes perturbadores<sup>4</sup>.

A nosotros nos interesa más el nivel colectivo, lo que algunas veces se denomina "amnesia social" —el modo de olvido a través del cual una sociedad entera se desprende del registro de su pasado indeseable—. Esto podría suceder a un nivel organizado, oficial y consciente —el ocultamiento deliberado, reescribir la historia— o a través del tipo de desplazamiento cultural que ocurre cuando la información desaparece. Permítanme comentar brevemente estos dos tipos de negación colectiva.

Primero, hay intentos organizados por tapar el registro de las atrocidades del pasado. El ejemplo más cercanamente exitoso de la era moderna son los ochenta años de negación oficial por los sucesivos gobiernos turcos del genocidio contra los armenios, sucedidos en 1915-17, en el cual un millón y medio de personas perdió su vida<sup>5</sup>. Esta negación ha sido sostenida por propaganda deliberada, mentiras y ocultamientos, falsificación de documentos, supresión de archivos, y soborno de académicos. Occidente, especialmente los Estados Unidos, ha actuado conniventemente al no denunciar las masacres ante las Naciones Unidas, al ignorar ceremonias recordatorias, y al rendirse a la presión turca ante la OTAN y otras arenas estratégicas de cooperación.

El ejemplo menos exitoso, por supuesto, es la así llamada historia revisionista de la aniquilación de judíos europeos, la que descarta totalmen-

<sup>4</sup> En nuestro contexto, esto podría ser llamado el "Síndrome Kurt Waldheim". Existen dos síntomas: 1) "En ese tiempo, no sabía lo que estaba sucediendo", y/o 2) "Podría haber sabido en ese momento, pero después lo olvidé todo". El síndrome apareció en el juicio de Versailles de marzo de 1994 contra Paul Touvier, colaborador francés con los nazis durante la guerra. Preguntado acerca de si era conciente de los decretos anti-judíos del gobierno de Vichy, replicó, "No, eso me lo perdí". "¿Sabía sobre las deportaciones masivas a Alemania?", "No teníamos televisión entonces. No sabía sobre eso" o "No lo recuerdo. Era todo demasiado complicado para mí". GUMBEL, Andrew, *Touvier Retreats into Forgetfulness*, "Guardian", 3 de marzo, 1994.

<sup>5</sup> Para introducirse en esta literatura, ver HOVANISSIAN, Richard G., *The Armenian Genocide*, en Israel CHARNY (ed.), 1. *Genocide: A critical Bibliographic Review*, Mansell, Londres, 1988; y SMITH, Roger W., *Denial of the Armenian Genocide*, en Israel CHARNY (ed.), 2. *Genocide: A Critical Bibliographic Review*, Mansell, Londres, 1991.

te el evento como si se tratara de un "engaño" o un "mito". Por más fanática, marginal o simplemente insana que sea literatura esta literatura, merece cierta atención ya que las técnicas de esta negación histórica particular se nutren en un repertorio estándar usado en otros sitios. En efecto, el éxito parcial de los "revisionistas" —al provocar una contrarrespuesta y al otorgar incluso "respetabilidad formal" a la retórica de la negación— sugiere cuánto más fácil es que otros casos más oscuros sean olvidados y negados. Mucho antes de que las atrocidades producidas en Rwanda en 1994 recibieran la atención de los medios, LAMARCHAND se refirió al olvido de Occidente de las masacres genocidas en Rwanda y Burundi como "la política de la amnesia étnica"<sup>7</sup>.

Tal olvido pertenece al segundo tipo de negación colectiva, que es menos el resultado de una campaña planeada y conciente que un proceso de desplazamiento en el que el conocimiento incómodo es reprimido. Aquí ingresamos en el área gris bosquejada por el psicoanálisis y la teoría cognitiva. ¿En qué sentido podemos decir que "sabemos" sobre algo respecto de lo que profesamos no saber? Si dejamos algo fuera de nuestro conocimiento, ¿lo hacemos conciente o inconcientemente? ¿Bajo qué condiciones es probable que tal negación tenga lugar? ¿Sobrecarga de información? ¿Insensibilización?

Es difícil saber cuándo la negación y el olvido sobre el pasado de la propia sociedad son absolutamente individuales, cuándo se ven fortalecidos por abundantes recursos del Estado, o cuándo resultan de una amnesia colectiva menos conciente. En cada caso, las expresiones son similares: "Nosotros no sabíamos", "Nosotros no vimos nada", "No podría haber sucedido sin que nosotros supiéramos" (o "Podría haber sucedido sin que nosotros supiéramos"), "Es imposible que sucedan cosas como esta aquí",

<sup>6</sup> Mucha atención se concedió al sorprendente dato que surgió de una encuesta Roper realizada en 1993: alrededor del 22% de una muestra de la opinión pública estadounidense pensaba que el Holocausto nunca ocurrió, y otro 12% ni siquiera sabía que hubiera ocurrido. Críticos de la encuesta demostraron que las preguntas estaban mal formuladas (a través de un doble negativo) y que el alcance del desconocimiento se sobreestimaba groseramente. Una encuesta Gallup posterior encontró que el 83% pensaba que el Holocausto efectivamente sucedió, el 13% que probablemente sucedió, y el 4% que no sucedió o que no tenía ninguna opinión al respecto. De acuerdo a una encuesta Roper de marzo de 1994, el 1.1% de la población pensaba que era posible que nunca hubiera sucedido, y el 7.7% no sabía. Sin embargo, el desconocimiento parecía más el resultado de la ignorancia que de un compromiso ideológico con el movimiento de negación del Holocausto. Sobre estos datos e interpretaciones, ver LIPSTADT, Deborah, *Preface of the Paperback Edition*, en *Denying the Holocaust: The Growing Assaults on Truth and Memory*, Penguin, Nueva York, 1994; y *New Poll Shows only 1.1% of Americans Doubt Holocaust*, "Jewish Bull.", 15 de julio de 1994.

<sup>7</sup> LAMARCHAND, Rene, *Burundi*, en Helen FEIN (ed.), *Genocide Watch*, Yale University Press, New Haven, Conn., 1992.

"No podés creer en la fuente de tu información" (víctimas, simpatizantes políticos, operadores de derechos humanos, historiadores, periodistas, son todos tendenciosos, parcialmente informados o ignorantes).

Recuperar los registros pasados de atrocidades presenta variados grados de dificultad en los tres grupos de transiciones actuales. Estas son las diferencias que una investigación comparada sería debería examinar. O bien el actual régimen tiene algún interés en suprimir el pasado (esto es, en estimular la amnesia cultural) o, por el contrario, tiene un fuerte interés en diferenciarse él mismo del pasado y en cosechar los beneficios de decir la verdad como forma de maximizar su legitimidad. En algunos casos, los hechos son rápidamente recuperables porque fueron meticulosamente grabados en su momento. En otros casos, aún con la mejor voluntad política, los hechos del pasado son irre recuperables porque sus marcas fueron obliteradas. A veces el régimen previo sabía que era sólo temporario, y que sus archivos serían objeto de investigación en el futuro. En otros episodios históricos bien conocidos, las autoridades nunca anticiparon que habría un "después", en el que sus acciones pudieran ser juzgadas desde un punto de vista diferente del propio.

Estas importantes diferencias determinan cómo enfrentan las democracias emergentes tres formas comunes de negación. Primero, la esencia de violaciones tales como las desapariciones y los asesinatos de los escuadrones de la muerte es la de negarlas en su momento y con posterioridad. Segundo, existe un sentido psicológico por el cual los perpetradores niegan las atrocidades incluso cuando ellos las cometen<sup>8</sup>. Tercero, hay una retórica estándar en las respuestas oficiales de los gobiernos a las denuncias de violaciones a los derechos humanos. Esta retórica contiene tres elementos, que a veces aparecen en secuencia, aunque más a menudo lo hacen simultáneamente:

1. "Nada sucedió": no hubo masacre; nadie fue torturado; gente como nosotros no hace cosas como esas; todos están mintiendo.
2. Usualmente, en respuesta a la evidencia de periodistas, organizaciones de derechos humanos, víctimas e historiadores (tumbas exhumadas, testimonios de testigos oculares, testimonio grabado en vídeo, informes de autopsias), la respuesta es "Sí, algo sucedió, pero no es lo que ustedes dicen ni lo que parece ser, sino otra cosa." (hubo un "traslado de población", no un genocidio; un "daño colateral", no una matanza de civiles; hubo "moderada presión física", no tortura<sup>9</sup>; un "incidente aislado", no un patrón sistemático).

<sup>8</sup> Ver CHARNY, Israel, *The Psychology of Denial of Known Genocide*, en CHARNY, 2. *Genocide*, cit.

<sup>9</sup> "Moderada presión física" es el término usado en el discurso legal israelí para negar el uso de tortura contra los detenidos políticos palestinos; ver COHEN, Stanley, *Talking about Torture in Israel*, 6 Tikkun, noviembre de 1991, ps. 23-30.



3. El subtexto crucial: "Lo que sucedió estaba de todos modos justificado". Es decir, "nosotros actuamos por razones moralmente buenas, incluso nobles: en defensa de la seguridad nacional, en guerra contra el terrorismo, por la revolución, para proteger la democracia, en el nombre del Islam (o del Sionismo, o del socialismo, o del mundo libre, o lo que sea)".

En la "fase de la verdad" de las transiciones sociales, la recuperación o descubrimiento del pasado constituye un violento ataque sobre todas estas formas de negación, personal y colectiva, el encubrimiento ciente y el olvido conveniente, la red denominación eufemística. Este proceso puede ser tan doloroso como sus metáforas comunes lo implican: desenterrar tumbas, abrir heridas, y depende mucho de la relación entre el régimen actual y el pasado. Dado que no hay casos históricos de cambio total de régimen —de desplazamiento completo de todo agente de poder e influencia— la fase de conocimiento se ve siempre comprometida por el hecho de que mucha gente que está en el poder durante el régimen democrático de transición o definitivo estuvo involucrada en crímenes del pasado o (más comúnmente) resultó connivente con ellos a través de su silencio. Las revelaciones pueden resultar políticamente incómodas para aquellos que tienen algo que esconder, y abren un pasado demasiado peligroso para reconocerlo hoy<sup>10</sup>.

Esto es incluso más verdadero cuando el cambio no es violento, repentino o revolucionario, sino el resultado de un descongelamiento gradual o del lento desarrollo, y posterior colapso imprevisto, de los regímenes comunistas estatales. En la ex Unión Soviética, por ejemplo, el terrible legado del pasado sólo está siendo explorado gradualmente y de mala gana. Ha habido admisiones de las mentiras oficiales sobre incidentes individuales (por ejemplo, la masacre de Katyn), pero no una investigación formal general por parte del gobierno, ni una revelación de los crímenes estatales. Esta tarea ha quedado circunscripta a organizaciones privadas tales como Memorial, establecida en 1989 para reunir documentos y testimonios. Esta organización comenzó siendo un movimiento popular para revelar la verdad sobre la represión estalinista y para homenajear las víctimas, y se transformó en un proyecto educacional dedicado a la defensa de los derechos humanos<sup>11</sup>. Pero a diferencia de otras sociedades en las que los militantes de derechos humanos han pasado de la oposi-

<sup>10</sup> Un ejemplo inolvidable de este proceso es representado en una película de Michael Verhoven de 1990, *Nasty Girl*, basada sobre la historia real de una chica, Ana Rosmus, que desentraña despiadadamente los vínculos nazis de prominentes ciudadanos de su pequeño pueblo alemán, Passau.

<sup>11</sup> LURIE, Theodora, *Making Rights Real*, Informe de la Fundación Ford, verano de 1993.

ción a ocupar un lugar principal, y también debido al tiempo transcurrido desde los peores horrores, la fase de la verdad no se ha vinculado a reclamos de justicia.

En Alemania Oriental, la ex Checoslovaquia y Rumania, la fase de conocimiento estuvo —al menos inicialmente— más vinculada a demandas de castigo individual o la política purgatoria de la purificación. La fase de la verdad tomó la dramática forma de "abrir los archivos". Los sucesos mejor conocidos tuvieron lugar en Alemania Oriental. Multitudes furiosas tomaron por asalto la *Stasi* (cuarteles generales de la ex policía secreta comunista) en los tempranos años 90: los archivos fueron incautados, expuestos y hechos públicos: la oficina del ex ministro de seguridad fue abierta como un "museo *Stasi*". Una ley de enero de 1992 garantizó a todos los ciudadanos el acceso a los expedientes. Aún continúan las revelaciones controladas sobre una de las sociedades más espiadas que jamás existió: unos 100.000 agentes con "dedicación exclusiva", unos 300.000 informantes informales, traiciones efectuadas por amigos, colegas y familiares cercanos, 6 millones de expedientes en los archivos.

La mayoría de los casos latinoamericanos en los que juntas militares entregaron el poder a gobernantes civiles derivaron en investigaciones más organizadas, rituales e institucionalizadas. Se realizaron investigaciones oficiales y altamente publicitadas, con nombres apropiados tales como la "comisión de la verdad". Cada una tiene su propia y fascinante historia.

En Brasil, por ejemplo, existió un proyecto subterráneo mantenido totalmente en secreto durante cinco años para documentar cada abuso del régimen militar, entre 1964 y 1979<sup>12</sup>. El proyecto fue llevado adelante por un equipo voluntario bajo la dirección de organizaciones de la iglesia y culminó con la publicación de Brasil: *Nunca Mais* en 1985. Toda la información fue extraída de registros oficiales del mismo régimen, transcripciones palabra por palabra de juicios militares respecto de los cuales jamás se tuvo la intención de que fueran leídos por el público. La propia arrogancia del poder hizo que el viejo régimen diera por sentado que nunca cambiaría.

La cantidad de documentación del Brasil —las historias de 17.000 víctimas, detalles de 1.800 episodios de tortura, todo reunido en un millón de páginas— actualiza un asunto revelado nuevamente por la reciente finalización del brutal régimen de 34 años de duración del presidente Stroessner, en Paraguay. Cuando los grupos de derechos humanos y los abogados irrumpieron en los cuarteles generales de la policía central en 1992, encontraron registros de cada tortura y desaparición. FOUCAULT de-

<sup>12</sup> La historia es dramáticamente contada por Lawrence WESCHLER en *A Miracle, a Universe: Settling Accounts with Torturers*, Penguin, Nueva York, 1990 (WESCHLER, *Miracle*).

bería haber sabido que la "sociedad del expediente" tiene sus usos progresistas: sin esta urgencia burocrática y compulsiva de registrar cada detalle, aunque sea repugnante, el conocimiento completo de los sucesos nunca hubiera sido posible.

Argentina y Chile son los dos casos más citados en el debate interno de derechos humanos sobre responsabilidad. En Argentina, inmediatamente después del colapso de la junta militar y con el traspaso del poder en 1983, el presidente Raúl Alfonsín estableció una comisión civil (Conadep -la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas-) para investigar las "desapariciones" durante los precedentes 8 años de gobierno militar, cuando unas 9.000 personas fueron secuestradas, torturadas, asesinadas, y se dispuso secretamente de sus cuerpos. El informe de la Comisión (posteriormente publicado como libro best-seller, *Nunca Más*, denominado así a partir del caso de Brasil) analiza la entera maquinaria del terror de Estado que operó durante los años de la junta describiendo cada detalle sobre los secuestros, tortura, encarcelamiento clandestino y asesinato.

El informe argentino muestra que un nuevo gobierno democrático, trabajando con organizaciones de derechos humanos, puede establecer la dolorosa verdad de la represión que tuvo lugar algunos años antes. La empresa fue también única por estar vinculada desde el inicio a la exigencia de responsabilidad: esto es, la verdad debe conducir a la justicia. De hecho, las persecuciones penales comenzaron inmediatamente. Pero, como veremos, algo anduvo mal. La historia se transformó en -de acuerdo al título de la crónica de America's Watch- Verdad y justicia parcial<sup>13</sup>.

En Chile, la Comisión Nacional sobre la Verdad y la Reconciliación establecida por el nuevo gobierno democrático del presidente Aylwin en abril de 1990 no fue menos minuciosa pero, como su título indica, no estuvo vinculada con cuestiones de castigo o responsabilidad jurídica. Su extenso informe<sup>14</sup> documenta 4.000 casos y reporta cada uno de los 2.000 asesinatos y desapariciones cometidas por el gobierno anterior. El informe nombra a todas las víctimas -aunque a ningún perpetrador de las violaciones-. También describe el contexto político preciso y los métodos de re-

<sup>13</sup> *Truth and Partial Justice in Argentina: An Update*, Americas Watch Report, Nueva York, abril de 1991.

<sup>14</sup> Ha sido publicada la versión en inglés en dos volúmenes de este documento esencial entre las crónicas de los crímenes de Estado; *Report of the Chilean National Commission on Truth and Reconciliation*, South Bend, Indiana, University of Notre Dame Press, 1993 (*Report of the Chilean Commission*). Debe prestarse especial atención a la introducción de José ZALAQUETI, miembro de la comisión y figura central en el debate de derechos humanos sobre justicia en transición.

presión usados por el régimen militar. Los resultados fueron ampliamente publicitados y presentados individualmente a las familias de todas las víctimas.

En El Salvador se estableció una Comisión de la Verdad -bajo los Acuerdos de Paz gestionados por las Naciones Unidas en 1992- para investigar abusos pasados cometidos por el gobierno y la oposición. Un incidente característico que se investigó fue la masacre de El Mozote de 1981 -la mayor masacre en la historia moderna de América Latina- donde miembros de la Brigada Atlacatl -entrenada en los Estados Unidos- asesinaron sistemáticamente a unas 794 personas, muchas de ellas niños pequeños<sup>15</sup>. Tanto el gobierno salvadoreño como el norteamericano negaron oficialmente la masacre por diez años; el periodista del "New York Times" que reveló la historia fue retirado de Centroamérica bajo presión del Departamento de Estado. Con el informe, las tumbas masivas han sido exhumadas, pero con poca perspectivas de reclamar responsabilidades<sup>16</sup>.

Permítanme terminar esta sección sobre la "fase de la verdad" con dos preguntas. Primero, ¿por qué resulta tan importante decir la verdad? Segundo, ¿qué relación existe entre los proyectos de conocimiento (verdad) y responsabilidad (justicia)?

i) Para los que sobrevivieron al régimen anterior, sea como agentes activos para provocar su colapso o como meros observadores históricos, el principal impulso que existe detrás del hecho de contar la verdad (por difícil que resulte sostener esta idea hoy en día) yace en el valor de la verdad en sí mismo. Después de generaciones de negaciones, mentiras, encubrimientos, y evasiones, mucha gente tiene un poderoso, casi obsesivo, deseo de saber exactamente qué pasó. Escribiendo en particular sobre víctimas de tortura, WESCHLER señala que a menudo la demanda de verdad se siente más urgentemente que la demanda de justicia. La gente no necesariamente quiere que sus antiguos torturadores vayan a la cárcel, pero quiere ver establecida la verdad. Esta es "una noción misteriosa, poderoso-

<sup>15</sup> La historia completa de la masacre de El Mozote -cómo sucedió, cómo fue ocultada por los gobiernos salvadoreño y estadounidense, y cómo logró ser revelada- es relatada por Mark DANNER, *The Truth of El Mozote*, "New Yorker", 6 de diciembre de 1993. Danner interpreta el episodio como una parábola de la Guerra Fría. Ver también *El Salvador: the Massacre at El Mozote: The Need to Remember*, Americas Watch Newsletter, 4 de marzo de 1992.

<sup>16</sup> Al momento de escribir este artículo (agosto de 1994) es todavía muy temprano para conocer los términos exactos de referencia de la propuesta de la Comisión de la Verdad en Sudáfrica. Es probable que haya una investigación completa sobre los patrones de graves abusos, pero que se conceda inmunidad a todos los perpetradores que revelen y admitan crímenes cometidos en nombre del apartheid.



sa, casi mágica porque a menudo todo el mundo conoce la verdad –todo el mundo conoce quiénes fueron los torturadores y qué hicieron, los torturadores saben que todo el mundo sabe, y todo el mundo sabe que ellos saben–. ¿Por qué, entonces, esta necesidad de arriesgar todo para hacer explícito ese conocimiento?<sup>17</sup>

Estoy de acuerdo con WESCHLER en que la mejor respuesta a esta pregunta fue dada por el filósofo Thomas NAGEL en una reciente conferencia sobre el castigo de los crímenes del Estado<sup>18</sup>. La respuesta se basa en la distinción entre conocimiento y reconocimiento. El reconocimiento es lo que le sucede al conocimiento cuando se lo adopta oficialmente y entra en el terreno de lo público. Como HAVEL y otros han demostrado tan elocuentemente, hay poca necesidad de revelaciones históricas “nuevas” en las sociedades de los estados socialistas europeos. La mayoría de la gente sabía en el momento qué había sucedido en el pasado y mantuvo esta información en su conciencia y memoria privada; nadie creyó realmente las mentiras oficiales. El deseo –al menos para algunos– fue convertir este conocimiento privado en reconocimiento oficial y público.

La purificación es una de las formas de hacer esto. Pero además de sus defectos morales y legales, se trata de un método técnicamente inconveniente de contar la verdad. La verdad se basa en la acumulación de detalles individuales –quién le hizo qué a quién– y no en una descalificación genérica de todo aquel contaminado por el antiguo sistema.

ii) Un impulso más específico detrás del hecho de contar la verdad es la especial sensibilidad de las víctimas. Esto es particularmente agudo en el caso de la familia y amigos de las personas “desaparecidas”. Aun perdida por completo la esperanza de encontrar a los seres queridos con vida, existe un deseo desesperado de saber qué sucedió con ellos. Para las víctimas de la tortura la necesidad es igualmente dramática. Parte de la retórica oficial alrededor de la tortura es negar su existencia. Es frecuente que el torturador diga a la víctima: “grita todo lo que quieras... nadie lo sabrá nunca.” Ariel DOREMAN describe en su estudio sobre la literatura testimonial latinoamericana<sup>19</sup> el devastador doble problema de tales víctimas: primero, son acusados de ser mentirosos; segundo, tienen que confrontar la retórica oficial de que lo que soportaron estaba justificado porque ellos

<sup>17</sup> WESCHLER, *Miracle*, p. 4.

<sup>18</sup> *State Crimes: Punishment or Pardon?* (trabajos e informe de un seminario organizado por el Programa Justicia y Sociedad del Aspen Institute (WYE Center, Colo., Aspen Institute, 1989 (Aspen Institute, *State crimes*).

<sup>19</sup> DOREMAN, Ariel, *Political code and Literary Code: The Testimonial Genre in Chile Today*, en *Some Write To the Future*, p. 141, Duke University Press, Durham, N. C., 1991.

eran culpables de crímenes terribles. Aun cuando contar la verdad pueda ser más importante para algunas víctimas que la retribución, cualquier clase de amnistía a los torturadores permite, en forma horrible, que este doble problema persista<sup>20</sup>.

iii) Una última justificación del hecho de contar la verdad yace en el sentimiento de “nunca más”, que encarna la eterna esperanza de que la exposición del pasado sea suficiente para evitar su repetición en el futuro. El debate toca aquí el terreno familiar de la teoría de la prevención. Lo que se afirma es que si es probable que los perpetradores no castigados repitan sus crímenes pasados (impunidad), entonces será aun más probable que los repitan si nadie se molesta siquiera en buscar y registrar lo que hicieron. Quizás más plausiblemente, el efecto preventivo puede provenir de que el hecho de contar la verdad debilite el potencial apoyo a cualquier repetición futura de los mismos abusos.

Pero las teorías preventivas de tipo criminológico resultan deficientes para enfrentar los problemas más profundos acerca del “aprender de la historia” planteado por estos particulares casos de reconstrucción social. Dejando a un lado el actual escepticismo postmoderno respecto de la fe iluminista acerca de las posibilidades de tal aprendizaje, nos vemos enfrentados a la brutal realidad política de que, a pesar del conocimiento sobre el pasado, las mismas instituciones represivas se reproducen en un orden social diferente. Además, como ya he notado, existe bastante evidencia que permite sugerir que en el momento de planificar y actuar algunos perpetradores de aberraciones “anticipan” las técnicas de negación y encubrimiento que serán usadas más tarde. Esta oscura posibilidad debería reforzar más que debilitar nuestra fe en el potencial preventivo de contar la verdad. “¿Quién, después de todo,” se preguntaba Adolfo Hitler en agosto de 1939, “habla hoy de la aniquilación de los armenios?”.

Por todas estas razones, entonces, nosotros tenemos comisiones de la verdad, investigaciones gubernamentales, reportes de derechos humanos, investigación académica, y equipos de expertos forenses viajando por el mundo, explorando los oscuros secretos de las fosas comunes. Obviamente

<sup>20</sup> Aunque hay acuerdo entre aquellos que trabajan con las víctimas de la tortura sobre el valor terapéutico del testimonio –la necesidad de dejar a los sobrevivientes contar su historia completamente y sin incredulidad– hay menos acuerdo sobre si esto debería hacerse en establecimientos puramente terapéuticos, en investigaciones públicas o a través del proceso judicial. Para un sumario de la perspectiva de las víctimas que tratan con crímenes estatales del pasado, véase CRELSTEN, Ronald D., *After the Fall: Prosecuting Perpetrators of Gross Human Rights Violations*, PIOOM Report, verano de 1993, ps. 4-7. Ver también manuales prácticos tales como RANDALL, G. R., y LUTZ, E., *Serving Survivors of Torture: A practical Manual for Health Professionals and other Service Providers*, American Association for the Advancement of Science, Washington D. C., 1991.

te, estas empresas no son siempre bienvenidas, viéndose enfrentadas a profundos obstáculos: problemas técnicos de memoria, la oposición política de aquellos que tienen algo que ocultar; y el a veces genuino pero otras veces no desinteresado sentimiento de que las viejas tumbas deben permanecer sin abrir, que se debe permitir que las heridas cicatricen, que debemos olvidar y perdonar.

Regresaré a estos sentimientos cuando discuta la cuestión de la responsabilidad, ya que aun aquellos que no quieren olvidar pueden preferir perdonar. ¿Debería la etapa de la verdad conducir inevitablemente a la justicia? ¿Son los rituales de la acusación, prueba, atribución de culpabilidad y vergüenza o castigo necesarios para convertir el conocimiento privado en reconocimiento público? En términos formales de derechos humanos, la razón que conduce a investigar y generar conocimiento es efectivamente solo la de identificar a los responsables y hacerlos rendir cuentas por sus actos<sup>21</sup>.

En la práctica, esto rara vez sucede. Probablemente no ha habido ninguna instancia histórica en la que se haya implementado algo remotamente parecido a una política exhaustiva de responsabilidad penal. En los actuales casos de cambio de régimen, rara vez se dota a las investigaciones sobre el pasado de atribuciones que vayan más allá de la recopilación o registro de información. La búsqueda de conocimiento no es la primera fase en el proceso de hacerse cargo del pasado, sino la única fase. Aquí termina la cuestión. La función latente de la investigación es la de abortar todo sentido de responsabilidad: no hay voluntad política de ir más lejos, la investigación queda interminablemente empantanada (se destruye la evidencia, los testigos pierden de algún modo su memoria), los investigadores se corrompen, son intimidados, o están vinculados con las fuerzas de seguridad, el sistema de la justicia penal es desesperanzadamente débil e ineficiente. Parte de los informes estándar de derechos humanos consisten en variaciones sobre este tema<sup>22</sup>.

Existe otra relación entre conocimiento y responsabilidad que vale la pena explorar: no si el descubrimiento del pasado "debería" conducir a la responsabilidad sino si los rituales convencionales de prueba de acuerdo

<sup>21</sup> Sobre las obligaciones legales de los gobiernos de investigar y perseguir violaciones a los derechos humanos, ver ROHT-ARRIAZA, Naomi, *State Responsibility to Investigate and Prosecute Human Rights Violations in International Law*, 78 Cal. L. Rev. 449, 1990; y ZALAQUET, José, *Confronting Human Rights Violations committed by previous governments*, 13 Hamline L. Rev. 623, 1990.

<sup>22</sup> Ver International Human Rights Law Group, *Maximizing Deniability: The Justice System and Human Rights in Guatemala*, Washington D. C., julio de 1989; y American Watch & Physicians for Human Right, *Guatemala: getting away with murder*, Nueva York, agosto de 1991.

al modelo del derecho penal ofrecen una forma efectiva de lograr conocimiento. Después de todo, es eso lo que el proceso penal ordinario pretende, tanto en su forma inquisitiva como acusatoria. Y en el terreno político, esta función tiene una historia bien conocida: tanto en los espectaculares procesos-show del estalinismo como en los tantos juicios famosos de la historia que fijaron límites "durkheimianos" —desde el juicio de Jesús a los de Dreyfus, Sacco y Vanzetti, los Rosenberg, Nuremberg, Eichmann—.

La cuestión es aquí si la estrategia legal sirve o solamente oculta y distorsiona la causa de contar la verdad. Un ejemplo reciente y controvertido que planteó estos temas fue el juicio de Klaus Barbie. En ese caso, al igual que en los cambios de régimen de Europa del Este<sup>23</sup>, la justificación del juicio fue explícitamente pedagógica: una oportunidad para la auto-mejora, una lección histórica para la nueva generación. Todos los críticos del juicio de Barbie<sup>24</sup> señalan (sobre muy diferentes fundamentos) el fracaso del juicio como método para generar conocimiento relevante. Por ejemplo, FINKIELKRAUT afirma persuasivamente que la carga del pasado lejano y distante era demasiado pesada. Debido a la particular estrategia usada por la defensa, se confundieron demasiados temas históricos: el significado del nazismo, el antisemitismo y el racismo, la excepcionalidad del Holocausto, el carácter de la ocupación de Francia, el colaboracionismo y la resistencia, la actuación de Francia en Argelia y Vietnam. El resultado fue un juicio postmoderno, un texto del cual nadie pudo aprender demasiado.

El juicio a Barbie y el más amplio fenómeno del revisionismo provocan una última observación para esta sección, de muy directo interés para los criminólogos. Precisamente como respuesta al intento conciente de negar y ocultar el pasado de los "historiadores revisionistas" del Holocausto, se ha generado una fuerte empresa moral destinada a hacer de la negación del Holocausto un delito punible. Esto ya ha sucedido en Francia, y existen movimientos similares todo a lo largo del mundo occidental. El debate se ha planteado en términos legales comunes: por un lado las funciones simbólicas de la ley, las posibilidades de prevención, y los senti-

<sup>23</sup> La versión satírica del juicio de "Stoye Petkanov" de Julian BARNES (*The Porcupine*, Picador, Londres, 1992) (basada lejanamente en Todor Zhivkov, el ex gobernante de Bulgaria) es una fina narración de las ambigüedades de la "verdad" revelada a través de juicios en los ex estados comunistas.

<sup>24</sup> FINKIELKRAUT, Alain, *Remembering in Vain: The Klaus Barbie Trial and Crimes Against Humanity*, Columbia University Press, Nueva York, 1992 (FINKIELKRAUT, *Remembering in Vain*). Para una crítica más excéntrica del juicio de Barbie ver BINDNER, Guyora, *Representing Nazism: Advocacy and Identity at the Trial of Klaus Barbie*, 98 Yale L. J. 1321, 1989.



mientos de las víctimas, y por otro, la defensa de los derechos civiles y la libertad de expresión.

El renacimiento de grupos facistas, racistas y neonazis ha dado a este debate una renovada relevancia política. ¿Se hubiera evitado estos fenómenos con un intento más riguroso (e incluso reforzado legalmente) por conocer el pasado? El uso del modelo de criminalización para el control social de lo que debería conocerse —y hacerse conocido— acerca de la historia plantea otros temas más teóricos a los cuales volveré al final del artículo.

Es demasiado temprano para saber cuáles de las actuales transiciones sostendrán o abandonarán su interés por el pasado, o si alguno de los países involucrados generará su propio equivalente al discurso del Holocausto, que ha motivado gran cantidad de metacuestiones de representación: no sólo si conocer o no, y qué conocer, sino también cómo conocer, recordar, construir monumentos, literatura, historia oral, testimonios, documentales<sup>25</sup>. Nuestra literatura teórica trata principalmente acerca de estos casos emblemáticos, marcados en la conciencia occidental, y no de aquellos lugares remotos cuyas historias se deslizan tan rápidamente fuera del conocimiento.

### B. Responsabilidad: la "etapa de la justicia"

El actual debate de derechos humanos acerca de la responsabilidad se refiere más inmediatamente al precedente de Nuremberg y a la subsiguiente construcción de nuevas categorías de crímenes del Estado contra la humanidad, groseras violaciones a los derechos humanos, crímenes de guerra y genocidio. La creación del derecho humanitario y de los derechos humanos (y la criminalización universal de acciones como la tortura) ofrecen el contexto formal internacional para este debate.

La mayor parte de la literatura sobre este tema invoca la justificación tradicional del derecho penal. El Estado tiene la responsabilidad moral y legal de no ignorar las violaciones del pasado y debe además evitar la venganza salvaje, los arreglos de cuentas, los linchamientos, los juicios y las ejecuciones sumarias de la justicia de ROBESPIERRE. En algunos casos, por supuesto, sigue entendiéndose por "responsabilidad" —como ha sucedido a través de la historia— una herramienta tradicional para purgar al país de los simpatizantes del antiguo régimen y para legitimar más represión. Es-

<sup>25</sup> Para un fascinante estudio reciente de la iconografía de los monumentos —cómo recordamos el pasado, por qué razones, con qué fines, en nombre de quién— ver YOUNG, James E., *The Texture of Memory: Holocaust Memorials and Meanings*, Yale University Press, New Haven, Conn., 1993 (YOUNG, *Texture of Memory*).

to no es exactamente el tipo de responsabilidad que la comunidad de derechos humanos tiene en mente.

El hecho de hacer justicia —independientemente de que se la justifique como prevención o sólo merecimiento, prevención individual o general, o denuncia simbólica— debe llevarse a cabo otorgando a los acusados todos los beneficios del debido proceso y legalidad que ellos nunca ofrecieron a sus víctimas. Es necesario que esto se vea. ZALAQUETT (el más elocuente defensor dentro de la comunidad de derechos humanos de la reconciliación contra la justicia estricta)<sup>26</sup> argumenta convincentemente a favor de los objetivos utilitaristas de hacer efectiva la responsabilidad: evitar la repetición de los abusos y reparar el daño que ellos causaron. El objetivo no utilitarista consiste en establecer y sostener el Estado de derecho como un valor en sí mismo. En ningún caso el castigo se legitima por retribución y venganza, para disciplinar a la oposición política o para producir chivos expiatorios.

Existe consenso formal en la comunidad de derechos humanos sobre la demanda de responsabilidad. En el caso de cambio de régimen, las organizaciones internacionales presionan consistentemente a los nuevos gobiernos y a las potencias que los sostienen (habitualmente los Estados Unidos que, en todos los casos no comunistas, invariablemente apoyaron las represiones de los regímenes anteriores) para que lleven a la justicia a los responsables de los abusos pasados. En las dramáticas transformaciones de los años 80 (aunque no en los casos previos de España, Portugal y Grecia) la decisión de juzgar a los perpetradores de groseras violaciones a los derechos humanos se ve como un signo de buena fe, casi el más importante test de la viabilidad de la democracia emergente<sup>27</sup>.

La cuestión política más complicada es qué hacer si el Estado soberano no asume o no puede asumir tal responsabilidad. Esto conduce al reclamo, incorporado hace tiempo en la agenda de la comunidad de derechos humanos, de establecer alguna forma de Jurisdicción Penal Internacional. De ahí los pedidos para que las Naciones Unidas establezcan un tribunal de crímenes de guerra o "crímenes contra la humanidad", destinado a perseguir a las personas de altos niveles de responsabilidad en las atrocidades de la ex-Yugoslavia.

<sup>26</sup> ZALAQUETT, José, *Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints*, en Aspen Institute, *State Crimes*, ps. 27-70 (citado en nota 18) (ZALAQUETT, *Confronting Human Rights Violations*).

<sup>27</sup> Este criterio fue a menudo citado para juzgar la política exterior de la administración Clinton. Ver, por ejemplo, *Human Rights Watch World Report 1993*, Nueva York, Human Rights Watch, 1993.

Pero dejando de lado la controvertida cuestión de la jurisdicción internacional, existen ya bastantes problemas complejos en la implementación del reclamo de justicia para los nuevos regímenes emergentes. Plantearé primero las tres formas distintas que este reclamo podría adoptar—castigo legal, compensación, y purificación—y luego consideraré los numerosos obstáculos y objeciones para implementar *cualquiera* de esas estrategias.

### 1) Castigo legal

La forma más común de responsabilidad exigida por la comunidad de derechos humanos es la adaptación o adopción del modelo estándar del derecho penal. Esto es, identificar a los responsables individual o colectivamente, acumular la prueba, organizar un juicio ordinario guiado por procedimientos legales estándares, aplicar un castigo adecuado (excluyendo la pena de muerte, que es uniformemente rechazada). Este ha sido el modelo normativo dominante; la versión de Nuremberg es la citada con más frecuencia. Sin embargo, a menudo su adecuación a las actuales transiciones de régimen más que justificarse se supone<sup>28</sup>, y su implementación ha sido en el mejor de los casos inconsistente, y en el peor una parodia.

Los tempranos años de la transición argentina ofrecen quizás la aproximación más cercana a este modelo. En forma paralela al reclamo de verdad, el nuevo presidente ordenó inmediatamente la iniciación de acciones penales contra los líderes de las juntas militares. Se investigó la naturaleza y extensión de sus crímenes; se protegieron las garantías legales de los acusados; se evaluó adecuadamente la culpabilidad; se condenó a los cinco líderes principales a pena de prisión, con lapsos que iban desde cuatro años y medio a reclusión perpetua. Y el proceso judicial pareció satisfacer la demanda de conocimiento público sobre lo que había sucedido. Pronto veremos qué "salió mal" luego de esta fase inicial.

Es conveniente señalar que tanto en la comunidad de derechos humanos como en el más amplio debate público, se han propuesto o acep-

<sup>28</sup> Las experiencias griega, española, y portuguesa son menos citadas. También son útiles los estudios acerca de cómo países de la Europa ocupada por los nazis implementaron diversas formas de responsabilidad por colaboración. Las historias escandinavas son particularmente interesantes, en especial acerca de la cuestión de los "grados" de colaboración y de cómo muchos colaboracionistas sabían sobre el destino que aguardaba a los judíos a cuya deportación ellos ayudaban. Sobre Noruega, ver JOHANSEN, Per Ole, *Norway and the Holocaust*, y sobre Dinamarca, TAMM, Ditliv, *The Trial of Collaborators in Denmark after the Second World War*, en H. TAKALA y H. THAM (eds.), *10 Scandinavian Studies in Criminology*, Norwegian University Press, Oslo, 1989.

tado formas de castigo que acogen el debido proceso pero difieren de las medidas estándar del derecho penal tales como la pena de prisión. La formas propuestas incluyen la remoción de su cargo para policías, soldados, jueces o empleados públicos condenados, la pérdida de derechos de pensión, el juicio político y otros procedimientos de censura pública, y la privación de derechos electorales.

### 2) Compensación

Los debates acerca de las actuales transiciones sociales otorgan mucha menos atención a las diversas formas de compensación, reparación y restitución, a pesar de la importancia de la política original alemana de reparación masiva a las víctimas del nazismo. La estrategia aquí consiste en usar variantes del modelo del derecho civil para ofrecer una compensación material, reconociendo así la dignidad de las víctimas y de sus familias<sup>29</sup>. Así, se ofrece una reparación financiera a las familias, y/o se ayuda a las víctimas de la tortura para que puedan recibir tratamiento y rehabilitación, etcétera.

Esta política podría tener pocos obstáculos si los actuales gobiernos decidieran asumir una responsabilidad objetiva por los delitos de sus predecesores, sin tener que identificar o perseguir a los perpetradores individuales. La reparación es un acto de extrema importancia simbólica, y podría ser más efectivo que el castigo individual en satisfacer la necesidad de las víctimas de reconocimiento de su dignidad. En algunas circunstancias, sin embargo, las reparaciones masivas podrían transformarse en un sustituto del contar la verdad, o en un cierre de cuentas para mantener a la gente tranquila.

La noción de "restitución colectiva" se ha hecho particularmente influyente en Sudáfrica: se trata de reclamar políticas sociales y económicas para "compensar" a los negros por siglos de injusticia. En general, sin embargo, la compensación es rara vez planteada como una alternativa al modelo del derecho penal.

### 3) Purificación

En algunos países latinoamericanos, parte del acuerdo formal de la transición es que los oficiales militares responsables de groseras violaciones a los derechos humanos sean removidos de sus cargos o degradados.

<sup>29</sup> Para un útil sumario de los métodos de compensación a la víctima disponibles tanto para delitos comunes o crímenes del Estado, ver SHAPLAND, Joanna, *Guide for Practitioners Regarding the Implementation of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuses of Power*, Naciones Unidas, A/Conf. 144/20, junio de 1990.



En el caso de que estos acuerdos sean implementados –en la mayoría de los casos, como el del Salvador, han sido ignorados– esto sería una forma de sanción colectiva no dependiente del modelo convencional de derecho penal. Tal purga masiva de la culpabilidad tiene su mayor precedente en el proceso de “desnazificación” iniciado por los Aliados y en la purificación de los colaboracionistas en la Europa ocupada.

Pero a pesar de otros antecedentes, la propia política, y el término “purificación” (*lustration*) en sí mismo ha tomado su connotación especial en los regímenes postcomunistas de Europa Oriental. La cuestión de tomar decisiones políticas sobre el pasado es muy diferente aquí que en las transiciones latinoamericanas. Con pocas excepciones –tales como las persecuciones penales de los ex oficiales de Alemania del Este por matar gente que intentaba cruzar el Muro de Berlín o las persecuciones a los líderes rumanos– el tema en cuestión es la colaboración masiva (a través del silencio, la información, la participación) más que los crímenes individuales o las groseras violaciones a los derechos humanos. No hay denuncias recientes de masacres o desapariciones, prácticas tales como la tortura –más que aparecer como un nuevo instrumento del terror estatal– tienen una larga historia burocrática.

Checoslovaquia, Polonia, Alemania del Este y Hungría han seguido cada uno caminos diferentes. Pero la estrategia común ha consistido en alguna combinación de desenmascaramiento y denuncia individual de agentes e informantes del régimen anterior, o bien en la identificación de categorías completas de personas (por ejemplo, ex oficiales de alto rango del Partido Comunista) y en su remoción de los cargos gubernamentales.

Checoslovaquia ha sido el caso más conocido y mejor documentado<sup>30</sup>. Inmediatamente después de la transición, Havel (y otros) hicieron un llamamiento a realizar un reconocimiento explícito de la responsabilidad colectiva que mantuvo al antiguo sistema. Havel formuló advertencias contra la venganza inmediata y contra el impulso de encontrar chivos expiatorios fáciles. Después de un breve lapso, sin embargo, la gente que sufrió bajo el antiguo régimen quedó consternada por la impunidad de la que disfrutaban los peores colaboradores del sistema anterior. Estos ex servidores públicos no sólo no fueron castigados, sino que además se beneficiaron con el nuevo orden. Tenían incluso la posibilidad de sabotear cualquier mejora democrática. Muchos sintieron que el nuevo gobierno

<sup>30</sup> Muchos observadores occidentales conocieron el tema de la purificación a través del artículo de Lawrence WESCHLER sobre el caso de Jan Kavan, *The Velvet Purge: The Trials of Jan Kavan*, “New Yorker”, 19 de octubre de 1992, ps. 66-96. Ver también LABER, Jerri, *Witch Hunt in Prague*, “New York Review of Books”, 23 de abril de 1992, ps. 5-8. Mi relato de la historia checa parafrasea esas fuentes.

estaba siendo demasiado magnánimo. Y se extendió también la sospecha de que la transición había sido demasiado pacífica para ser genuina, y que tal vez hubiera sido “falseada” por el StB (los ex servicios secretos). Se inició entonces una campaña para “hacer algo”, que tuvo origen en fuerzas políticas muy diferentes.

La derecha buscaba una legislación amplia que prohibiera a todos los ex comunistas a partir de un cierto nivel, a todos los oficiales que estuvieran por encima de cierto rango, a todos los agentes de seguridad y a sus colaboradores, ocupar alguna posición de autoridad. Havel y sus seguidores objetaron esta noción de castigo colectivo y propusieron una purga limitada a quienes fueran realmente responsables de violar derechos humanos –con la carga de que el sistema legal pruebe la acusación, permitiendo una defensa razonable y otorgando derecho al debido proceso y a un recurso–.

Finalmente se impuso la versión de la derecha, y la Ley de Purificación de octubre de 1991 prohibió a categorías completas, de personas con grados diversos de involucramiento la posibilidad de acceder a clases específicas de empleo. El término *lustration* proviene de la palabra latina *lustratio*, que significa purificación por el sacrificio. La ley estableció las reglas para las purgas masivas, que pronto condujeron a la publicación de listas de casi 200.000 nombres: ex agentes de la policía secreta y sus informantes, ex comunistas que ocuparon posiciones de autoridad desde el nivel municipal hacia arriba, miembros de la milicia voluntaria popular, etc. La ley prohibió a ex miembros de esos grupos –durante un período de cinco años– ocupar alguna posición de alto nivel gubernamental, y requirió a quienes se presentaran como candidatos a un puesto de trabajo la presentación de un certificado del Ministerio del Interior que declarara que estaban “limpios”, esto es, que no pertenecían a ninguna de las categorías enumeradas.

La historia detallada de cómo se implementó la política de purificación en Checoslovaquia se sigue contando hoy en día: los intentos por modificar la ley; los procesos reales por los cuales la gente fue “purgada” por una comisión del Ministerio del Interior, calificándose a las personas como “StB positivo” por “StB negativo”, los mecanismos de selección de los archivos de la policía, que contenían los nombres de no menos de 140.000 agentes de la policía secreta, colaboradores, y contactos, la inclusión de nombres en esas listas incluso de gente que se negaba a colaborar o que fue chantajeada, los errores resultantes, los abusos y las injusticias.

Los críticos de esta política han señalado que aunque un pequeño número de disidentes (incluyendo a aquellos severamente perseguidos) apoyaron la purificación, gran parte del apoyo provino de quienes no tenían ningún reclamo “propio” de pureza que formular. Relativamente poca gente se había opuesto activamente al régimen (Charter 77 –el grupo de Havel– sólo tenía 1.864 adherentes). La mayoría de la gente se benefi-

los críticos  
por purificar

ciaba con el antiguo sistema –y después de los cambios, comenzaron a preguntarse como corderos, “¿Por qué no dijimos nada antes?” La respuesta: “por los todopoderosos servicios secretos, con su red de agentes, que ahora deben ser expurgados”. Aquellos que raramente disintieron con el viejo régimen –gente que pertenecía a la “zona gris”, ni comunistas ni disidentes, los que no hicieron demasiado– se transformaron en el apoyo más vehemente a las purgas y a la publicación de las listas.

Por supuesto, esta no es la historia completa. Hubo un deseo real de verdad y justicia, una necesidad de escuchar algún tipo de admisión de vergüenza por parte de los peores ex oficiales. Pero no hubo vergüenza pública, ni pedidos de perdón, ni confesiones, ni rendiciones de cuentas en absoluto. La lectura de los sucesos por parte de Havel pudo haber sido demasiado avanzada, y el perdón y reconciliación demasiado rápidos. Por eso la obsesión por nombrar, publicar listas y efectuar purgas.

Desde una posición estrictamente legalista de los derechos humanos, la política de purificación es claramente una forma insatisfactoria de toma de decisión política sobre el pasado: una caza de brujas colectiva más que el exigir responsabilidades individuales a través de alguna variante del derecho penal. La gente es castigada por asociación, aunque tenue, más que por una infracción específica. Todas las formas de castigo colectivo reproducen características de los peores crímenes del Estado (por ejemplo, el castigo a comunidades completas por las acciones de uno de sus miembros). La comunidad de los derechos humanos ha criticado duramente la política de purificación (o “descomunización”, como se la ha llamado alguna vez). Primero, viola el derecho a la libertad de expresión: la nueva ley define como delito el propagar ideologías tales como el fascismo y el comunismo. Segundo, contraviene todos los estándares del debido proceso<sup>31</sup>: no hay un tribunal independiente, no existe oportunidad de conocer y confrontar la prueba, ni derecho a ser asistido legalmente ni a un recurso de apelación.

Esta crítica es comprensible pero tal vez “legalista” en el sentido peyorativo del término. Dado el hecho de la colaboración masiva, es difícil ver cómo podría funcionar el modelo legal estándar individual. Los mati-

<sup>31</sup> Czechoslovakia: “Decommunization” Measures Violate Freedom of Expression and Due Process Standards, “News from Helsinki Watch”, abril de 1992. Mientras la crítica habitual de la purificación es que demasiada gente cae en su red, el problema con la desnazificación en la Alemania de posguerra fue que demasiada poca gente fue hecha responsable: “Lo que había comenzado como una más bien tonta incriminación de la población entera se transformó en excepciones masivas, y finalmente una exoneración al por mayor. “Desnazificación” significó finalmente no purga, sino rehabilitación”. HERZ, John H., *An Historical Perspective*, en Aspen Institute, *State Crimes*, p. 18 (citado en nota 18).

ces de “colaboración” en regímenes como éstos son demasiado tortuosos, complejos y ambiguos para ser introducidos en alguna de las versiones conocidas de culpabilidad legal individual. Aun asumiendo que el proceso de identificación podría ser justo en sí mismo, parece absolutamente razonable y ecuánime satisfacerlo con la remoción del puesto público como forma mínima de responsabilidad, antes que reclamar castigos tales como la pena de prisión. La purificación es un proceso moralmente más ambiguo de lo que tanto sus defensores como sus críticos reconocen. Por un lado, la descalificación o inhabilitación –“esta persona no debería ocupar un cargo público por algún tiempo”– es una forma menos moralista de control social que el castigo legal. Por otro lado, su aplicación (en Europa del Este, al menos) ha sido dirigida a supuestos informantes y colaboradores –aquellas categorías de personas responsables que suponen una especial amenaza a la integridad moral de una sociedad por tornar borrosos los límites entre el bien y el mal–.

Las objeciones a la purificación deberían dirigirse al proceso más que a la sanción. Repugnados por la aviesa forma en que se implementó la purificación –a través de infiltraciones, rumores, sospechas, falsas informaciones, caza de brujas –muchos críticos no han reconocido la conveniencia de medidas no penales tales como remoción de un cargo público. No sé si Laber está en lo cierto cuando afirma que la ley de purificación es “un síntoma del viraje hacia la derecha de la vida política checa”<sup>32</sup>, pero es claro que imita las tácticas y la mentalidad del viejo régimen. Efectivamente, “purificación” fue el término usado por la StB comprobar la lealtad de los ciudadanos al partido comunista durante su gobierno de cuarenta años. Ahora se transforma en una herramienta para tratar con la potencial oposición política, y en una forma poco sutil de procesar el conocimiento sobre el pasado. Como escribió el Comité Checo del Grupo de Helsinki en una carta al presidente Havel, en forma apenas por los regímenes anteriores. Tres grupos de sucesos completamente diferentes han integrado este debate: primero, el colapso y desmantelamiento de la Unión Soviética y de los regímenes de comunismo estatal en la Europa del Este; segundo, la transición en zonas del tercer mundo –en África, Asia, pero especialmente en América del Sur y Central (Brasil, Argentina, Chile, Uruguay, El Salvador, Paraguay)– de variantes de dictaduras y juntas militares a democracias formales; y tercero, el colapso del apartheid y exagerada: “La ley pone en el mismo nivel al joven que cooperó con la policía porque no pudo soportar una golpiza luego de una de las manifestaciones de Praga y al policía que golpeó al joven para que firmara”<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> LABER, Jetti, “New York Review of Books”, 23 de abril de 1992, p. 7.

<sup>33</sup> Citado en “News from Helsinki Watch”, abril de 1992, p. 7.

A pesar —o a causa— de estos defectos obvios, la controversia sobre la purificación abrió un debate público más amplio sobre las formas de responsabilidad. No se trató de una deliberada evasión del pasado. Este debate, sin embargo, parece haber perdido su urgencia. En la mayoría de las sociedades post comunistas —aun la ex Alemania del Este, que parecía tan preocupada con los archivos de la *Stasi* y con casos individuales dramáticos como el de Christa Wolf— el interés público sobre la purificación o sobre alguna otra forma de tomar decisiones políticas sobre el pasado ha mermado. Los problemas económicos, el desempleo y la inestabilidad política parecen más importantes que desempolvar la historia. No hay reclamos populares a las autoridades actuales para identificar responsables del pasado. Muchos progresistas afirman que la obsesión por el pasado es una forma de evadir problemas actuales.

### C. Impunidad

Los mismos temas planteados al hablar sobre responsabilidad aparecen también, por definición, en lo que se concibe como su opuesto, es decir la "impunidad". El significado de este término es a menudo elusivo. La definición literal de impunidad como "eximición de castigo" resulta más claramente aplicable cuando se refiere a crímenes de gobiernos actuales. La impunidad es el estado de cosas normal, y el principal objeto de principal preocupación de la comunidad de derechos humanos. La represión ocurre precisamente porque el Estado permite a sus oficiales actuar sin exigiárseles rendición de cuentas.

Cuando se habla de las atrocidades cometidas por el gobierno previo (o por fuerzas armadas de oposición que han tomado el poder), la impunidad puede referirse a la gradual indiferencia histórica o ser el resultado de una política conciente. Algunas veces esta política anticipa el cambio de régimen: es el caso de la legislación formal o acuerdos políticos secretos que garantizan la impunidad (o amnistía, inmunidad, indemnidad) para los actuales miembros del gobierno o fuerzas de seguridad. Algunas veces esto sucede solamente luego de la transición, a través de leyes de amnistía que otorgan inmunidad retroactiva o un perdón oficial a quienes cometieron crímenes en el antiguo régimen. Algunas veces el nuevo régimen comienza con la retórica de la responsabilidad pero luego, debido a su debilidad o falta de voluntad política, crea un estado de impunidad de hecho.

Todas estas variantes han ocurrido durante las actuales transiciones. Pero lo que complica la cuestión no son tanto los tiempos o la forma en que se da esta política, sino el debate en curso entre quienes insisten en la responsabilidad estricta y aquellos que ven a la "impunidad" no necesariamente como una alternativa peyorativa o fallida, sino como parte de una estrategia deseable para alcanzar la reconciliación y para desarrollar las bases de una reconstrucción democrática genuina.

Volveremos a algunas versiones de este debate. Pero aun los proponentes de la reconciliación han reconocido que en la mayoría de los casos de transición, la impunidad por motivos "erróneos" es virtualmente la norma. Los intentos de hacer efectiva la responsabilidad —a través del castigo, la reparación o la exoneración de un cargo— son neutralizados o bloqueados políticamente. Las investigaciones no conducen a ningún lado; aunque se inicien procedimientos judiciales, estos se diluyen debido a la ineficiencia y la presión de otras ramas del gobierno; los castigos son ridículamente suaves; los casos son tratados por tribunales militares u otros tribunales administrativos, resultando en absoluciones o aun en ascensos; las leyes de amnistía detienen súbitamente la persecución.

Los recientes casos de Centro y Sudamérica ofrecen variaciones familiares de esta historia de impunidad. En Brasil las fuerzas armadas se concedieron una auto-amnistía en 1979, seis años antes de permitir la restauración del gobierno civil. En Chile el traspaso de poder de Pinochet estuvo condicionado por la promesa de no perseguir a miembros de las fuerzas armadas, limitando así el alcance de la posterior Comisión Nacional sobre Verdad y Reconciliación. En El Salvador, el presidente ratificó una amnistía general retrospectiva inmediatamente después que la Comisión de la Verdad patrocinada por las Naciones Unidas presentara su informe en 1992.

La de Uruguay es una historia particularmente interesante por el papel decisivo que jugó la opinión pública. El gobierno civil que tomó el poder en 1983 sancionó una ley de amnistía total en 1986, haciendo público aparentemente un acuerdo secreto con las fuerzas armadas que habría permitido en principio la transición. A diferencia de muchos otros casos, sin embargo, esta decisión encontró una enorme oposición política, que culminó con el exitoso petitorio de un cuarto de la población tendente a forzar un referéndum nacional sobre la ley de amnistía. Después de una amarga campaña<sup>34</sup>, la amnistía logró ser ratificada por un estrecho margen de votantes.

La Argentina ofrece una historia diferente y bien documentada de cuando algo "anda mal" con el modelo del castigo<sup>35</sup>. Si Uruguay es un buen caso para estudiar la turbulencia del sentimiento público acerca de la toma de decisiones políticas sobre el pasado, la Argentina es un buen caso para estudiar las limitaciones legales y políticas de implementación del principio de responsabilidad.

<sup>34</sup> Descripta en detalle por WESCHLER, *Miracle*, ps. 83-236, citado en nota 12.

<sup>35</sup> Ver *Truth and Partial Justice in Argentina* (citado en nota 13). Sobre las diferentes fuerzas en juego sobre los sistemas legal y político, ver OSIEL, Mark, *The Making of Human Rights Policy in Argentina*, 18 J. Latin Am. Stud. 235, 1986.



A pesar de un serio compromiso por averiguar la verdad, e incluso la iniciación de persecuciones penales exitosas, el caso argentino es la historia de un proceso de impunidad desplegado gradualmente. Hubo tres etapas—cada una en el contexto de sucesivos intentos de sublevación de oficiales militares de baja jerarquía—. Primero, en 1986, una ley de Punto Final estableció un límite temporal superado el cual no podían iniciarse más persecuciones. Segunda, y más importante, fue la ley de Obediencia Debida de 1987. Esta aceptó el principio de que podía considerarse que, durante cierto período, los oficiales de ciertos rangos—inclusive aquellos ya encontrados culpables—habían actuado cumpliendo órdenes<sup>36</sup>. Se estableció una presunción de inocencia, indicando que los subordinados actuaron en error sobre la legitimidad de las órdenes que recibían. El efecto de esto, por supuesto, fue el de una amnistía de hecho. Finalmente, en 1990, bajo el gobierno del sucesor de Alfonsín, Carlos Menem, se concedieron indultos formales a los cinco máximos líderes de la juntas militares ya condenados y a más de 280 miembros de las fuerzas armadas. Todos aquellos cuyas persecuciones penales pendían aún después de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida fueron entonces indultados.

Para algunos, la “marcha atrás” de la Argentina fue un fracaso debido a defectos básicos del modelo de responsabilidad estricta. O bien el sistema trató de lograr demasiado, o debería haber buscado otros fines distintos del castigo. Para otros, la historia no fue ni un fracaso ni la evidencia de un defecto en el modelo de responsabilidad: el sistema no intentó lograr lo suficiente, y perdió su impulso en el momento crítico<sup>37</sup>.

¿Por qué son tan frecuentes estas crónicas de la impunidad? ¿Por qué—como en El Salvador—el espeluznante conocimiento de una década con 75.000 asesinatos políticos no tuvo ni una sola consecuencia legal? Campesinos llegaron en camiones cargados para prestar su testimonio ante la Comisión de la Verdad—tal vez sabiendo en sus corazones que nadie sería hecho responsable por los horrores—. A la gente se le pregunta a los fines de establecer una medida de verdad, más que la medida de justicia ofrecida por el derecho penal, la compensación civil, o las medidas del tipo de la purificación.

A nivel estructural, las razones de la impunidad son a menudo bastante honradas<sup>38</sup>. No existe voluntad política o recursos para hacer algo

<sup>36</sup> CRAWFORD, Kathryn Lee, *Due Obedience and the Rights of Victims: Argentina's Transition to Democracy*, 12 Hum. Rts. Q. 17, 1990.

<sup>37</sup> Varios aspectos de este debate han sido bien presentados por Juan MÉNDEZ, Aryeh NEIER y JOSÉ ZALAQUETT en BORADNE, *Dealing*, ps. 35-40 (citado en la nota 1).

<sup>38</sup> Véase la tipología de ZALAQUETT acerca de cómo las diferentes formas de transición democrática determinan los impedimentos políticos sobre la política de derechos humanos: 1)

acerca del pasado; el ejército o las fuerzas de seguridad aún retienen suficiente poder, abiertamente o detrás de la escena, para frustrar cualquier intento de hacerlos responsables; el actual aparato judicial está intimidado, carece de voluntad política o es técnicamente inepto. Además, los sucesos del pasado se “inmunizaron” frente a responsabilidades posteriores: hubo una legislación especial (por ejemplo, leyes de “estado de emergencia”) que ofrecieron una justificación legal elaborada para casi cualquier cosa; hubo múltiples estructuras de mando que hicieron que los responsables fueran difíciles de identificar; algunos crímenes fueron cometidos por grupos paramilitares cuyas relaciones con las autoridades eran desconocidas.

A primera vista estas condiciones estructurales constituyen un conjunto de impedimentos completamente indeseables para poder requerir responsabilidad. Y así es. Pero algunos de estos impedimentos plantean problemas de mayores matices morales acerca de la responsabilidad después del cambio de régimen. Cinco de tales problemas son particularmente relevantes en el debate sobre la purificación—y aun dentro de la comunidad de derechos humanos se han planteado versiones de todos ellos para argumentar en contra de la implementación de una responsabilidad completa de tipo “Nuremberg”.

### 1) Paso del tiempo

No me interesan aquí las complicaciones legales sobre la relación entre los crímenes del pasado lejano y la jurisdicción actual. Estos asuntos (prescripción, prohibición de doble persecución y responsabilidad retroactiva) resultan familiares para los estudiosos de áreas legales más convencionales. Ellos también han aparecido de manera destacada en los debates sobre los criminales de guerra nazis—por ejemplo, en relación a las demandas de extradición—.

Una cuestión estrictamente menos legal concierne la naturaleza de la responsabilidad política por las acciones de un régimen anterior. Un gobierno actual podría, por supuesto, afirmar plausiblemente que no tiene responsabilidad moral por las acciones de sus predecesores. Pero, curiosamente, cuando se habla acerca de actuales violaciones a los derechos humanos es cuando el requerimiento de responsabilidad resulta tan quijó-

□ las fuerzas vencidas han perdido legitimidad pero retuvieron el poder armado; 2) hay una transición gradual y un perdón popular; 3) el nuevo gobierno representa un realineamiento de las fuerzas políticas en una situación de conflicto armado no resuelto, etc.; ZALAQUETT, *Confronting Human Rights Violations*, ps. 45-47 (citado en nota 26).

tesco. La exigencia resulta retórica (destinada a exponer la obvia falta de voluntad del gobierno) o bien utópica (¿por qué debería un gobierno brutal actuar contra sus propios agentes?)<sup>39</sup> Estas objeciones no deberían aplicarse al pasado. En teoría, el nuevo gobierno debería estar ansioso por demostrar su buena fe y su distancia con respecto al régimen anterior. ¿Qué mejor método que procurar hacer efectiva alguna forma de responsabilidad?

Pero hay dos problemas temporales adicionales. El primero es obvio: ¿cuán lejos en el tiempo es posible remontarse exigiendo responsabilidad (verdad o justicia)? Para el caso de una junta militar que duró, digamos, de cinco a diez años después de un régimen democrático previo, este es un problema menor. Pero ¿cuán lejos tiene que ir la propuesta Comisión de la Verdad en Sudáfrica? ¿Hasta las groseras violaciones de los años ochenta? ¿Hasta los orígenes legales del apartheid, en 1948? ¿O aún más atrás en la historia?

Hay un segundo tema vinculado con el tiempo, de mayor carga emocional, al que volveré en mi conclusión. Para mucha gente, hay algo vagamente repulsivo, o incluso injusto, en la persecución judicial ininterrumpida de "monstruos" fugitivos de una década o incluso de una generación atrás. ¿Deberíamos realmente dedicarnos a cazar a un ucraniano de ochenta años que vive pacíficamente en Escocia, Canadá o Australia, porque podría haber trabajado como guardia en un campo de concentración? ¿Deberían los británicos de ochenta años de edad que fueron prisioneros de guerra en Japón seguir insistiendo sobre la reparación de las atrocidades que sufrieron cincuenta años atrás?

Mi propia opinión personal es que no hay transcurso de tiempo que sea "demasiado largo" para satisfacer las necesidades de verdad y de alguna medida de responsabilidad, ni puede establecerse ningún límite legal arbitrario. El argumento de que algunas heridas son demasiado viejas para ser expuestas tiene poca integridad moral. Y este argumento no puede ser aplicado a la mayoría de nuestros casos actuales, ciertamente ni en Sudáfrica ni en las transiciones latinoamericanas. Las heridas están todavía allí para que todos las vean; los padres de los desaparecidos todavía deambulan tratando de ubicar el destino de sus niños; el torturador y su víctima literalmente se cruzan en la calle. Es más, en estas sociedades escuchamos a menudo el argumento —completamente carente de ingenuidad— de que las heridas son demasiado recientes para ser expuestas.

<sup>39</sup> Esto está bien explicado por Richard CARVER en relación con los casos africanos tales como Uganda, en *Called to Account: How African Governments Investigate Human Rights Violations*, Africa Watch, Nueva York, 1991.

## 2) Autoridad y obediencia

El obstáculo más profundo y genuino para hacer efectivo algún tipo de responsabilidad lo plantean los temas de autoridad, culpabilidad, y obediencia a órdenes. Obviamente, las sentencias de Nuremberg, el juicio de Eichmann, y el edificio completo del derecho internacional de los derechos humanos establecen el contexto para este conocido debate. Más recientemente, la discusión moral y jurídica acerca de la defensa de "sólo cumplía órdenes" ha sido complementada por un sostenido examen socio-psicológico acerca de cómo ocurren los "crímenes de obediencia"<sup>40</sup>.

Entre nuestros casos de estudio, la historia argentina resulta nuevamente instructiva. El tema de la obediencia resultó crítico en todos los niveles —equilibrio de las fuerzas políticas, procedimientos legales, y debate público—. La persecución de los comandantes de alto nivel fue inicialmente ampliamente aprobada, o al menos tolerada. Pero cuando también se acusó a oficiales de nivel medio, se produjeron levantamientos militares y el apoyo popular se debilitó. Aunque era claro que esos oficiales intervinieron directamente en torturas y asesinatos, se los justificó alegando que ellos sólo cumplían órdenes superiores. La ley de Obediencia Debida aceptó esta justificación.

Los contextos de Europa del Este en los cuales se ha implementado la política de purificación son más complejos y moralmente ambiguos. Dejando de lado el cumplimiento de órdenes individuales de secuestro, asesinato o tortura, los casos más recientes registrados son más bien de colusión, silencio y complicidad en la denegación institucional de los derechos democráticos cotidianos. La noción de "obediencia" es de algún modo diferente —y también lo es la línea que separa al perpetrador del mero testigo—.

La controversia sobre la persecución de los guardias de frontera de Alemania Oriental, mientras se permitía a su jefe político Erich Honecker quedar libre se ha convertido en un foco contemporáneo de este denso debate. Es fácil adoptar una posición simple. La opción más fuerte es la de perseguir a quienes tenían los más altos niveles de responsabilidad política; resulta igualmente persuasivo argumentar que esto no debería exonerar a sus subordinados. FINKELKRAUT deriva una lección paradójica del juicio de Klaus Barbie: es importante hacer justicia con figuras de nivel tan bajo, precisamente porque ellos eran tan poco importantes en la jerarquía<sup>41</sup>. Para combatir un sistema que deshumanizó a la humanidad, re-

<sup>40</sup> KELMAN, Herbert C., y HAMILTON, V. Lee, *Crimes of Obedience: Toward a Social Psychology of Authority and Responsibility*, Yale University Press, New Haven, Conn., 1989.

<sup>41</sup> FINKELKRAUT, *Remembering in Vain*, citado en nota 24.

sulta vital restaurar la responsabilidad individual de cada pieza de la máquina inhumana.

### 3) Grados de involucramiento

La "contaminación temporal" plantea la cuestión del transcurso del tiempo: ¿cuán lejos en el tiempo deberíamos remontarnos para hacer efectiva la responsabilidad? La pregunta de la "contaminación espacial" es aún más sensible. ¿Cuán profundamente debemos atribuir responsabilidad por el pasado dentro del espacio social? Se trata de una versión más amplia del debate sobre obediencia y autoridad, ya que no se refiere solamente al efectivo perpetramiento de atrocidades. Nuevamente, la experiencia del Tercer Reich y de la Europa ocupada por los nazis es el precedente histórico estándar para las cuestiones de responsabilidad colectiva, un precedente que ha moldeado cincuenta años de debate sobre las diferencias entre complicidad activa y pasiva, entre silencio deliberado e ignorancia voluntaria. La culpabilidad individual es difícil de establecer; la culpabilidad colectiva resulta moralmente repulsiva.

Estos debates adoptan formas distintas en cada una de las actuales transiciones. El espectro varía, desde el relativamente limitado número de criminales envueltos en la mayoría de los regímenes militares latinoamericanos, hasta las ambigüedades morales del involucramiento, complicidad y silencio que caracterizaron, de diferentes maneras, tanto a los ex regímenes comunistas como al *apartheid* en Sudáfrica. En Sudáfrica —uno de los casos más complejos imaginables por la casi total corrupción de la comunidad blanca al beneficiarse de los crímenes del *apartheid*— los intentos por "trazar la línea" son particularmente difíciles. Es ciertamente obvio para todos que existe una diferencia moral entre los oficiales de policía que llevaban a cabo las ejecuciones de los escuadrones de la muerte y los empleados gubernamentales de bajo rango que firmaban los "pases" que restringían la libertad de movimiento de los negros. Pero ¿cómo debería aplicarse esta distinción?

La comunidad de derechos humanos sigue esta distinción del sentido común trazando tres líneas relacionadas (pero no idénticas). Por un lado de la línea quedan los hechos rutinarios de un sistema inmoral que sería injusto o imposible perseguir, y por el otro (el lado de la responsabilidad legal) hay tres categorías: i) aquellos que llevaron a cabo u ordenaron directamente violaciones a los derechos humanos situados dentro de su ámbito de responsabilidad; ii) aquellas acciones consideradas graves violaciones y prohibidas por el derecho internacional, tales como el genocidio y los "crímenes contra la humanidad"; iii) aquellas acciones que también eran ilegales de acuerdo a la propia ley del Estado en ese momento.

En abstracto, tales distinciones son todas suficientemente plausibles. Sin embargo, a excepción de los casos más claros, su implementación re-

sulta tan abierta a disputa que la impunidad podría darse por defecto. La transición sudafricana es instructiva por su distintiva combinación de crímenes individuales que reúnen los tres criterios de culpabilidad legal (similares, a grandes rasgos, a los casos latinoamericanos), juntamente con una extensa red de violaciones burocráticas que se acercan al tipo de la reciente historia comunista. Sean o no perseguidos los escuadrones de la muerte, el problema es que las quejas más profundas de la mayoría de la gente son intraducibles al modelo criminal.

### 4) La estabilidad del régimen y la preservación de la democracia

Igualmente compleja es la cuestión del riesgo político planteado por llevar la responsabilidad a hasta sus últimas consecuencias lógicas y legales. En la mayoría de los casos, este ha sido el tema dominante en las transiciones a la democracia. Y constituye, dependiendo de la posición que se adopte, tanto el mayor impedimento político contra el principio de responsabilidad como una de las mejores razones políticas para abandonar este principio en favor de los objetivos más deseables de reconciliación y reconstrucción.

El riesgo obvio en una sociedad altamente polarizada, con frecuencia con un régimen nuevo y débil, es que la persecución y el castigo de las fuerzas de seguridad, policía o fuerzas armadas —a menudo aún no completamente neutralizadas— provocará un golpe de estado y anulará todos los logros de la frágil democracia. Este debate se plantea frecuentemente durante períodos de prolongada negociación hacia un gobierno o constitución de transición. Ese fue el caso sudafricano: la oposición política democrática debió negociar un acuerdo para compartir el poder con las mismas fuerzas (de hecho, exactamente la misma gente) responsables de la peor represión. Respondiendo al comentario de que el peligro en muchas sociedades latinoamericanas era tener a "los dragones en el patio," una sudafricana señaló que "en nuestro caso, los dragones estarán directamente en el living de nuestra casa"<sup>42</sup>. Hasta ahora (las elecciones de abril de 1994), la oposición no tuvo ninguna posibilidad de decir a las fuerzas de seguridad: "Dejen que se produzcan las elecciones; luego los encarcelaremos".

A veces se presenta este debate como la contraposición entre una postura moralmente absolutista sobre responsabilidad y una evaluación políticamente pragmática acerca de lo que es posible. Pero la paradoja consiste en que algún grado de impunidad pueda ser la mejor forma de

<sup>42</sup> BURTON, Mary, en BORAINÉ, *Dealing*, p. 122 (citado en nota 1).



crear las condiciones políticas bajo las cuales se alcance el Estado de derecho. La discreción y la prudencia podrían requerir clemencia y reducción de las sentencias —o la búsqueda de controles distintos del derecho penal tales como las purgas en el ejército y la policía, las reparaciones del derecho privado, el avergonzamiento público y la censura—.

Todos estos compromisos son todos posibles y defendibles. Pero la decisión pragmática de sacrificar el pasado en aras del futuro, privilegiando vivir para luchar la próxima batalla, nunca puede ser fácil. Aun quienes adoptan posiciones más cercanas a la de estricta responsabilidad, tales como Aryeh NEIER, el ex director de Human Rights Watch, son obviamente muy conscientes del dilema: "Permitir a las fuerzas armadas autoamnistiar-se frente a la persecución por crímenes terribles parece intolerable; pero también parece irracional insistir en que un gobierno elegido por civiles deba suicidarse provocando a sus fuerzas armadas"<sup>43</sup>. En esas circunstancias, uno podría sentir que debería haber castigo, pero también acordar que es políticamente oportuno —y favorable al interés nacional— que el castigo no ocurra.

Una forma particular de arreglo políticamente conveniente es el establecimiento (usualmente acordado durante el período de negociaciones que conducen a la transición) de una garantía de inmunidad frente a futuras persecuciones para todos los oficiales gubernamentales, conjuntamente con una amnistía retroactiva inmediata (que normalmente significa la liberación de prisión) para los miembros de la oposición. Debido a su larga duración —transiciones dentro de transiciones— el caso sudafricano es aquí particularmente instructivo. La crónica de la amnistía comenzó con la liberación de Nelson Mandela y el levantamiento de la proscripción del Congreso Nacional Africano (ANC) en febrero de 1990. Luego vino la liberación negociada de otros prisioneros políticos opositores, a través de la Ley de Inmunidad (*Act of Indemnity*) de 1990. Luego el gobierno trató (a través de la Ley de Extensión de la Inmunidad concedida en 1990 —*Further 1990 Indemnity Act*—, dictada en 1992) de extender la definición de "prisioneros políticos", para incluir en una amnistía general que tuviera efectos después de la inminente transición no sólo a miembros de la oposición democrática negra (ANC y otros) y a prisioneros políticos de derecha, sino también a oficiales gubernamentales<sup>44</sup>. Inicialmente, el ANC se opuso

<sup>43</sup> Aryeh Neier, *What should be done about the Guilty?*, "New York Review of Books", 1º de febrero de 1990, p. 34.

<sup>44</sup> Para un estudio sobre cómo fue realmente implementada la primer etapa de inmunidad, y en particular sobre la difícil cuestión de cómo definir un "prisionero político", ver KEIGHTLEY, Raylene, *Political Offences and Indemnity in South Africa*, 9 S. Afr. J. Hum. Rts. 334, 1993.

a esa estrategia, pero las negociaciones posteriores que condujeron a la Constitución de 1993 dieron lugar a más concesiones.

Estos arreglos, por supuesto, plantean algunas extrañas comparaciones morales —que he ignorado hasta ahora— entre las atrocidades cometidas por oficiales gubernamentales y por grupos opositores armados (movimientos de liberación, guerrillas, terroristas). La amnistía mutua ofrece —como a menudo lo hace el sistema legal— una conveniente simetría que disfraza realidades sociales muy diferentes. El mismo efecto puede obtenerse con la estrategia política exactamente opuesta —esto es, a través del rechazo de toda forma de impunidad para cualquiera de los lados y de la insistencia en castigos estrictamente comparables para quienes hayan cometido crímenes desde el Estado y desde la oposición.

### 5) Reconciliación y reconstrucción

Si existen razones de conveniencia y pragmatismo contra el reclamo de responsabilidad absoluta, también existen otros argumentos de peso, muchos de ellos provenientes de la propia comunidad de derechos humanos. Las dos versiones principales, la "reconciliación" y la "reconstrucción", se han convertido en razones importantes sobre las cuales reflexionaré en esta sección.

Cuando se lo invoca para justificar la amnistía y la impunidad, el slogan de la "reconciliación nacional" puede, por supuesto, ser enteramente falso y autocomplaciente. El espectáculo de observar gente que ha destruido físicamente partes enteras de una sociedad, que ha enfrentado a vecinos, amigos, colegas y familias entre sí como informantes, y que ahora predica la reconciliación nacional, resulta enfermante. Sin duda los mismos liberales y radicales que adoptan posiciones abolicionistas o minimalistas acerca de la aplicación del derecho penal a los delitos y a la desviación ordinaria, se descubren reclamando el máximo y más estricto castigo en estos casos.

En otros casos, la retórica de la reconciliación es realmente genuina. Proviene de la creencia de que el castigo no es una manera productiva de resolver conflictos sociales. Cuando la sociedad civil ha sido fracturada por un régimen tiránico y debe ser reconstruida, algún grado de tolerancia puede lograr, por los derechos humanos, más a largo plazo que la insistencia sobre el castigo y el riesgo de mayor inestabilidad y división política<sup>45</sup>. Aunque hay consenso en que tal discreción y prudencia jamás debe ser extendida al genocidio y a los crímenes contra la humanidad, sigue

<sup>45</sup> ZALAQUETT, *Confronting Human Rights Violations*, p. 38 (citado en nota 26).

existiendo diferencia entre este tipo de cálculo político y una afirmación más absoluta del imperio de la ley. Se plantea entonces la cuestión de saber si los valores de la reconciliación y la responsabilidad son conciliables.

Uno de los pocos ejemplos en los que la teoría criminológica puede ser aplicada a este tipo de debate político es el modelo de "vergüenza reintegradora" de BRAITHWAITE<sup>46</sup>. Seguramente no supera la imaginación política el hecho de pergeñar ceremonias rituales de denuncia y avergonzamiento público que respondan a los reclamos de "reconocimiento" (oficial, por parte de los perpetradores y de sus jefes políticos de que lo que hicieron estuvo mal) sin depender del sistema de justicia penal o de las ambigüedades del castigo "proporcionado".

Tanto la teoría del avergonzamiento como el movimiento abolicionista en criminología (que busca eliminar el castigo legal) simpatizarían con la opinión de Nadezhda MANDELSTAM ante la confrontación pública de una mujer que había actuado como informante paga durante los años de Stalin. Algunas personas que ella había denunciado volvieron buscando venganza pero, al observar su lastimosa reacción ante la confrontación, perdieron interés en la revancha. Sin embargo, reflexiona MANDELSTAM, debe hacerse algo para tornar más difícil el reclutamiento de gente para tales trabajos en el futuro: "No se los debe encarcelar ni ejecutar, pero debe señalárselos con el dedo, y sus nombres deben conocerse"<sup>47</sup>.

Los criminólogos están suficientemente familiarizados con estos problemas: ¿basta la vergüenza para satisfacer a todas las víctimas y sobrevivientes? ¿Es esto realmente disuasivo? ¿Cómo sucederá exactamente la "reintegración"? Pero la posibilidad de avergozamiento constituye al menos una forma de responsabilidad de bajo riesgo, que puede satisfacer los reclamos de derechos humanos a favor de toda la verdad y de toda la justicia posible. Aun los militantes de derechos humanos que adhieren a la posición de estricta responsabilidad aceptan esto:

→ "Conociendo lo que sucedió, una Nación puede debatir honestamente por qué y cómo han llegado a cometerse esos horribles crímenes. Identificar a los responsables y mostrar lo que hicieron es marcarlos con un estigma público que constituye un castigo en sí mismo, e identificar a las víctimas, y recordar cómo fueron torturadas y matadas, es una forma de reconocer su valor y dignidad"<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> BRAITHWAITE, John, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

<sup>47</sup> MANDELSTAM, Nadesha, *Hope Abandoned* 572, Atheneum, Nueva York, 1972.

<sup>48</sup> NEIDER, "New York Review of Books", 1º de febrero de 1990, p. 43.

Esta afirmación del valor simbólico del castigo como signo de respeto del imperio de la ley y del sufrimiento de las víctimas, emerge sin embargo de una posición kantiana de castigo justo. No se ajusta a las pretensiones utilitarias y preventivas del modelo de vergüenza reintegradora. Puede parecer plausible que el ciclo de violencia política jamás se rompa bajo un régimen de impunidad. Pero el real valor disuasorio del castigo individual en este contexto político se hace aún más incierto que en el caso del delito convencional. De hecho, todo lo que sabemos sobre las condiciones políticas bajo las cuales ocurren los crímenes de obediencia hace extremadamente poco plausible que el riesgo de un futuro castigo tenga el más remoto efecto disuasorio. Lo mismo, por supuesto, puede decirse acerca del presunto valor utilitario de los indultos y de las amnistías: simplemente no sabemos si estos promueven la reconciliación.

### D. Expiación

Una manera más profunda de hacerse cargo del pasado descansa en un terreno que excede el del conocimiento y la responsabilidad. No es accidental (como solíamos decir) que esta forma sea concebida en términos más religiosos que seculares: expiación -hacer penitencia por pecados previos-; exorcismo -expulsar las fuerzas del mal invocando lo bueno-; expurgación -purificación a través de la remoción de la sustancia objetable-; y las muchas variantes de la contrición, confesión, sacrificio y arrepentimiento. Este vocabulario religioso no se ajusta fácilmente al moderno discurso sobre los "derechos". El único vocabulario secular remotamente similar viene del psicoanálisis<sup>49</sup>: "sacar a la luz", "catarsis", "confrontación". Incluso se podría describir el régimen nazi en la terminología del pecado y el mal. Hoy, el mandamiento "no matarás" ha sido reemplazado por "no cometerás graves violaciones a los derechos humanos".

Como vimos, sin embargo, sigue habiendo huellas del viejo vocabulario -la estrategia de purificación es un ejemplo explícito-. La noción de vergüenza también toca esos sentimientos. Valdría la pena examinar cómo podrían traducirse estas ideas en métodos para tratar los crímenes de un régimen previo. El deseo de una manera más satisfactoria de confrontar el pasado puede entenderse mejor si se tiene en cuenta el profundo sentido de insatisfacción frente al actual repertorio de métodos.

Esta insatisfacción es un tema recurrente cuando se discute sobre el Holocausto. Todo el que escribe sobre este tema escribe para expresar

<sup>49</sup> Como señala Amos ELON, el tema de tratar el pasado reciente en Alemania Oriental es denominado *Aufarbeitung*, término derivado del psicoanálisis y que significa "enfentarse" o "hacerse cargo de". ELON, Amos, *East Germany: Crime and Punishment*, "New York Review of Books", 14 de mayo de 1992, p. 6.

frustración –frustración sobre la forma en que se representó la verdad, sobre cómo se juzgó a los perpetradores, sobre cómo se hizo responsable a la sociedad alemana–. Ninguna reacción parece “correcta”. Sin saber exactamente qué otra cosa proponer, se siente algo de falso sobre todos los intentos de lograr la verdad o la justicia.

Aunque nunca de modo tan denso y dramático, mucho del debate sobre la purificación, más allá de sus aspectos puramente legales o de derechos humanos, plantea cuestiones similares. Los críticos de la purificación emplean rutinariamente la terminología religiosa de “caza de brujas” y “búsqueda de chivos expiatorios”. A primera vista, la estrategia parece ser una solución apropiada para el reclamo de purificación. Pero si el impulso era real, la forma que adoptó fue un *ersatz*, un falso sustituto de lo que la gente realmente quería, es decir, algún gesto de aflicción, contrición, vergüenza, confesión. La historia revela sombras de colusión, grupos no identificables de desviados. Como escribe el periodista de oposición checo Jan URBAN: “Lo que importaba era el silencio, no los bastardos individuales... Y todo el ruido que rodea actualmente a la purificación es simplemente una forma de mantenerse callados acerca del silencio... No estamos buscando hechos sino cazando fantasmas”<sup>50</sup>.

Esto no significa que todas las formas reales de expiación sean imposibles. Podemos imaginar “leyes de arrepentimiento” en las que los perpetradores que se arrepientan públicamente no sean castigados. Y, además de tratar con los perpetradores, pueden establecerse rituales individuales para limpiar la identidad de quienes fueron injustamente culpados. Los prisioneros políticos pueden ser rehabilitados por simples declaraciones públicas. Los nombres de las víctimas pueden limpiarse mediante la búsqueda de los archivos de la policía y los servicios secretos, de modo de descubrir a quienes hayan sido falsamente acusados, o arrestados arbitrariamente, o torturados, y luego recordar a la gente públicamente lo que se hizo con ellos. Los estigmas de “congelamiento” pueden de este modo ser derretidos, forma invalorable de ofrecer reparación tanto a las víctimas vivas como a los familiares y amigos de las víctimas desaparecidas.

En algún sentido, todas estas respuestas son formas de reconocimiento. Lo que se reclama no es sólo un registro público de los hechos, sino un sentido más profundo de remordimiento acerca del pasado. Como han hecho especialmente claro los sudafricanos<sup>51</sup>, esto significa requerir al gobierno anterior que haga dos reconocimientos bastante difíciles:

<sup>50</sup> Citado por WESCHLER, “New Yorker”, 19 de octubre de 1992, p. 82 (citado en nota 30).

<sup>51</sup> ASMAL, Kadar, *Victims, Survivors and Citizens. Human Rights, Reparations and Reconciliation*, Conferencia inaugural, University of the Western Cape, Pub. Serie A, n° 64 (ASMAL Victims).

1) admitir que el *apartheid* (o su equivalente en cualquier otro lugar) no fue un “error”, algo “irrelevante”, “un callejón sin salida”, “un libro cerrado” (todos términos realmente empleados) ni lo que el ex presidente De Klerk llamaba (hasta fechas tan recientes como marzo de 1992) algo que “comenzó en el idealismo por la búsqueda de justicia”. Esas son expresiones completamente inadecuadas como lamento por el deliberado sufrimiento causado;

2) conceder que la causa de la oposición estaba justificada: esto es, que la gente fue victimizada no porque estuviera equivocada o fuera mala, sino porque tenía razón y era buena.

Sólo de pocos de aquellos que han perdido el poder puede esperarse que hagan tales reconocimientos. En lugar de expresar arrepentimiento, es más probable que se vean a sí mismos como obligados por las circunstancias (la “historia”) a adecuarse al cambio. Los comentaristas sudafricanos son particularmente cínicos sobre la aparente facilidad con la cual algunos de los peores perpetradores del viejo régimen han adoptado la retórica de la “nueva Sudáfrica”, afirmando incluso que ellos sufrieron remordimiento privadamente en el pasado. En algunas transiciones, sin embargo, las nuevas constelaciones de poder permiten un reconocimiento genuino. En Chile, por ejemplo, cuando el presidente Aylwin presentó el informe de la Comisión de la Verdad por televisión, “pidió perdón” públicamente en nombre del Estado (por acciones sobre las que, como parte de la oposición, él no tuvo ninguna responsabilidad).

Algunos de los casos que estudiamos –especialmente aquellos donde la transición se hace con relativa buena fe y sobre la base de un período prolongado– ofrecen emotivas historias sobre la expiación voluntaria. Un ejemplo es la sencilla carta pública escrita en 1991 por un médico sudafricano, el Dr. Benjamin Tucker<sup>52</sup>.

En 1977, el Dr. Tucker se comportó de manera negligente y antiética al no ofrecer un tratamiento adecuado al líder negro Steve Biko, que se encontraba en prisión. Aceptó además crédulamente la versión de la Policía de Seguridad acerca de las heridas de Biko. Finalmente se supo la verdad sobre el asesinato de Biko, y en 1985 el Dr. Tucker fue hecho responsable y avergonzado al ser inhabilitado para la práctica por su “desgraciada conducta” por el comité disciplinario del Consejo Médico Sudafricano. Luego se lo rehabilitó: se le devolvió la licencia médica después de que mandara una carta pidiendo perdón al Consejo. La siguiente carta pública no sólo admite su negligencia, alega obediencia inconciente o manifiesta que sólo estaba haciendo su trabajo. Llega al fondo de la cuestión, ad-

<sup>52</sup> Publicada en “New York Times”, 10 de octubre de 1991.



mitiendo que había llegado a identificarse demasiado cercanamente con el interés de seguridad del Estado en lugar de ser fiel a la ética médica y personal.

La carta del Dr. Tucker es, simplemente, un pedido de perdón, la versión secular de un versículo bíblico de expiación. Se adecúa a la sutil definición de GOFFMAN de la disculpa como instrumento reparador:

"En su forma más plena, la disculpa tiene varios elementos: expresión de incomodidad y pena; clarificación de que uno sabe qué conducta se esperaba y simpatiza con la aplicación de la sanción negativa; rechazo verbal, repudio y desautorización de la forma errónea de comportarse junto con el vilipendio propio por haberse comportado de esa forma; abrazo de la forma correcta de portarse y en consecuencia compromiso para seguir ese curso; práctica de la penitencia y carácter voluntario de la reparación"<sup>53</sup>.

Debe notarse que mientras esta definición se funda claramente en nociones de culpa ("arrepentimiento"), también puede adaptarse a la teoría de BRAITHWAITE sobre la vergüenza reintegradora. Esto es lo que le sucedió al Dr. Tucker. Muchos sudafricanos han sido particularmente sensibles frente a los matices de la distinción entre culpa y vergüenza. Un conocido activista y militante por los derechos humanos, Albie SACHS, cuyo brazo fue amputado por una bomba mandada por los Servicios de Seguridad, cuenta un encuentro posterior con un *afrikaner* que le dijo "perdóneme"<sup>54</sup>. SACHS recuerda haberse sentido incómodo con este pedido de perdón en dos sentidos: primero, no había ninguna necesidad de que este hombre aceptara una responsabilidad colectiva meramente por ser *afrikaner*; segundo, todo pedido de perdón debía dirigirse no hacia los activistas blancos que hicieron elecciones concientes al unirse a la lucha democrática, sino hacia los millones de negros que sufrieron sin poder elegir. Pero tal vez, y SACHS podría estar de acuerdo en esto, este hombre expresaba no una culpa inapropiada sino una muy apropiada vergüenza.

Por más admirables —aunque raras— que sean estas expresiones individuales, tanto como sus manifestaciones colectivas (conmemoraciones, homenajes, reparaciones), ni ellas ni las comisiones de la verdad ni otra forma de responsabilidad cuadra demasiado con las demandas políticas por transformaciones sociales más amplias. Algunos han agregado que mucha de la retórica religioso-psicológica de la expiación es redundante.

<sup>53</sup> GOFFMAN, Erving, *Relations in Public* 113, Allen Lane, Londres, 1971. Agradezco a Tom SCHEFF por llamar mi atención sobre los modos en que los rituales de perdón aparecen en conflictos políticos como formas de reconocimiento. Algunas de estas ideas aparecen en SCHEFF, Thomas J., *Bloody Revenge: Nationalism, Emotion and War*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1993.

<sup>54</sup> SACHS, Albie, *Personal Accounts*, en BORAINÉ, *Dealing*, ps. 20-25 (citado en nota 1).

El arrepentimiento, o como quiera que se llame al cambio expiatorio, se produce "en la cabeza", no importa en tanto la gente se comporte o no. La vez los *villanos* deben ser juzgados por su historia y condenados a vivir frente a sus propios *crímenes*. Ellos deberían preocuparse tanto los sobrevivientes por pagar los daños de los victimarios?

Y aun cuando los rituales de la expiación son necesarios y útiles, esto no erradicará necesariamente las violaciones futuras. En los casos donde originaron las graves violaciones del pasado, por una parte, el proceso más amplio de democratización debe ir más allá de la expiación para poder responder a la entera base del gobierno y la sociedad civil.

## E. Reconciliación y reconstrucción

Las resonantes cuestiones de la reconciliación y reconstrucción presentan retóricamente como opuestas a las actitudes de "mirar hacia atrás" que miran hacia atrás. En lugar de castigar y retribuir los crímenes, los agresores y las víctimas deben reconciliarse mutuamente y avanzar juntos. En lugar de refugiarnos en el pasado, debemos mirar hacia adelante y repara y reconstruir la fábrica social. La mejor manera de avanzar es mirar el pasado y mirar hacia el futuro.

Este debate es mucho más complejo de lo que aparece en las discusiones polémicas. Como lo he señalado, la teoría de la reconciliación puede ser completamente auto-complaciente. Cuando se hace un llamado al gimen anterior, se trata de un intento de evitar la responsabilidad del empleo de mala fe de estos eslóganes. Los discursos de "vuelta la página", "lo pasado, pisado" y "madre como las mujeres" deben ser colocados en su contexto político. La reconciliación es un juego de co-maniquea, pero existe una diferencia entre un uso honesto y un uso "apoyado en principios" de las apelaciones a la reconciliación y la reconstrucción. Signo de hipocresía en la apelación es cuando los perpetradores se perdonan ellos mismos, se convierten el derecho de ser perdonados y adoptan la prerrogativa de cerrar el libro del pasado.

Las apelaciones a la reconciliación y reconstrucción apoyadas en principios no se basan en una negación del pasado. Por el contrario, dependen del pleno reconocimiento de lo que pasó. Esto es particularmente cierto cuando la reconciliación involucra algún elemento de perdón. Las víctimas y los sobrevivientes no pueden perdonar si no saben quiénes son los que están perdonando. La fase de la verdad necesita ser completada antes de que se intente dicho perdón y reconciliación. Pueden decir: "Perdona, pero tengo que saber a quien y por qué perdonarlo".

<sup>55</sup> Respuesta de una mujer uruguaya que recibió asistencia de un sacerdote a la desaparición de su hija. Citada en BORAINÉ, *Dealing*, p. 121.

vamente, no se trata solamente de una cuestión de conocimiento fáctico. La reparación política rara vez requiere de una similar inflicción de castigo. Como una organización de derechos humanos escribió al presidente de Klerk en 1992 cuando el gobierno sudafricano estaba planeando una amnistía general: "Es imposible esperar la "reconciliación" si parte de la población se niega a aceptar que algo alguna vez estuvo mal, y la otra parte jamás ha recibido un reconocimiento del sufrimiento que ha padecido o sobre la responsabilidad última por ese sufrimiento"<sup>56</sup>. Esto significa que si la reconciliación es usada como lo opuesto del castigo, hacer eso no significa "no hacer nada". Una reconciliación positiva —por ejemplo, los métodos usados por la Comisión chilena, tales como la compensación a las víctimas, la información directa a las familias, los homenajes— no deja atrás el pasado.

Sin embargo, a diferencia de la práctica de reconciliación como una "alternativa" a la justicia criminal, han habido pocos intentos de concertar encuentros de reconciliación después de transiciones de régimen —por ejemplo, entre torturadores y sus víctimas. La estrategia se usa con mayor frecuencia en un sentido social más amplio. Los estudiosos de la tortura, sin embargo, han aplicado la idea de reconstrucción al desmantelamiento del "régimen de tortura" en su totalidad<sup>57</sup>. Para que una práctica como la tortura ocurra durante un largo período en cualquier sociedad, ésta debe desarrollar sus propias leyes, jurisprudencia, burocracia gubernamental, lenguaje (como la jerga especializada usada por los torturadores y transmitida a sus víctimas) y justificaciones políticas. Este régimen no puede ser reemplazado por los rituales de la responsabilidad legal o cuasi legal. Debe haber una reeducación no sólo sobre el simple "valor" de los derechos humanos, sino sobre los límites de la obediencia, las virtudes de la denuncia de tales situaciones, el deber de intervenir, los límites permisibles del disenso. Las asociaciones profesionales, como las de médicos y abogados, tienen que comprender cómo fueron arrastradas hacia ese régimen. El desafío es el de identificar y revertir las condiciones sociales bajo las cuales se perpetraron los crímenes de obediencia.

Esa reeducación radical debe permitir también la posibilidad de que las "víctimas" sean realmente "sobrevivientes" y que, además, puedan ha-

<sup>56</sup> South Africa: *Accounting for the Past*, Hum. Rts. Watch Africa, Newsletter, 23 de octubre de 1992, p. 2. ASMAL (*Victims*) da amplios argumentos para sustentar la reconstrucción basada sobre la responsabilidad.

<sup>57</sup> CRELSTEN, Ronald D., *The World of Torture: A Constructed Reality* (presentado en el Seminario sobre Crimen de Tortura, Congreso Internacional de Criminología, Budapest, octubre de 1993).

ber sido "héroes". En efecto, una versión política de la normalmente individualista victimología puede ofrecer una guía instructiva al completo proceso de toma de decisiones políticas sobre el pasado vivido durante regímenes represivos. En lugar de una dudosamente relevante teoría disuasoria o de un rígido retribucionismo, la estrategia de reconstrucción puede basarse en los sobrevivientes y en los intereses que éstos representan. Los daños infligidos por el antiguo régimen —la pérdida de dignidad humana, la destrucción de la solidaridad, el veneno de la desconfianza— no pueden seguramente ser reparados por los medios legales tradicionales. El reclamo de las víctimas por el reconocimiento no requiere simplemente un registro fáctico o legal sino el reemplazo de su dolor y pérdida física por dignidad política<sup>58</sup>.

Sin embargo, los criterios en que se basan las víctimas rara vez son internamente consistentes. En algunas circunstancias, algunos sobrevivientes pueden darse por contentos con el relato de la verdad, la vergüenza de los victimarios y el testimonio político. De otros apenas puede esperarse que acepten una política que deja que perpetradores conocidos queden absolutamente libres de castigo si confiesan totalmente sus crímenes. En puntos como éste, la diferencia entre la "justicia estricta" y la "reconciliación apoyada en principios" se revela brutalmente. Basándose como lo hacen en razones retributivas, aquellos que están a favor de la responsabilidad estarán a favor del castigo aunque las víctimas y la voluntad democrática del público en general estén en contra. Su argumento es precisamente que el valor abstracto de la ley no puede ser determinado por las fluctuaciones de la opinión pública.

## F. Reflexiones finales

Plantear esos temas como cinco "discursos" separados constituye un ejercicio relativamente sencillo. Las preguntas realmente difíciles son las que tienen que ver con las relaciones entre ellos. ¿Cuál es el sentido de conocer si no se hace justicia? El fin que guíe el reclamo de responsabilidad ¿debería ser la justicia o la verdad? ¿Es el castigo a través del sistema de justicia penal un medio adecuado de llegar al conocimiento de los hechos? ¿Cuándo son las heridas "demasiado recientes" para ser curadas, y cuándo son "demasiado lejanas" para ser consideradas? ¿Es la justicia compatible con la reconciliación? ¿Puede aun la más rigurosa política de

<sup>58</sup> *Idem* cita 19. Sobre la noción de reemplazar dolor físico con dignidad política, ver AGGER, Inger, y JENSEN, Soren Buus, *Trauma and Healing under State Terrorism: Human Rights and Mental Health in Chile during the Military Dictatorship*, Informe al Consejo para la Investigación al Desarrollo, Ministerio de Relaciones Exteriores danés, 1993.

responsabilidad remover las condiciones políticas que permitieron los abusos iniciales?

Dentro de la comunidad de derechos humanos, existe tanto una amplia área de acuerdo como una única y profunda brecha de desacuerdo sobre esos temas. El acuerdo se expresa con los eslogans "amnistía, pero no amnesia" (atribuido a Adam MICHNIK) y "toda la verdad y tanta justicia como sea posible" (atribuido a José ZALAQUETT). El desacuerdo se plantea entre la postura de "estricta justicia", basada sobre principios kantianos, y la "reconciliación por principios", posición sustentada en un sentido más utilitario de intereses políticos más amplios.

No he planteado este desacuerdo de modo sistemático porque ha sido demasiado bien tratado por la literatura. Para una posición, representada por NEIER, el imperio de ley es un valor en sí mismo que debe determinar nuestras acciones sin depender del consenso democrático. Por el otro lado, representado por ZALAQUETT, "en términos de estricta equivalencia, el perdón y la reconciliación son preferibles al castigo"<sup>59</sup>. Dado que, por supuesto, las cosas jamás se presentan en términos de estricta equivalencia, la guía de ZALAQUETT se transforma en un sentido de lo políticamente viable. En este contexto, cita específicamente la famosa distinción de WEBER entre la ética de la convicción (que favorece la actuación a partir de preceptos éticos, independientemente de los resultados) y la ética de la responsabilidad (guiada por las consecuencias predecibles de la acción)<sup>60</sup>.

Este desacuerdo no siempre es tan agudo como parece. La posición de estricta justicia es sensible a las limitaciones políticas, y la posición de la reconciliación por principio, apoya la acusación bajo ciertas circunstancias. Ambas se oponen al olvido, ambas apoyan la compensación, ambas se oponen a la caza de brujas y ambas apoyan el modelo del debido proceso.

Aun cuando la terminología y el contexto difieran, esos debates podrían resultar familiares para los criminólogos: Los valores que subyacen a la reconciliación son similares a los que sustentan el abolicionismo, minimalismo y otras posiciones pacificadoras. Donde el debate resulta menos familiar es en su obsesivo énfasis en el valor del conocimiento. "Toda la verdad y nada más que la verdad" es aquí una fórmula menos piadosa que en la rutina cotidiana de los tribunales. Todas las estrategias –justicia, restitución, expiación o reconciliación– suponen el anterior conocimiento de la verdad.

<sup>59</sup> ZALAQUETT, en BORRINE, *Dealing*, p. 11 (citado en nota 18). La posición de NEIER fue planteada en la misma conferencia en ps. 1-3 y 99-102.

<sup>60</sup> ZALAQUETT, *Introduction to English edition of Report of the Chilean Commission*, p. XXX (citado en la nota 14).

## Tiempo y control social

¿Por qué debería alguna de esas preguntas interesar a los estudiosos del delito, del castigo y del control social?

Existe un obvio sentido, por el cual la mayoría de las formas de control social y todas las formas de castigo son respuestas al pasado. Ciertamente, existen formas preventivas y proactivas de control social –vigilancia, tareas de inteligencia, detención preventiva, medición del riesgo, investigaciones psicológicas, predicciones clínicas y estadísticas, prevención situacional del delito– que están dirigidas solamente al presente o a eventos futuros desconocidos. El acto desviado o delictivo aún no ha sucedido. Y esas formas dirigidas al futuro podrían en efecto ser características de la "nueva penología"<sup>61</sup>.

Pero el castigo a través del modelo del derecho penal permanece en el corazón de todos los sistemas de justicia y control social promovidos por el Estado. Por definición, el modelo está dirigido hacia el pasado, hacia lo que ya ha sucedido. Aun las formas de control social que están fuera del modelo punitivo –restitución, compensación, solución de conflictos, reconciliación, terapia– implican alguna manera de hacerse cargo de un evento pasado.

Pero este sentido obvio de dirección hacia el pasado –el acto criminal ocurre en el pasado biográfico del individuo– no es especialmente útil cuando se habla de historia política. Tampoco el concepto de "control social" resulta particularmente relevante en cuanto a decisiones políticas sobre los crímenes estatales de regímenes previos –excepto en el clásico sentido orwelliano: "Quien controla el pasado, controla el futuro. Quien controla el presente, controla el pasado".

Las dimensiones temporales del control social han sido en conjunto menos observadas que sus dimensiones espaciales. Bajo la influencia de FOUCAULT, hemos estudiado cómo la regulación social se distribuye en el espacio. De allí el contraste entre modelos concentrados, jerárquicos y centrados en el Estado con varias formas de modelos dispersos, panópticos o desestructurados. Esta literatura está llena de metáforas espaciales: concentración, penetración, dispersión, control sobre el espacio, espacio corporal, espacio público y privado.

Pero ¿cómo podríamos pensar temporalmente en la distribución de control social en el Estado moderno? Solamente algunos sociólogos, como SPITZER, han planteado explícitamente la pregunta acerca de cómo los Es-

<sup>61</sup> FEELEY, Malcolm M., y SIMON, Jonathan, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*, 30 *Criminology* 449, 1992.



tados crean y refuerzan un sentido de continuidad sobre el tiempo, y cómo esta continuidad influye sobre el orden público<sup>62</sup>.

El problema de escapar al control social centrado en el Estado es el de establecer un quiebre entre presente y pasado. Para el individuo, librarse del control social significa transformarse en un fugitivo permanente, que huye del propio pasado<sup>63</sup>. En todo el mundo la gente convive con sus espantosos recuerdos, como víctima, sobreviviente, perpetrador, testigo. Se ve a sí misma atrapada en el pasado, habla de escapar del pasado o de vivir en el pasado. O bien trata de negar u olvidar un pasado doloroso, a través de alguna compleja forma de amnesia, pareciendo realmente incapaz de recordar. Como los pacientes de Oliver Sachs, la gente necesita el equivalente psicológico del L-DOPA para despertar.

Al menos en el contexto político, los individuos no están sujetos a tales procesos neurológicos unitarios. Existe más de una percepción acerca del pasado, la percepción siempre se distorsiona para hacerse compatible con la agenda del presente. Para los crímenes del Estado —mucho más que para cualquier delito no ideológico— la memoria personal se encuentra profundamente contaminada por el paso del tiempo político. La memoria es un producto social —un producto que refleja la agenda y la ubicación social de aquellos que la invocan y la lucha política por suprimir o resucitar lo que ha sido o podría potencialmente ser olvidado—. Cuando se dice que solamente se estaba “cumpliendo con el deber”, o que uno era “solamente un engranaje en la máquina”, o que “otros han hecho cosas peores”: ¿era esto “verdad” en el momento, o fue fabricado a la luz de la posterior historia política?

Por supuesto, éste también es un tema central cuando se teoriza sobre el delito común. Sobre esto versa precisamente el debate acerca de “las técnicas de neutralización”: ¿son las típicas explicaciones y negaciones, y el vocabulario sobre los motivos que ofrecen los delincuentes solamente racionalizaciones *ex post facto*, o bien fueron causalmente significativos cuando el delito fue cometido originalmente? El problema teórico es similar<sup>64</sup>, pero obviamente el tema de los crímenes estatales del pasado plan-

<sup>62</sup> SPITZER, Steven, *Policing the Past*, presentado a la Reunión Anual de la Law & Society Association, Amsterdam, junio de 1991 (SPITZER, *Policing the Past*).

<sup>63</sup> La novela de Martin Amis, *Time's Arrow*, Vintage, Nueva York, 1991, es una original meditación sobre este tema: un criminal de guerra escapado que vive en los Estados Unidos remonta su vida hacia atrás hasta el momento en que se convirtió en un médico de Auschwitz.

<sup>64</sup> En otro trabajo aplico la conocida teoría de la neutralización de SYKES y MATZA para analizar los casos en los que el gobierno niega haber sido cómplice en los crímenes estatales: COHEN, Stanley, *Human Rights and Crimes of the State: The Culture of Denial*, 26 Australian & New Zealand J. Criminology 97, 1993.

tea temas más dramáticos y fatídicos. El “tiempo real” del delincuente que robó un banco el año pasado no es muy diferente del tiempo de su juicio penal hoy. Pero el torturador de la dictadura militar del año pasado no siempre parece pertenecer completamente al tiempo de hoy.

Harold ROSENBERG, escribiendo acerca de la película de Marcel Ophüls, *The Memory of Justice*, medita sobre la profunda discontinuidad que resulta del hecho de que el acusado es siempre juzgado por un acto que ha cometido en el pasado. Al tiempo de su juicio, es una persona diferente. “En alguna medida, el castigo es siempre atribuido a un extraño que lleva el nombre del criminal”<sup>65</sup>. Esto, nuevamente, es verdad para todos los delincuentes. Pero el criminal de Estado comparece frente a un tribunal bastante más profundo que un juzgado ordinario: nada menos que ante el “juicio de la historia”. En esos casos puede proyectarse el tiempo desde el momento del delito hacia atrás. ROSENBERG recuerda que, durante los primeros juicios a los colaboracionistas franceses, a SARTRE y DE BEAUVOIR les preocupaba la pregunta de la identidad: ellos habían conocido a esa persona en la escuela, un muchacho brillante y amistoso. ¿Qué tenía que ver aquel muchacho con ese despreciable informante que se encuentra en el estrado? O —y aún más relevantemente— podemos proyectar el tiempo desde el momento del delito hacia adelante: sería este mequetrefe de aspecto inofensivo ante la corte —Eichmann mirando a través de sus anteojitos— capaz de cometer esas atrocidades ahora? Un sobreviviente de Auschwitz pasa frente al banquillo de los acusados de Nuremberg y súbitamente los ve como seres humanos:

“Ha tenido lugar una metamorfosis. Los criminales reales han sido retirados de la historia y nunca regresarán. En su lugar ha quedado un grupo de individuos envejecidos, enfermos y que tiemblan de miedo. La sentencia será dictada contra un grupo de imitadores, una colección de maniqués tomada de un museo de cera. En el peor de los casos, esos tipos débiles y mediocres, “igual que cualquier otra gente”, sólo pudieron haber sido, como ellos alegan, piezas en la máquina de la muerte diseñada de alguna manera por la historia”<sup>66</sup>.

Por supuesto, no todos los criminales de Estado se presentan como mediocres tan patéticos. Dependiendo de las circunstancias, puede suceder fácilmente que sean arrogantes, desafiantes y soberbios. Como los generales argentinos, o Ceausescu en Rumania, pueden justificar orgullosa-

<sup>65</sup> ROSENBERG, Harold, *The Shadow of the Furies*, “New York Review of Books”, 20 de enero de 1977, p. 47.

<sup>66</sup> *Idem* p. 48.

mente, condenar a sus jueces, no reconocer la legitimidad del tribunal. Pueden incluso afirmar que ni la información registrada por las comisiones de la verdad, ni los detalles revelados en los juicios penales, los harán retractarse de la justicia histórica de su causa. Esto es lo que el condenado ex comandante de la junta argentina Emilio Massera quiso decir con sus escalofrantes palabras: "Mis críticos pueden tener la crónica, pero la Historia me pertenece."

Estas apelaciones a lealtades más altas (la "causa sagrada") o el negarse a admitir la responsabilidad ("sólo se cumplían órdenes") son intentos de negar la historia, de transformarse en fugitivos del tiempo, de ser juzgados no por estándares de hoy (legalidad, derechos humanos, justicia) sino por los estándares del pasado. Aún más claramente que el ladrón del banco, o que el delincuente económico, estos perpetradores nos están diciendo: "Si hubieran estado entonces allí, ustedes habrían hecho lo mismo". En consecuencia, libérenme, librenme de la historia.

La voz del presente —verdad, responsabilidad, compensación, expiación— está en pugna contra ese llamado. Cualquiera sea la forma que esta lucha adopte —castigo legal o purificación masiva— y cualquiera sea el grado de justicia del proceso, la nueva sociedad se resiste a aceptar estos alegatos acerca de la relatividad histórica. Repite lo que Rosenberg cuenta que se gritaba desde el palco durante el juicio de Eichmann: "Pero, ¡ah!, deberían haberlo visto con su uniforme de coronel". El juicio versaba sobre ese otro: la criatura con poder para disponer la muerte de millones de personas, no el anciano calvo de auriculares; el médico que violaba y torturaba, no este hombre apacible que dirige una clínica en Montevideo.

Tanto más para el individuo. ¿Pero qué refugio queda entonces para lo colectivo, para la sociedad toda? Estar libre de control social significa carecer absolutamente de espacio para el conocimiento histórico. No hay necesidad de rituales colectivos de expiación o de reparación porque nada ha sucedido, no hay nada de qué arrepentirse. Sociedades enteras se vuelcan hacia la negación en masa, que acarrea consecuencias terribles, en especial para las víctimas y los sobrevivientes que se encuentran, como los armenios, literalmente dislocados del tiempo histórico. Dado el ritmo de los sucesos, este vuelco es normal<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Nótese, sin embargo, que al mismo tiempo sucesos tales como el Holocausto retornan en el tiempo y se hacen insoslayables, de manera que el panorama contemporáneo de la conmemoración se torna más denso. El resultado es la industria conmemorativa *kitsch* que es consumida masivamente por aquellos a quien James Young llama acertadamente "turistas de la memoria". Ver Young, *Texture of Memory* (citado en nota 25).

El control social puede lograrse no sólo a través de las maneras que he discutido aquí y que se asumen en las discusiones de criminólogos, abogados y militantes de derechos humanos: esto es, investigando y confrontando incansablemente el pasado —abriendo hasta el último archivo, cavando la última tumba, denunciando al último informante, castigando al último perpetrador, ofreciendo reparación a la última víctima—/El modelo de castigo individual que predomina en la criminología y en el trabajo legal sobre derechos humanos presume que el control está inextricablemente ligado a la responsabilidad. Se descubre la verdad sobre el pasado para obtener justicia en el presente.

Pero el control social —como nota SPITZER<sup>68</sup>— también es posible a partir de la transformación u obliteración del pasado, especialmente cuando se debilita o redefine la relación entre lo que pasó y lo que existe en el presente. El control social puede lograrse no abriendo el pasado a escrutinio, sino cerrándolo, estableciendo deliberadamente barreras a la memoria. Este modo de tomar decisiones políticas sobre el pasado no requiere la recuperación de la memoria, sino su erradicación.

Todas las sociedades usan las dos estrategias, la recuperación y la erradicación. Pero tal vez algunas sociedades en particular, en épocas particulares, se vuelquen hacia uno u otro modo, control por apertura, control por cierre. Y tanto la apertura como el cierre son, por supuesto, altamente selectivos. SPITZER sugiere una distinción entre *regímenes de continuidad y regímenes de discontinuidad*. En los *regímenes de continuidad*, la amnesia selectiva es inducida a través de la eliminación de elementos especiales del pasado y de la preservación de otros. El pasado debe conformarse al presente para establecer una versión de la historia (una narrativa dominante) para legitimar la política actual. La forma stalinista de controlar el pasado —la deliberada supresión y distorsión de la historia— es el ejemplo clásico de este tipo de régimen<sup>69</sup>. Por otro lado, hay un olvido selectivo en los *regímenes de discontinuidad*, en los que dominan las múltiples narrativas del mercado. Aquí, el olvido es un subproducto del veloz cambio social, una "historia" posmoderna de Disneylandia, una incapacidad para asimilar el presente. El pasado no se oblitera deliberadamente, ni se reescribe

<sup>68</sup> SPITZER, *Policing the Past*, p. 3.

<sup>69</sup> Muchos comentaristas de la actual fase de descubrimiento del pasado en sociedades totalitarias han celebrado el fracaso de la reescritura de la historia. Como dice HAVEL, "Es verdaderamente sorprendente descubrir cómo, después de décadas de historia falseada y de manipulación ideológica, no se ha olvidado nada". HAVEL, Vaclav, *The Post-Communist Nightmares*, "New York Review of Books", 27 de mayo de 1993, p. 10. Los futuros estudiosos de la violencia política deberán explicar cómo se usa la presente recuperación e invención de estas "memorias" para justificar el odio nacionalista y étnico.

en el sentido orwelliano, sino que literalmente se evapora en la cacofonía del presente.

Los regímenes de continuidad, como señala SPITZER, tienden a ser centrípetos. En sociedades comunistas o en sociedades totalitarias clásicas, la verdad se moldea a partir de un centro único, un núcleo homogéneo de creencias que no deben ser cuestionadas o perturbadas. El pasado es adaptado y revisado continuamente para que refleje los cambios en el pensamiento y la actual agenda política. Algunos sucesos son, como en la frase memorable de Kundera, "aspirados" de la historia, pero pueden ser restaurados cuando las ideas o personas previamente inaceptables son rehabilitadas. Esta experiencia explica precisamente por qué la purificación es tan característica de esas sociedades. Se trata justamente del tipo de política esperable de regímenes acostumbrados a la reescritura de la historia —de sociedades que han atravesado secuencias previas de revueltas, seguidas de purgas, seguidas de la reescritura de la historia—. Un día uno se beneficia del poder y del favor; el día posterior, le toca a otro<sup>70</sup>.

El proceso es diferente y más sutil en las sociedades de mercado posmodernas. En estos regímenes de discontinuidad, el conocimiento se desintegra y está sometido al escepticismo, a la revisión y a la ironía. La verdad se disuelve en una implosión de demasiada información o cuasi-información, hechos o "hechoides", documentales o reconstrucciones dramáticas. El movimiento es más centrífugo que centrípeto. Se hace difícil establecer la conexión entre lo que pasa y lo que ha pasado antes. El pasado es borrado sin necesidad de censura, propaganda o del Ministerio de la Verdad de ORWELL.

A diferencia de SPITZER, dudo que se trate de dos tipos completamente distintos de sociedades, o que haya una diferencia fundamental entre sociedades comunistas y sociedades de mercado. Además, el movimiento global hacia el libre mercado (la otra cara de la democratización) permitirá que formas posmodernas de olvidar complementen a las formas más viejas e ideológicas. Por ejemplo, la muy tradicional (continua, lineal, centrípeto) manera turca de negar el genocidio armenio ha sido complementada en el presente por una versión contemporánea, posmoderna. El discurso es ahora el del relativismo vacío, la repetición mecánica de la idea es-

<sup>70</sup> Por ello en Rumania, el juicio y ejecución de los Ceaucescu y los primeros juicios de sus colaboradores directos recordaban más a los juicios-espectáculo stalinistas que al precedente de Nuremberg al que apelaban. Algunos sostienen que las sentencias de muerte se impusieron un día antes de que comenzara el juicio putativo, y que se vieron varias versiones del juicio editadas en video. Algunos comentaristas cínicos han llegado a decir que toda la transición fue falsa. Ver CODRESCO, Andrei, *The Hole in the Flag: Smoke and Mirrors in the Romanian Revolution*, Morrow Press, Nueva York, 1992.

túpida de que siempre debe haber otro punto de vista<sup>71</sup>. Bajo la excusa de "mirar a los dos lados", el enorme registro histórico de masacres se convierte ahora en "afirmaciones", "sentimientos", "pretensiones" o "rumores".

Sería difícil clasificar, y mucho más predecir, los varios métodos de tomar decisiones políticas sobre el pasado que surgen de estas distintas formas de recuerdo y olvido colectivos. En cada una de las muy diferentes transiciones actuales que nos interesan, sólo aparece un punto en común: la necesidad de afirmar la discontinuidad entre el pasado y el presente. La historia sufrió una ruptura; algo sucedió, y ya no sucede más; no tiene sentido seguir hablando demasiado de ello por demasiado tiempo.

Los críticos de los fracasos actuales de varios sucesores de regímenes totalitarios en hacerse cargo de su pasado deben recordarnos que muy pocas naciones han reconocido plenamente a sus propias víctimas nacionales. La historia internacional de los pueblos indígenas —el tratamiento de los americanos nativos o de los aborígenes australianos— es un caso obvio en el que "Occidente" difícilmente sirva como ideal. El actual resurgimiento de interés en estas historias de mucho tiempo atrás también revela cómo las estrategias de tomar decisiones políticas sobre el pasado se revisan continuamente. Podemos entender cómo la naturaleza del presente determina la manera en que se revisa el pasado, sin chocar con la negación posmoderna del estatus de afirmaciones de verdad independientes de tiempo y espacio.

Quiero concluir con tres viñetas que ilustran los temas de preocupación que han sido cubiertos por este ensayo.

El primero viene del Uruguay, de un documental televisivo realizado con la ayuda de organizaciones que atienden a víctimas de tortura<sup>72</sup>. Una víctima de la horrible tortura del régimen militar uruguayo, cuya mano sufrió una lesión permanente, visita un pequeño pueblo en el que vivió antes y durante el régimen. No puede soportar vivir permanentemente allí porque en el mismo pueblo vive el médico que, se sabe, lo torturó. El médico no fue castigado, ni expulsado de la asociación médica, y sigue ejerciendo la profesión. En uno de los cuadros del documental, la víctima señala el consultorio del torturador. Los dos hombres pueden cruzarse en cualquier calle.

¿Debió el torturador ser castigado, inhabilitado para la práctica médica, obligado a pagar una reparación? ¿O es esta una forma deseable de "vergüenza reintegradora"?

<sup>71</sup> DE PRES, Terence, *On Governing Narratives: The Turkish-Armenian Case*, 75 Yale Review 517, 1986, y GOEKJIAN, Gregory F., *Genocide and Historical Desire*, 83 Semiotica 211, 1991.

<sup>72</sup> *Doctors and Torture*, BBC 1, difundido el 1º de septiembre de 1990.



Mi segunda imagen viene de Zimbabwe. Después del inicio del gobierno de la mayoría, el nuevo gobierno negro amnistió efectivamente a oficiales del previo régimen blanco que habían cometido violaciones a los derechos humanos. No sólo no se los sometió a la justicia, sino que en algunos casos mantuvieron sus puestos en los niveles inferiores de la policía y de los servicios de inteligencia. Hubo una reticencia para realizar persecuciones legales, debido al temor a perder la confianza de los blancos. De modo que estos oficiales blancos continuaron su trabajo para sus nuevos jefes políticos. Se cuenta que el actual ministro de Estado responsable de la seguridad presenta rutinariamente a periodistas y activistas de derechos humanos visitantes, al hombre que fue su torturador cuando él mismo fue detenido político, antes de la independencia. El oficial cumple ahora el mismo papel que cumplía antes en el equipo del ministro.

¿Sana reconciliación nacional? ¿O ejemplo espantoso de continuidad del poder estatal a pesar de las diferencias políticas?

La tercera imagen viene de Marruecos. Tazmanant era una fortaleza secreta que funcionaba como campo de detención en el sur de Marruecos. Durante 18 años, desde 1971 a 1993, cincuenta y ocho presos políticos fueron detenidos allí en condiciones lamentables. La mitad murió debido a la forma en que eran tratados, todos sufrieron terriblemente. De todos modos, pese a la frecuente denuncia de organizaciones de derechos humanos, el gobierno marroquí negaba la existencia de la prisión. Aún en julio de 1991, el Rey Hassan decía en una declaración pública que "Tazmanant existe sólo en la mente y en la imaginación de gente con malas intenciones". Aproximadamente en esa época, los últimos detenidos fallecieron o fueron soltados. No se notificó a las familias de su suerte. El lugar que nunca existió fue cerrado. En junio de 1992, el Rey Hassan dijo que "Era un lugar para mantener personas administrativamente asignadas allí... no hay razón para que siga existiendo. El capítulo está cerrado. Existía. Ya no existe más. Eso es todo"<sup>73</sup>.

Conocimiento sin reconocimiento, sufrimiento sin reparación, violación sin responsabilidad, horrores que no fueron exorcizados, historia sin continuidad. Un perfecto suceso posmoderno.

<sup>73</sup> Ver Amnesty International, *Morocco: Tazmanant: Official Silence and Impunity*, Amnesty International, Londres, noviembre de 1992.

## ¿GARANTISMO VS. FUNCIONALISMO?

Carlos Creus

Nada nuevo se dice cuando se hace notar que detrás de toda teoría penal se despliega el panorama de la justificación del Derecho penal (las que no lo hacen sólo alcanzan el grado de tesis). Pero aquel alcance teórico no estuvo presente (mejor dicho su examen fue eludido o disimulado) ante la indiferencia que el perfeccionamiento de la teoría jurídica del delito fue alcanzando durante el desarrollo del "positivismo jurídico" (si se emplea la calificación sólo para referirse a un período de la historia del pensamiento penal). Pero, por distintos motivos, la justificación del Derecho penal se presentó como más vigente a partir del finalismo welschiano, se acentuó ante la quiebra que parte de aquel positivismo había introducido en el Derecho penal liberal y de los esfuerzos por repararla de la filosofía penal post-bélica en el occidente europeo y, aún sin salir del "sistema" alcanza su *clímax* actual en la reelaboración de la teoría de la pena que interfiere en los conceptos de la teoría del delito convertida en teoría de la imputación, designación, ésta, que va más allá de un mero cambio de nomenclatura.

Como es normal en el mundo no empírico, cada una de las opiniones necesita encontrar (o crear) una "enemiga" para poder desarrollarse, asignándole características diferenciales aunque se las exagere o se las desfigure. El finalismo se desplegó en combate contra un "causalismo" difícil de identificar con las características que le atribuyó, el iusnaturalismo post-bélico lo hizo contra un positivismo jurídico que, parcialmente, podía invocar (o inspirarse) en un purismo kelseniano asumido —conciente o inconscientemente— a medias. Aparentemente hoy se pretende entablar combate entre el "garantismo" —que intenta blindar principios del Derecho penal liberal—, el cual ha signado como enemigo al "funcionalismo", al menos en aspectos de sus consecuencias principistas. Se impone, pues, alcanzar una visión —lo más clara posible— de este nuevo frente, determinando cuáles son los contenidos que se atribuye el garantismo (no exactamente igual en todas sus versiones) y cuál es el núcleo teórico del "funcionalismo" (también presentado en distintas versiones). Recurra-