

# LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN EN EL CONO SUR COMO HISTORIA GLOBAL

## Un caso de convergencia jurídica

**SALVADOR MILLALEO**

Becario postdoctoral de la Sociedad Max Planck (República Federal de Alemania) en el Instituto Max Planck para el Derecho penal extranjero e internacional. Doutor em Sociologia pela Universidade de Bielefeld. Professor Sociologia do Direito, Universidade Alberto Hurtado. Professor pesquisador de Direito y Tecnología, Centro de Estudos em Direito Informático, Universidade de Chile. Abogado.

**RESUMEN:** El artículo describe las convergencias en la elaboración del pasado de las dictaduras del Cono Sur de Sudamérica, especialmente en el tratamiento jurídico de las violaciones graves a los derechos humanos, de manera que pueden ser consideradas como elementos de una historia global del Cono Sur. A partir de los factores comunes que dieron origen a las violaciones a los derechos humanos en las dictaduras sudamericanas, se analizan los desafíos también comunes en la reacción jurídica ante tales situaciones en las transiciones a la democracia que imponían limitaciones a las posibilidades de reacción. En particular, es analizado el modelo de justicia transicional, como proyecto político

global que sustrae de la justicia penal la reacción ante crímenes de lesa humanidad y orienta dicha reacción hacia modelos de reconciliación y justicia restaurativa. Sin embargo, la insuficiencia del modelo de justicia transicional dará origen a formas de justicia criminal que remueven los obstáculos de persecución penal, imponiéndose en países como Chile y Argentina. Los casos de Uruguay y Brasil aún no presentan rasgos definitivos, pero parecen evolucionar en la misma dirección.

**PALABRAS CLAVE:** Direitos humanos – Direito penal – Globalização jurídica – Justiça de transição – Post-transição – Cone sul.

**SUMÁRIO:** 1. Para una historia global de la transición política en el Cono Sur – 2. Elementos de convergencia regional – 3. Los modelos de elaboración del pasado y el predominio de las Comisiones de la Verdad – 4. La renovada persecución criminal en la justicia transicional del Cono Sur – 5. Conclusiones – 6. Bibliografía.

Los países del Cono Sur de Sudamérica tienen en común muchas cosas. Dentro de ellas destaca que la historia reciente sea bastante similar en diversos aspectos. Los países de Argentina, Chile, Uruguay y Brasil han pasado todos ellos por un cambio en el régimen político dentro los últimos 30 años, abandonando gobiernos de dictaduras militares y transformándose en democracias de base liberal (O'Donnell et al., 1986; Huntington, 1994). Este proceso de transición enfrentó rápidamente como uno de sus problemas fundacionales la llamada elaboración del pasado.

Tal y como fue acuñado el concepto en el contexto alemán donde nació, la elaboración del pasado (*Vergangenheitsbewältigung*) puede definirse como el conjunto de aquellas acciones y conocimientos con el cual se comporta cada nuevo sistema democrático respecto del estado previo no democrático (König, 1998: 375). Se trataría, como indica la definición, de cómo las nuevas democracias tratan con los legados estructurales, personales y culturales del régimen anterior. Parece consubstancial al proceso de cambio político – como lo instancia la historia del Cono Sur – que el sistema jurídico haga una reflexión respecto a cómo tratar con los legados de las pasadas dictaduras, los cuales incluyen violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, diversos delitos y daños civiles.

Las operaciones y semánticas de aquella reflexión del sistema jurídico son descritas ampliamente en la actualidad bajo el concepto de justicia de transición (*Transitional Justice*), el cual ha sido expandido constantemente en las últimas décadas, generando una reconocida visibilidad y prácticas globales identificables y diferenciables de las estructuras regulares del derecho, incluyendo tribunales internacionales, tribunales especiales, comisiones de la verdad, medidas de reparación etc.

En este texto, afirmamos que no hay nada obvio en la génesis y aplicación de tales prácticas, sino que consiste en una manifestación de la transformación del derecho en su proceso de globalización intentando legalizar las prácticas precarias de la política. Esto quiere decir que el derecho reconstruye sus límites para asegurar las dificultades de las políticas de transición política y lo está haciendo mediante estructuras y semánticas globales.

## 1. PARA UNA HISTORIA GLOBAL DE LA TRANSICIÓN POLÍTICA EN EL CONO SUR

Del conjunto de legados y lastres que dejaron las dictaduras del Cono Sur, fueron las violaciones a los derechos humanos cometidas durante los gobiernos anteriores una de aquellas que concentraron una fuerte atención de los

gobiernos democráticos (Sancinetti/Ferrante, 2002; Millaleo/Fernández, 2007; Sabadell/Espinoza, 2009). Muchos de los rasgos que presentan esos fenómenos son similares debido a que fuertes factores globales actuaron detrás de ellos en el contexto de la guerra fría y las estrategias de alianza o tolerancia de las democracias occidentales en países con dictaduras conservadoras que pudieran reprimir movimientos revolucionarios o de izquierda en general, los cuales fueron vistos como una amenaza para la hegemonía occidental. El ascenso y criminalidad de las dictaduras del Cono Sur se explican por un ajuste regional a fenómenos globales, pero también su caída y reemplazo por nuevas democracias, así como el tratamiento del pasado dentro de ellas, se inscribe en lo que se ha venido a denominar historia global (Geyer/Bright, 1995).

De acuerdo a Geyer y Bright, “in a global age, the world’s pasts are all simultaneously present, colliding, interacting, intermixing producing a collage of present histories that is surely not the history of a homogeneous global civilization” (idem, p. 1042). La historia global en el caso de la historia política reciente del Cono Sur está vinculada no sólo por las dictaduras que surgen en el contexto de la guerra fría, sino que también por las luchas de los movimientos democráticos por recuperar la democracia. La actividad de los movimientos de derechos humanos nacidos para combatir a esas dictaduras – los cuales alimentaron a un movimiento global que sigue desarrollándose – fue fundamental para generar las situaciones de transición y determinar sus trayectorias en esta región (Risse, 1999; Mazlich, 2006: Cap. 5). Pero dichas situaciones fueron estructuradas por una serie de otros factores y elementos diversos en cada uno de los sistemas políticos en que sucedieron, de manera que siguieron trayectorias divergentes, las cuales, sin embargo, han vuelto una y otra vez a converger.

La llamada “tercera ola” de democratizaciones (Huntington, 1994) no consistió en la simple difusión de la idea occidental de democracia, sino en una ecuación de las realidades regionales y fenómenos globales que estaban provocando el colapso de la legitimidad de los regímenes autoritarios y totalitarios. Las transiciones a la democracia en el Cono Sur son, en cualquier caso, un fragmento de historia global en el cual concurren elementos locales que hicieron que la llamada tercera ola fuera un proceso único y de los más dramáticos en la historia global (Mainwaring/Pérez-Liñán, 2005: 19), habiendo sobrevivido las nuevas democracias de la región a grandes expectativas y a difíciles situaciones económicas. Como en el resto del mundo, la justicia transicional está estrechamente – con la sola salvedad de Brasil – asociada a la realización de esa tercera ola de democratización en el Cono Sur en la elaboración de su pasado dictatorial. En efecto, la experiencia de dicha región fue esencial para

la acuñación del concepto y la primera delimitación del campo de la justicia de transición, diferenciándola de la clásica noción de la elaboración del pasado, la cual era eludida por su estrecha vinculación con medidas de persecución criminal y la interpretación histórica que se hace en la actualidad de los sucesos que motivan dicha persecución. De acuerdo a Paige, "The field of transitional justice, so defined, came directly out of a set of interactions among human rights activists, lawyers and legal scholars, policymakers, journalists, donors, and comparative politics experts concerned with human rights and the dynamics of "transitions to democracy," beginning in the late 1980s" (Paige, 2009: 324), en donde la sistematización de la experiencia de los casos de Argentina y Uruguay ejercieron un profundo influjo para la limitacionalidad de las medidas jurídicas en las transiciones democráticas.

A esa nueva emergencia de la justicia transicional, Ruti Teitel la llamó la segunda época de la justicia de transición, asociándola a la tercera ola de transiciones democráticas, pero exagerando el vínculo de continuidad con una primera época que sería la de la postguerra en los cuarenta y cincuenta respecto de las atrocidades de los nazis y japoneses. Investigaciones como las de Gary Bass y Jon Elster muestran cómo la problemática de las decisiones jurídicas para confrontar legados de criminalidad de Estado o política en el pasado exceden con mucho la periodización de Teitel (Bass, 2000; Elster, 2004). La misma Teitel muestra cómo se individualiza claramente la segunda etapa respecto de la primera mediante el recurso a límites para la persecución criminal, anteponiendo la pacificación a la justicia y reduciendo ésta a la verdad (Teitel, 2003: 75-85).

A diferencia de la concepción original de la elaboración del pasado, la justicia transicional sustituye el modelo de justicia criminal y civil con responsabilidad jurídica por los crímenes del pasado por un modelo de justicia restaurativa que limita y muchas veces sustituye la justicia criminal y civil. Dicha concepción se originó precisamente en las transiciones a la democracia en el Cono Sur (Oettler, 2006). El mecanismo principal de dicho nuevo modelo son las comisiones de verdad, las cuales, persiguiendo políticas de reconciliación en nuevas democracias, limitan las medidas de persecución penal para sustituirla por la verdad, la reparación y el perdón. Según Oettler, las comisiones de verdad son una situación propia originalmente de Latinoamérica (idem, p. 118).

La historia de la justicia de transición en el Cono Sur está sin duda íntimamente ligada a la limitacionalidad de sus medidas jurídicas, tal y como lo demuestran cada una de las situaciones de los países considerados.

En Argentina, la derrota militar en la guerra de las Malvinas y la profunda crisis económica detonaron una transición caracterizada por la ruptura, en la cual los elementos del régimen militar pierden en un primer momento gran parte de su influencia sobre la nueva democracia, lo cual marcará un intento de justicia de transición inicialmente caracterizado por la persecución penal efectiva (Nino, 2006). En cambio, en Chile, Brasil y Uruguay la transición se produce mediante negociaciones explícitas o un ajuste implícito, que determinaron o bien su gradualidad o su transaccionalidad. Dichas transiciones asumieron desde un primer momento un pesado lastre de compromisos que van a determinar limitativamente sus opciones. Sin embargo, la transición por ruptura en Argentina a la larga también será limitada.

En el caso argentino, si bien la deslegitimación del actor militar permitió en un principio una fuerte política de revelamiento de la verdad y justicia, crecientes presiones golpistas de sectores militares dieron como resultado dos leyes de obstaculización a la persecución criminal (Ley de Punto Final, 1986, y Ley de Obediencia Debida, 1987), y los decretos de indulto del gobierno de Carlos Menem en 1989 y 1990. Pese a que continuarán las llamadas causas de la verdad y los juicios por secuestro de hijos de desaparecidos, la historia parecía haber quedado definida, pero no fue así. Los jueces reabrirán los procesos judiciales y volverá a practicarse una persecución criminal efectiva, lo cual es difícilmente explicable desde la perspectiva de la justicia transicional como enfoque limitativo y ha motivado – junto con el caso de Chile o Brasil – la conceptualización de una “justicia post-transicional”.

Por otro lado, en el caso de Chile se instala en su primer gobierno democrático, bajo influencia el modelo argentino, una Comisión para la Verdad y la Reconciliación (1991), pero no hay una persecución penal efectiva salvo en casos excepcionales, pues predominó una estrategia de gradualismo secuencial en la reforma del sistema político. El gobierno siguiente perdió rápidamente el interés en la persecución criminal y en la justicia de transición en su globalidad, de una manera que sólo un evento exterior – aunque gatillado por secuelas de los crímenes de la dictadura – permitirá revertir, cual fue la detención del ex-dictador Pinochet en Londres por causas de DD.HH. seguidas en España (1998-2000). La consecuencia será la reapertura de una serie de causas judiciales – muchas de las cuales ya han sido falladas con condenas criminales efectivas – y la ampliación del modelo de la comisión de verdad mediante dos comisiones similares (“Mesa de Diálogo” y “Comisión Valech”).

En el caso brasileño, la transición a la democracia fue larga y paulatina (Skidmore, 1989), tomando lugar mediante un traspaso gradual del poder de

los militares a los civiles. A pesar de esfuerzos como el de la Iglesia Católica brasileña en la producción del informe “Brasil Nunca Mais” – bajo el modelo de comisión de la verdad –, la justicia transicional sólo empezó a tomar una cara institucional 7 años después del cambio definitivo de sistema político (1988), con la Ley 9.140 de 1995, Lei dos Mortos e Desaparecidos – ampliada después con las Leyes 10.536 y 10.875 de 2002 y 2004 respectivamente. En 2003, el Presidente Lula creó la Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP). En 2007, la CEMDP publicó el informe “Direito à memória e à verdade”, donde se incrementaba significativamente el número de ejecuciones o muertes por torturas reconocidas oficialmente. Recién en Noviembre de 2011 se creará una Comisión para la Verdad, promovida por la Presidenta Dilma Rousseff. El desarrollo tardío de Brasil evidencia cómo una transición pactada puede determinar un retardo en la elaboración del pasado, no sólo en cuanto a la persecución criminal, sino en todas sus dimensiones, produciendo más que nada impunidad (Logan, 2003).

El caso más interesante de esta grupo de situaciones es sin duda el de Uruguay, en el cual la transición pactada – Pacto del Club Naval de 1984 – supuso la dictación de una Ley 15.848 (1986), Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, que impedía los reclamos de justicia respecto del pasado, la cual será validada por dos plebiscitos que fueron efectuados de acuerdo a las reglas de la Constitución. El primer plebiscito será propuesto por una campaña de organizaciones de DD.HH. y realizado en abril de 1989, ratificando por un 56,65 % de los votos la citada ley, de manera que ésta no fue derogada. Veinte años después, estando en el poder un gobierno de izquierdas del Frente Amplio, se promoverá otro plebiscito para incorporar a la Constitución la anulación parcial de la ley de caducidad, el cual dió como resultado en octubre de 2009, un 47,98 % de votos por la anulación, no alcanzando la mayoría exigida de más del 50 %. Pese a esos dos pronunciamientos ciudadanos, la Corte Suprema declaró por unanimidad la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad el 01.11.2010 para veinte casos en manos de la fiscal Ana María Telechea y la jueza Mariana Motta.

## 2. ELEMENTOS DE CONVERGENCIA REGIONAL

La convergencia de las medidas de justicia transicional que dan contenido a la definición actual de dicho concepto puede observarse en un conjunto de factores que tiene su ámbito de actividad en diversas dimensiones. Existen básicamente dos tipos de factores de dicha convergencia, a saber, los factores

locales – aunque también globalmente inducidos – y los factores que actúan a nivel de la sociedad mundial.

Dentro de la multiplicidad de factores locales que actuaron dentro de la región del Cono Sur, hay dos que por su importancia se pueden destacar en la evolución de las políticas de elaboración del pasado:

1. Poder y actitudes de fuerzas armadas como amenazas al proceso político: Las fuerzas armadas debido al control de los sistemas autoritarios pudieron tomar decisiones que afectaron las características institucionales y políticas a los regímenes democráticos que resultaron de las transiciones (Arico, 1997: 39). Las situaciones que llevaron a las fuerzas armadas al poder en la región son diferentes, dependiendo de la evolución de los sistemas políticos correspondientes, aunque contaron en común con la aquiescencia y aceptación de los EE.UU. De la misma manera son diferentes las políticas que las dictaduras militares implementaron, pero convergieron en la necesidad de un sistema represivo que violó derechos fundamentales de los ciudadanos. Por otra parte, una vez que quedaron fuera del poder, los militares siguieron siendo un actor del proceso político, reservándose poderes legales (Chile) o mediante el ejercicio de presiones (Argentina, Chile y Uruguay) que se realizaron para procurar impunidad por la criminalidad de Estadio del pasado inmediato, entre otros objetivos. El alcance de dichas medidas dependió en el Cono Sur de la naturaleza de los pactos de la transición y de la eficacia de los nuevos gobiernos democráticos para resolver los problemas de consolidación. En cualquier caso, la fuerza de la sociedad mundial se ha dejado sentir en el sentido de que los entendimientos de la gobernabilidad global no han dejado ninguna posibilidad para una recuperación del poder político de los militares en la región, y, en cambio, han reforzado el proceso de subordinación a los poderes civiles y la retirada de los militares a posiciones profesionales y no deliberantes.

2. Las actitudes de los poderes judiciales: Las organizaciones de los poderes judiciales en el Cono Sur tuvieron en común una falla inicial en el tratamiento de la criminalidad pasada. Pese a que la mayoría de los crímenes de Estado en el Cono Sur eran hechos punibles de acuerdo a legislación penal vigente al momento de su comisión, los poderes judiciales fallaron en reafirmar las expectativas normativas derivadas del Estado de Derecho que se restableció con la transición a la democracia. De acuerdo a Skaar, las ramas judiciales eran débiles, partidistas y favorecedoras de quien tuviera el poder político, incluso los militares (Skaar, 2003: 260). Sin embargo, es observable que la actitud de los tribunales de justicia y sus programas de decisiones han sido el elemento más cambiante en el panorama político del Cono Sur, en el sentido de que

la autonomización del poder judicial gracias a una serie de reformas judiciales hicieron más probables la persecución efectiva, más allá de los límites de las situaciones de transición. Dichas reformas aumentaron de manera lenta pero sostenida la independencia de los poderes judiciales, incidiendo en su composición y mecanismos de gobernanza – sobre todo a nivel de las cortes supremas – y con el tiempo han permitido la instalación de toda una nueva generación de jueces cuyos programas de decisión están condicionados antes por la evolución de los derechos humanos a nivel internacional que por las situaciones políticas internas (Frühling, 1998). La actividad de los poderes judiciales se incrementó en la medida en que el poder político de los militares fue decreciendo y fue impulsada sobre todo por un movimiento transnacional de activismo por los derechos humanos. No menos importante en la evolución de las decisiones judiciales han sido los juicios internacionales o de jurisdicción universal que se intentaron contra las juntas de gobierno en Argentina y contra Pinochet en Londres – el llamado “efecto Pinochet” (Collins, 2010) –, que, junto con las actividades de la Corte Interamericana de Justicia, han dado a conocer a los poderes judiciales las expectativas de la sociedad mundial sobre los casos de derechos humanos, operando como factores propulsores en el adensamiento y acrecimiento de la persecución criminal.

En cuanto a los factores que actuaron a nivel de la sociedad mundial y que afectaron la elaboración del pasado en los países del Cono Sur, podemos relevar los siguientes como los decisivos para la configuración de situaciones convergentes en la historia global de dicha región:

1. Movimiento global por los DD.HH.: Sin duda que uno de los aportes del Cono Sur a la constitución de un espacio público democrático a nivel global ha sido la participación e influencia decisiva de la región en la formación de un movimiento global de los DD.HH. Sikkink ha teorizado (1993) acerca de actuación de redes temáticas internacionales o redes de difusión de políticas públicas basadas en principios en el caso del activismo de DD.HH. a propósito de las operaciones de organizaciones que buscaban establecer la verdad del destino de detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, la defensa judicial de perseguidos políticos por las dictaduras, la difusión de los avances en materia normativa en el ámbito internacional, la búsqueda de castigo y reparación y la generación de registros para la memoria, documentación y conocimiento posterior de las violaciones a los derechos humanos. Estas redes de organizaciones no gubernamentales y activistas lograron en el momento inicial de las transiciones y/o posteriormente incidir en la reconfiguración de los intereses de los países de la región y en la definición o redefinición de sus políticas de elaboración del pasado. Sin un movimiento global de derechos humanos, no

sería explicable la transformación de muchas situaciones de post-transición donde se están derribando los límites a la persecución criminal de los pactos de transición.

El discurso de los derechos humanos ha sido difundido en el Cono Sur y ha logrado permear las estructuras institucionales debido principalmente a que las redes se han entrelazado en un movimiento global, a partir del cual la consolidación de una institucionalidad global de DD.HH. pudo actuar por sobre los intentos de autoimpunidad de las fuerzas armadas o de las limitaciones impuestas en las situaciones transicionales. Esto es parte de lo que Sikkink y Risse conciben como un modelo de espiral (Risse/Sikkink, 1999: Cap. 1), en el cual la sociedad mundial se conforma por el aporte de redes locales (Orellana/Hutchenson, 1991; Jelin, 1994; Loveman, 1998; Tadescio, 1999) y luego actúa sobre los poderes locales mediante redes globales.

2. Las Decisiones de Cortes de Derecho Internacional, especialmente sobre Derechos Humanos: El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha corrido de la mano con la intervención de un sistema más consolidado e influyente de justicia internacional de derechos humanos en la región. En efecto, en las últimas dos décadas, tribunales internacionales, en particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos tomó decisiones que han terminado teniendo mucha influencia en las formas de elaboración del pasado en el Cono Sur (Arenas, 2010). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que las normas internas de los países bajo su jurisdicción que otorgaran amnistía o autoamnistías para violaciones a los derechos humanos contravenían la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera que debían ser declaradas nulas. Este criterio fue seguido en varios procesos judiciales internos, sobre todo en los casos de Argentina y más recientemente de Uruguay.

En el caso de Argentina, la Corte Suprema de la Nación, declaró la nulidad de la Ley de Punto Final, Ley 23.492, de 12.12.1986, y de la Ley de Obediencia Debida, Ley 23.521, de 04.06.1987, en sentencia de 14.06.2005. Este fallo confirmó las decisiones de tribunales inferiores que habían declarado inconstitucionales las referidas leyes y avalaba a su vez, la Ley 25.779 que anulaba dichas leyes y que había sido impulsada por el gobierno de Kirchner. La sentencia se basó en gran parte de sus argumentos en el caso de Barrios Altos de la Corte Interamericana, haciendo referencia también a los casos Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz, Cruz Blake y El Amparo.

En el caso de Chile, el fallo más influyente de la Corte Interamericana fue la sentencia del Caso Almonacid, a partir del cual la mayoría de los tribunales

chilenos van a dejar de aplicar la Ley de Autoamnistía del régimen militar chileno por considerarla contraria a las normas internacionales.

En cuanto a Brasil, el único caso sobre violaciones a los derechos humanos bajo el periodo de la dictadura militar presentado ante la Corte Interamericana fue el de la masacre de los miembros del movimiento de la Guerrilha do Araguaia, que tuvo lugar en Pará entre 1972 y 1975. En 1982, los familiares de 22 de los desaparecidos habían presentado una demanda ante el Tribunal Federal del Distrito Federal en Brasilia. Debido a que dicho tribunal no se pronunció sobre el caso durante 13 años, en 1995 CEJIL, Americas/Human Rights Watch, el GTNM/RJ y el CFMDP/SP presentaron una demanda contra el Estado brasileño ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (MacDowell Santos, 2007). El 15.12.2010, la Corte Interamericana condenó a Brasil por graves violaciones a los derechos humanos en el caso de la Guerrilha do Araguaia, y le ordenó indemnizar a las víctimas, le prohibió invocar la Ley de Amnistía, a la cual declaró sin “efectos jurídicos” y ordenó castigar a los culpables.

Respecto a Uruguay, la Corte Interamericana no había tenido ningún pronunciamiento, pero en 2010 se presentó el primer caso en contra de Uruguay de índole similar a los anteriores, a saber, el caso Gelman. El hijo y la nuera del poeta argentino Juan Gelman, Marcelo Gelman y María Claudia García, fueron secuestrados por agentes estatales de Argentina en 1976. Marcelo fue asesinado en Buenos Aires ese mismo año y sus restos hallados e identificados en 1989. María Claudia García fue trasladada a Uruguay donde dio a luz y desapareció. Su hija, Macarena, fue entregada ilegalmente a la familia de un oficial policial uruguayo. Su identidad original fue establecida en el año 2000. La Corte Interamericana dictó sentencia el 24.02.2011 condenando al Estado de Uruguay y estableciendo que “debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos”.<sup>1</sup>

El impacto de las decisiones de las cortes internacionales, como en el caso de la Corte Interamericana, no puede abstraerse de la evolución de los facto-

---

1. Parte Resolutoria de la Sentencia. Disponible en: [<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=355>].

res locales, especialmente del cambio de actitudes de la judicatura, pues una jurisprudencia demasiado contradictoria con las prácticas dominantes en un sistema jurídico encontrará serias resistencias para su ejecución local (Vid. De Greiff, 1998).

3. Otro de los factores globales que han tenido un alto impacto en la región son los casos en los cuales terceros estados reivindicaron jurisdicción para juzgar las responsabilidades civiles y criminales por hechos ocurridos fuera de la jurisdicción territorial ordinaria elevando el principio de jurisdicción universal por crímenes graves de lesa humanidad, sin necesidad de que exista otro vínculo del país del foro con el hecho punible. Esta es la situación presentada por los casos de los juicios en España a las juntas militares argentinas por los crímenes de genocidio, torturas y terrorismo y el caso Pinochet ante los tribunales británicos a propósito de una demanda de extradición española por torturas. En el caso Pinochet, la sentencia de apelación de la Cámara de los Lores, dictada el 24.03.1999, indica que el derecho internacional establece que los crímenes de *ius cogens*, pueden ser punidos por cualquier Estado, porque los criminales son enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su aprehensión y persecución. Como es sabido, el caso Pinochet no concluyó con sentencia alguna en ningún país, pues Pinochet fue liberado por razones de salud por las autoridades británicas y en Chile, si bien fue sometido a proceso, murió antes de dictarse una sentencia condenatoria. En cuanto a la causa argentina, por sentencia de la Audiencia Nacional de España, de 19.04.2005, se condenó a Adolfo Scilingo por delito de lesa humanidad con resultado de 30 muertes y realización de detenciones ilegales y tortura.

Aunque no directamente siguiendo la doctrina de la jurisdicción universal, en Italia hubo una primera sentencia en Diciembre de 2000, contra los argentinos Carlos Guillermo Suárez Masón y Santiago Omar Riveros, entre otros, quienes fueron condenados a largos términos de prisión por el Tribunal Penal de Roma al ser encontrados culpables de dirigir o cometer el asesinato de varios ciudadanos italianos. Así también, en 2008 la Corte d'Assise d'Appello de Roma sentenció a prisión perpetua a Alfredo Astiz y otros cuatro militares argentinos: Jorge Eduardo Acosta, Jorge Raúl Vildoza, Antonio Vañek y Héctor Antonio Febres responsables de la ESMA y, en particular, de la desaparición, tortura, detención y muerte de tres inmigrantes calabreses (Angela Maria Aieta, Susanna e Giovanni Pegoraro). En 2009, la Corte Suprema di Cassazione italiana confirmó la condena.

Desde la perspectiva de la sociología jurídica, la construcción de una jurisdicción universal para crímenes de lesa humanidad muestra dos cosas: En primer lugar, el crecimiento de expectativas normativas que exigen soluciones

jurídicas, aunque los aparatos nacionales de justicia no sean capaces de proporcionarla, de manera que semánticas de una moral cosmopolita emergente procuran una institucionalización jurídica que limita precisamente la soberanía de los Estados. Dichas semánticas configurarían memorias cosmopolitas que hacen que las normas de los derechos humanos tengan consecuencias políticas y culturales (Levy/Sznaider, 2006). El poder constructivo de dichas semánticas se verifica de otras maneras que el establecimiento de los derechos fundamentales a nivel local, puesto que surge a partir de las operaciones de otros sistemas. Fischer-Lescano menciona a las ONGs (en la periferia de un sistema político global en la forma de una naciente esfera pública mundial) y al sistema de los medios de comunicación, los cuales evocan y validan las expectativas de los derechos humanos, de una forma que ha sido llamada regulación por escandalización (Fischer-Lescano, 2007: 20). La jurisdicción universal sería una norma de constitución global que permite hacer de los derechos humanos, la *lex humana*, más que un conjunto simbólico y la tendencia consiste en su extensión a la vez que su especificación. En segundo lugar, la dificultad de estructuración de estos desarrollos muestran también la complejidad de asentar mecanismos de gobernanza global para el sistema jurídico más allá de las instituciones que regulan el comercio y las finanzas internacionales. Dichos mecanismos se enfrentan a la indefinición de los públicos de un sistema jurídico global, donde la comunidad política cosmopolita que soportaría y exigiría la jurisdicción universal no existe del todo o plenamente (Nash, 2007), a diferencia de los sistemas jurídicos nacionales donde todos los sujetos que tienen un vínculo con el Estado quedan sometidos a su derecho. Las ambigüedades respecto a quiénes tienen legitimidad para invocar la jurisdicción universal, con qué alcance material, temporal y personal, generan una serie de riesgos que han sido advertidos en el debate sobre dicha clase de justicia.

El último elemento que opera a nivel de la sociedad mundial y que ha sido característico en la región ha sido la difusión del modelo de las comisiones de verdad y su modelo de justicia procedural contextualizado. Este ha sido el modelo predominante en la región, aunque no el único, para orientar las formas de resolución de los conflictos derivados de las situaciones de transición política a la democracia. Nos referiremos a continuación a él.

### 3. LOS MODELOS DE ELABORACIÓN DEL PASADO Y EL PREDOMINIO DE LAS COMISIONES DE LA VERDAD

Para Jon Elster (2004) la justicia transicional se puede comprender en cualquier contexto como un conjunto de decisiones materiales y procesales, en las

cuales se decide que mecanismos – normalmente de índole jurídica, al menos en parte – determinarán el trato jurídico de los legados del pasado constitutivos de hechos violentos o de criminalidad del régimen anterior. Elster propone las siguientes decisiones materiales, esto es, que encaran el fondo del problema, como elecciones que se deben realizar dentro de dicho marco:

1. Qué y, por consiguiente, quiénes pueden ser considerados como intervinientes de crímenes de lesa humanidad, lo cual supone considerar la definición y terminación de quiénes daban las órdenes, quiénes ejecutaban sus órdenes, sus nexos intermedios y los colaboradores.

2. Cómo tratar a los intervinientes: Sea con prisión, prisión suspendida, y/o pérdida de derechos políticos, pérdida de estatus de víctimas, inhabilidades funcionarias, dar a conocer de manera oficial sus actos.

3. Aún cuando los funcionarios civiles no sean punidos, se les puede hacer responsables políticamente.

4. Cómo castigar a los oficiales y funcionarios públicos, cuando se ha decidido hacerlo.

5. Para compensar a las víctimas hay que decidir primero qué formas de sufrimiento constituyen la condición de víctima.

6. Decidir qué modo de reparación a las víctimas se implementará, incluyendo tanto medidas de reparación material como simbólica (restauración de la honra).

A este enlistado de decisiones, debemos agregar las siguientes medidas de la justicia transicional:

7. Qué otras medidas de justicia restaurativa se pueden aplicar para favorecer la reparación y la reconciliación.

8. Qué reformas institucionales se pueden llevar a cabo para prevenir la repetición de situaciones similares a los hechos del pasado en cuestión. Esto alcanza a competencias, procedimientos, prácticas y formas de reclutamiento institucionales.

9. Qué medidas de rememoración de los hechos del pasado se van a llevar a la práctica, por qué medios y con qué alcance.

10. Qué consideraciones especiales en atención al género y la etnicidad corresponde hacer en torno a las medidas anteriores.

A este conjunto de elecciones – ampliadas por nosotros a 10 tipos – Elster agrega un conjunto de decisiones de procedimiento respecto a la elaboración del pasado que deben tomarse.

1. **Negociación o Punición:** Si se va a establecer una relación de índole soberana o transaccional en la determinación de las medidas de justicia transicional. Las soluciones transaccionales incluyen tanto los pactos explícitos (El Pacto del Club Naval en Uruguay) como los ajustes entre los actores relevantes del sistema (Transición chilena y brasileña).

2. **Legislación retroactiva o irretroactiva:** Si se va a dictar nueva legislación que alcance a los hechos jurídicos realizados en el pasado.

3. **Justicia retrasada o expedita:** Si se abren causas judiciales con expectativas de punición posibles desde un comienzo o bien después de una evolución de los procesos políticos.

4. **Eliminación, limitación o extensión de las normas jurídicas de prescripción penal y civil por los hechos del pasado.**

5. **Alcance y condiciones de las situaciones de Obediencia Debida:** Cómo van a reflejarse las limitaciones a la elección de los subordinados que ejecutaron los órdenes de sus superiores en estructuras jerárquicas más o menos formales, en las medidas de reproche jurídico, sean de derecho penal o de derecho civil.

6. **Beneficios a Colaboración:** Cómo se va a premiar, en el sentido de una atenuación de la responsabilidad, a los autores intelectuales o materiales que colaboren con la determinación de los hechos, del destino final de las víctimas o de los demás responsables.

7. **Medidas de Clemencia (Perdón):** Amnistía o Indulto.

Estos precisos listados de medidas, para Elster, han estado generalmente presentes en las situaciones de transición incluso antes de la modernidad y respecto de ellas los actores competentes toman decisiones racionales. Más allá de las precisiones analíticas de Elster, en las situaciones de transiciones políticas de la llamada tercera ola surgió un modelo nuevo que se diferenciaba claramente de las formas anteriores de reacción del sistema jurídico ante la criminalidad política y de Estado anterior. Dicho modelo está caracterizado por la renuncia a una amplia persecución criminal de la criminalidad de Estado. Según Teitel, “*compromised conditions of justice imply limitations on, and forbearance from, the exercise of the punishment power in transitions*” (Teitel, 2000: 47).

Dicha concepción de la justicia transicional consiste en una concepción de la justicia extraordinaria y constructivista que está constituida por las limitaciones de la situación de transición, de manera que es contextualizada y parcial pues depende de la contingencia y está orientada por la injusticia previa a la

que pretende responder (Teitel, 2000: 6). Como tal es un modelo que queda justo al medio entre el modelo anterior de elaboración del pasado de criminalización amplia – el llamado modelo de Nüremberg – y el modelo de la completa amnesia – también llamado modelo español.

La posibilidad de un cambio de régimen político sin que implique persecución de los responsables por los crímenes del anterior régimen fue claramente dibujada por el caso de España, donde tampoco existió una voluntad política de recuperar la verdad histórica o reparar a las víctimas y familiares de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la guerra civil y el franquismo. Esto implica que el sistema jurídico no formula ninguna reacción por su quiebre sistemático y busca seguir operando pese a ello, debido a que el sistema político bloquea cualquier irritación sobre esos crímenes, es decir, una amnesia intencionada que se concibe como el precio de la transición a la democracia y la reconciliación de partidos opuestos.

El modelo de la justicia transicional parte del hecho de la existencia de una serie de amenazas para la situación de transición que introducen el peligro de una regresión al pasado autoritario que se quiere abandonar. Estas amenazas operan como limitaciones políticas a la adopción de una política de derechos humanos que valide el orden jurídico legítimo que fue violado, mediante el castigo de los actos criminales recientes, y determina que el derecho no puede reaccionar ampliamente ante dicha vulneración (Zalaquett, 1989). Esta postura defiende que la inhibición del castigo a los responsables mediante medidas de clemencia también puede tener un efecto preventivo de las violaciones a los DD.HH. cuando forman parte esencial de un plan global para consolidar las instituciones democráticas y son precondition para la unidad y pacificación nacionales. Situaciones donde los actores del anterior régimen conservan algún grado de poder o donde la transición es gradual, junto a la intervención de factores étnicos o religiosos pueden resultar en limitaciones serias a una política de derechos humanos.

Las medidas de justicia transicional consideran el establecimiento de los hechos como una verdad oficial indelible y la asunción de reparaciones morales y económicas por parte del Estado, así como la rehabilitación jurídica de las víctimas y la purga, si es posible, de los funcionarios públicos comprometidos en la criminalidad de Estado. El objetivo final de la justicia de transición consiste en la prevención de los crímenes de lesa humanidad hacia el futuro.

La justicia transicional realiza una aplicación de medidas de justicia restaurativa a las situaciones de transición política. Dicho paradigma alternati-

vo al paradigma retributivo en el derecho penal, está destinado a situaciones políticas de normalidad, focalizándose en la importancia de la reconciliación entre el perpetrador y la víctima de crímenes ordinarios, cobrando principal importancia los daños y sufrimientos que han ocurrido en las víctimas y estableciendo como principal objetivo el restablecimiento de las víctimas mediante el reconocimiento de esos males, la reparación de ellos y la restauración de la dignidad y posición de las víctimas, en lugar del castigo de los ofensores. Respecto de los ofensores procura la reincorporación efectiva de estos y en general la prevención de los conflictos futuros.

Para Uprimny y Saffon, “from the restorative perspective, retributive punishment is seen as insufficient for reestablishing a peaceful social coexistence, for it does not give primary importance to the victim’s suffering and needs, nor does it allow for the adequate reincorporation of the delinquent in the community. In contrast, the restorative paradigm is only concerned with the future, instead of the past. In so doing, it does not focus on evaluating the guilt of the offender, but promotes all those mechanisms capable of making him conscious of the harm he caused, admitting his responsibility and trying to repair the harm” (Uprimny/Saffon, 2006: 4). De esa manera, la justicia restaurativa aplicada a las transiciones políticas está concernida básicamente con la construcción de un orden nuevo antes que con la reconstrucción de un orden quebrado por los crímenes contra la humanidad: Mira al futuro antes que al pasado.

La justicia restaurativa, más que la organización de un orden institucional, consiste en la intervención de la comunidad política junto a los ofensores y las víctimas para el tratamiento de las consecuencias de las ofensas. En lugar de la marcación del derecho en términos del código binario de lo jurídico y antijurídico, busca la justicia restaurativa una solución aceptable para la comunidad política que descargue al derecho, resuelva el conflicto original y prevenga otros futuros más allá de la lógica programable del derecho.

La lógica de justicia restaurativa no se deja trasladar del todo a la justicia transicional, en cuanto los crímenes que están en juego no son simples crímenes o delitos, sino que involucran crímenes de lesa humanidad como genocidio, torturas, ejecuciones, desapariciones forzadas, secuestros, destierro, entre otros, y que requieren del mensaje de reprobación de la comunidad política en el preciso momento que ella reconstruye su orden fundamental. La mayoría de las experiencias de la justicia transicional de la tercera ola han mostrado ciertos niveles de punición, pero que se han ubicado no en el máximo que podía aspirar el derecho a la justicia de las víctimas, sino en un nivel mínimo

de punición necesario para calificar la antijuridicidad de los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, las medidas de justicia restaurativa sirven más bien al propósito de pacificación de los actores de un conflicto en una comunidad política, evitando que surjan nuevos focos de violencia que dificulten el proceso de reconciliación que ambiciona la justicia de transición.

El concepto de reconciliación consiste en uno de los más ambiguos que se han usado en la práctica y la teoría política de los últimos tiempos. Crocker distingue tres conceptos de reconciliación (Crocker, 2000: 108), desde uno muy delgado (*thin*) hasta uno más robusto (*thick*). La concepción delgada (*thin*) de reconciliación significa la simple coexistencia en un *modus vivendi* en que los enemigos prefieren cumplir un orden antes que matarse entre sí.

Una concepción robusta (*thick*), en cambio, exige que antiguos adversarios además se respeten entre sí como miembros de una misma comunidad política. Esto significa que los ciudadanos se escuchan entre sí, intercambian visiones sobre las políticas públicas y construyen entendimientos y compromisos comunes.

La concepción más robusta (*thicker*) respecto de la reconciliación es aquella caracterizada por ambicionar una visión compartida comprensiva, en sentido comunitarista, que incluye la sanación mutua de las heridas del pasado, la restauración o el perdón recíproco. Esta noción es la más exigente de todas y tiene resabios religiosos y terapéuticos. Esta noción estuvo presente en las comisiones de la verdad de Chile y Sudáfrica, con mejor resultado en el segundo caso que en el primero.

Normalmente las formas de la justicia transicional a partir de la tercera ola se han movido en torno a concepción intermedia, donde se plantea una reciprocidad democrática de los ciudadanos (Gutmann/Thompson, 2010). De esa forma, el International Center for Transitional Justice, desarrolló un modelo de confianza cívica para entender la reconciliación, el cual sostiene que ella sería la condición bajo la cual los ciudadanos confían nuevamente en los otros miembros de la comunidad política, en tanto que tales, es decir, como conciudadanos. La reconciliación no ocurriría a nivel de las personas sino a un nivel comunitario en el cual los ciudadanos comparten compromisos con las normas y valores que motivan las decisiones de las instituciones que los gobiernan, entendiendo que los gobernantes comparten la misma confianza. Gobernantes y gobernados estarían tan seguros de la confianza de sus conciudadanos que se sienten obligados por las normas y valores de la comunidad. Dicho proceso podría amplificarse llegando a la participación de toda la ciudadanía, como en el caso de Uruguay, o restringirse a la clase política, como en Chile.

Uno de los principales instrumentos de la justicia transicional ha consistido en las comisiones de la verdad, las cuales desde sus primeras expresiones en el Cono Sur se han multiplicado por todas las regiones del mundo que enfrentan situaciones de transición, y más allá también, en las llamadas sociedades post-transicionales. El principal objetivo de dichas comisiones es establecer una verdad, y luego avanzar mediante medidas que puedan crear algún grado de reconciliación mediante reparaciones simbólicas y/o materiales.

El fundamento de las comisiones de la verdad, antes que basarse en las estructuras del sistema jurídico, consiste en la necesidad de restaurar la normatividad social en su dimensión moral. Esto se intenta sobretodo a partir de la constitución de mecanismos que posean características de justicia procedimental, en el sentido que se trata de una justicia en la cual la legitimidad viene dada por la aceptación del procedimiento. La idea central de las comisiones de la verdad es que, como es imposible o bastante limitada la posibilidad de un persecución criminal con investigación judicial de la verdad y castigo a los responsables, en dicho contexto limitado se puedan asentar bases para la legitimidad del nuevo orden político fundadas en la legitimidad del procedimiento con el cual se han tomado las decisiones sobre la criminalidad de Estado (Bhargava, 2000).

Si bien las bases de dicho modelo derivan de los supuestos racionalistas de las llamadas éticas deontológicas o procedimentales (Kant, Rawls y Habermas, entre otros), lo propio del fundamento de las comisiones de la verdad no es la incondicionalidad de la situación moral, sino muy por el contrario, las limitaciones políticas de los contextos de las transiciones políticas donde el margen de decisión puede ser muy acotado. Sin embargo, pese a esas limitaciones, ciertas instituciones o reglas de procedimiento pueden lograr recrear el orden normativo sobre el cual se puede fundar un nuevo Estado de derecho. Estas instituciones, de acuerdo a las investigaciones de la llamada psicología de la justicia procedimental (Tyler/Lund, 2002), pueden inducir actitudes básicas de los ciudadanos respecto a la legitimidad de los jueces, mediadores o autoridades, la aceptabilidad de sus decisiones y la disposición a aceptar las reglas jurídicas del nuevo orden. De acuerdo a Tyler y Lund, dichas actitudes se relacionan con el acuerdo de los individuos con las decisiones, el control sobre las decisiones, el control sobre el proceso de decisión, la neutralidad del proceso y quienes toman la decisión, la confiabilidad de ambos y la posición de dignidad y respeto que tengan las partes interesadas (idem).

Esos son asuntos que debe procurar y resolver la respectiva comisión de verdad para dar verosimilitud a sus resultados. Cada una de ellas se organiza de una manera relativa al propio contexto de actuación, dotándosele de las facultades y recursos que deben ser adecuados para dichos contextos. La función para la sociedad de esas comisiones consiste en la canalización de las dinámicas de reconstrucción de la sociedad cuando se perdido el sustrato normal en que puede funcionar la lógica del sistema jurídico (Kastner, 2006).

Las comisiones de la verdad, en sus diversos formatos, se han transformado en una solución estándar y consensualmente reconocible para las comunidades científicas y profesionales – que circulan en torno a los temas de la justicia de transición, pasando a definir el paradigma del concepto de justicia transicional. De allí que Nagy (2008) haya sugerido que la justicia transicional así definida forma un proyecto global: “By “global project”, I mean the fact that transitional justice has emerged as a body of customary international law and normative standards. It is a project by virtue of the fairly settled consensus – a consensus that has largely moved past the initial debates of “peace versus justice” and “truth versus justice” – that there can be no lasting peace without some kind of accounting and that truth and justice are complementary approaches to dealing with the past. The question today is not whether something should be done after atrocity but how it should be done – and a professional body of international donors, practitioners, and researchers assists or directs in figuring this out and implementing it” (Nagy, 2008: 276).

Los gobiernos y los movimientos sociales locales han dejado de ser, en virtud de ese proyecto global, los actores principales de las decisiones jurídicas de la justicia de transición, sino que se acogen a un pool de estándares normativos y de facto que son reconocidos como el saber legítimo disponible acerca de los problemas del tratamiento de una pasada criminalidad de Estado. En este sentido, el Cono Sur constituyó un campo de pruebas que luego se ha convertido en una necesidad para las otras regiones del mundo. Sin embargo, dicho consenso ya se estaba formando al momento en que se tomaron las decisiones jurídicas de las transiciones del Cono Sur, de manera que sus gobiernos, élites políticas, militares y ciudadanos no fueron completamente libres de escoger otras opciones al momentos de tomarlas.

La historia del Cono Sur ha mostrado de qué manera el diseño de las comisiones de la verdad, especialmente en los casos de Argentina y Chile, ha procurado establecer el Estado de derecho de una nueva democracia a partir de la confrontación de la pasada criminalidad de Estado con procedimientos que

buscaban asegurar una legitimidad moral mínima al nuevo orden normativo, junto a la reconciliación de la comunidad política. Las comisiones de la verdad contribuyeron relativamente a la pacificación, al revelar la historia oculta de la violencia, y abrir la posibilidad de reparar a las víctimas, e inclusive, en los casos de Argentina (Informe CONADEP) y Chile (Informes Rettig y Valech) de castigar posteriormente a los responsables de las violaciones a los derechos humanos.

En Argentina y Chile, el mayor reto de la justicia transicional consistió en transformar una cultura de impunidad en una cultura de rendición de cuentas, lo cual intentó lograrse mediante un trabajo de las comisiones centrado en la identificación pública de los abusos y en la creación de políticas institucionales para promover la responsabilidad (Stahn, 2005).

Tanto en el caso de Brasil como el de Uruguay las comisiones de la verdad no jugaron un rol decisivo en la transición, principalmente porque las comisiones oficiales han sido instaladas tardíamente en relación al inicio de la transición democrática. En el caso de Brasil, se trató primero de una comisión extraoficial bajo el amparo de la Iglesia Católica, mientras que las comisiones oficiales se crearon bajo los gobiernos de Cardoso y Lula da Silva. En el Uruguay se estableció bajo el Presidente Battle, en el 2000, una Comisión para la Paz, siguiendo el modelo de Chile en cuanto a contar con representantes de todos los grupos involucrados y abocándose principalmente a las desapariciones forzadas.

#### 4. LA RENOVADA PERSECUCIÓN CRIMINAL EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL DEL CONO SUR

Uno de los aspectos más interesantes de esta región consiste en que ya se habrían consolidado las democracias que se fundaron a base de los mecanismos de justicia transicional, ya sea mediante mecanismos de justicia procedural como en el caso de las comisiones de la verdad de Argentina y Chile, o de la amnistía refrendada popularmente como en el caso del Uruguay o de la amnesia relativa en el caso de Brasil.

En primer lugar, el efecto en la criminalización de los hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos durante las dictaduras militares se dejó sentir principalmente en la postergación de una persecución penal relevante, salvo en el caso de Argentina, aunque allí la criminalización inicial fue en cualquier caso selectiva.

**Cuadro 1: Tipos de Transición y Móviles de justicia de transición mediante persecución criminal**

Tipo de Transición/Móvil de Justicia de Transición mediante persecución penal	Transición por Ruptura: Justicia inicial	Transición Transaccional: Justicia retardada
Endógena	Argentina (1984-1990)	Uruguay (2004-2010) Argentina (2003-2010) (Brasil) (No)
Exógena		Chile (1999-2010)

Fuente: Aplicación propia de clasificaciones de Elster (2004).

En cuanto a la pacificación de las sociedad en el Cono Sur, los países no han caído otra vez en situaciones donde las fuerzas armadas abandonen sus repuestos roles de defensa, aunque otros conflictos sociales tomaron el lugar de los conflictos que originaron las dictaduras militares, especialmente las crisis políticas y el temor a la delincuencia común. En tanto, la normalización del papel de las Fuerzas Armadas parece progresar en todos los países, aunque con matices. En Argentina y Chile los militares han terminado aceptando públicamente sus responsabilidades y cooperando con las investigaciones judiciales, pero en Brasil los militares aún rechazan con mucha agresividad que se dejen de lado los efectos de la amnistía.<sup>2</sup>

En el caso de Argentina, se habla de una segunda ola después de la anulación de la leyes de obediencia debida y punto final (Mira, 2009: 17). La presidencia de Kirchner asumió una lucha contra la impunidad y ello permitió comenzar un nuevo proceso de revisión del pasado que supuso una nueva estrategia conjunta ante la vía judicial y la política. Kirchner pasó a retiro a los máximos jefes de las fuerza militares del país. El Decreto 1.259/2003 creó el Archivo Nacional de la Memoria en el ámbito de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Como respuesta a una demanda de los movimientos de derechos humanos, en marzo del 2006 se levantó del secreto militar y se puso a disposición del Archivo de la Memoria la documentación de todas las Fuerzas Armadas que permitiese aportar información a las causas judiciales por los crímenes de la dictadura (Raffin, 2009) .

2. Vid "Lula and the Generals: Don't Look Back", *The Economist*, 09.01.2010.

Desde mediados de los noventa, en Chile los tribunales redefinieron los casos de desaparición forzada como secuestro permanente, obteniendo evitar en algunos casos la aplicación de la ley de amnistía. Esta tendencia estaba siendo revertida por el desinterés del gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle en la elaboración del pasado, pero el juicio de Pinochet en Londres instaló definitivamente esa interpretación en la jurisprudencia. Por otra parte se ampliaron los casos de persecución criminal debido a los resultados de una nueva comisión de la verdad abocada a la prisión política y la tortura durante la dictadura.

Los casos de Chile y Argentina documentan cómo las comisiones de verdad por sí solas no son satisfactorias como políticas de elaboración del pasado, sino que han requerido de una renovación y ampliación sucesiva de la persecución criminal para satisfacer las expectativas normativas de la sociedad (Olsen et al, 2010). Esto es parte una contratendencia que se está observando en diversos lugares del mundo respecto a la justicia de transición y que se ha denominado la “cascada de la justicia” (Sikkink/Booth, 2008).

Por otra parte, los casos de Uruguay y Brasil documentan como el camino de la amnesia es difícil de sostener, sea por el desarrollo de presiones internas o internacionales. En Brasil, a comienzos del 2010, el Presidente Lula propuso una ley en que se creaba una comisión nacional de la verdad, la cual será promulgada el 18.11.2011 por la Presidenta Roussef. En el caso de Uruguay, la Comisión para la Paz quiso establecer un mecanismo de justicia procedural análogo a las comisiones de Argentina y Chile, pero tuvo muy bajo perfil y sin impacto en cuanto a persecuciones criminales de los responsables por la criminalidad de Estado del pasado. Sólo con la llegada al poder del Presidente Tabaré Vázquez se dará un giro en la política de derechos humanos, iniciándose una política orientada a la persecución penal de determinados autores (GALAIN, 2009: 396).

## 5. CONCLUSIONES

Los procesos de elaboración del pasado en el Cono Sur de América Latina han experimentado procesos de convergencia en cuanto a cómo los sistemas jurídicos reaccionan ante la irritación de la confrontación de la criminalidad de Estado. Así como los procesos políticos en los que se vulneraron en el pasado los derechos humanos y se cometieron crímenes de lesa humanidad, estuvieron conectados por factores globales y locales que significaron su coordinación y coexistencia en los tiempos más oscuros de la historia de la región, así también los procesos de elaboración del pasado se han coordinado y coexistido usando mecanismos globalizados, especialmente las comisiones para la verdad.

En el Cono Sur existe en la reacción de los sistemas jurídicos un predominio de las políticas no jurídicas – aunque siempre legales en la forma – en cuanto a que se imponen lógicas políticas de reconciliación, orientadas por el paradigma de la justicia restaurativa, a las lógicas jurídicas del castigo y la responsabilidad. Estas respuestas obedecieron a los límites de las situaciones de transición en la región, dependiendo del contexto local respectivo, pero también a una visión que se ha ido imponiendo como un proyecto global de solución no persecutoria en las medidas de justicia transicional que se han venido implementado desde las democratizaciones de la tercera ola.

La evolución posterior, en la cual también los países del Cono Sur están comenzando a converger, ha consistido, sin embargo, en un desplazamiento del enfoque de justicia transicional hacia una justicia normal o de persecución criminal, donde la sociedad de post-transición no considera una respuesta suficiente a sus expectativas normativas las medidas puramente reparatoras o restauradoras.

Los futuros avances de los casos en que los reclamos de justicia han tenido mayores dificultades, a saber, Uruguay y sobre todo Brasil, nos podrán decir si podemos seguir encontrando mayores convergencias en una región donde se ha contribuido a las soluciones del sistema jurídico en las transiciones políticas desde hace décadas.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (ed.). *Justicia de transición, informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Georg-August-Universität-Göttingen, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

ARENAS, Miguel. *La contribución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos a la eliminación de las “leyes de amnistia” en América Latina: un paso decisivo en la lucha contra la impunidad*. Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: 200 años de Iberoamérica (1810-2010). Congreso Internacional. Santiago de Compostela, 2010.

ARICO, José. *Justicia Penal y Transición Democrática en América Latina*. México: Siglo XXI, 1997.

BASS, Gary Jonathan. *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2000.

BHARGAVA, Rajeev. Restoring Decency to Barbaric Societies. In: ROHTBERG, Robert; THOMPSON, Dennis (eds.). *Justice vs. Truth: The Morality of Truth Commissions*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2000.

- COLLINS, Cath. Human Rights Trials in Chile during and after the “Pinochet Years”. *The International Journal of Transitional Justice*. vol. 4. n. 1. 67-86. 2010.
- CROCKER, David. Truth Commissions, Transitional Justice, and Civil Society. In: ROHTBERG, Robert; THOMPSON, Dennis (eds.). *Justice vs. Truth: The Morality of Truth Commissions*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2000.
- CRENZEL, Emilio. Políticas de la memoria en Argentina. La historia del informe nunca más. *Papeles del CEIC* # 61. septiembre, 2010.
- DE GREIFF, Pablo. International Courts and Transitions to Democracy. *Public Affairs Quarterly*. vol. 12. n. 1. 79-99. 1998.
- DIMOULIS, Dimitri; SWENSSON JR., Lauro Joppert; MARTINS, Antonio (org.). *Justiça de transição no Brasil. Direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ELSTER, Jon. *Closing the Books, Transitional Justice in historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- ERRANDONEA, Jorge. Justicia transicional en Uruguay. *Revista IIDH*. vol. 47. p. 13-69. 2008.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. Global Constitutional Struggles: Human Rights between colère publique and colère politique. In: KALECK, Wolfgang et al. (eds.). *International Prosecution of Human Rights Crimes*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2007.
- FRÜHLING, Hugo. Judicial Reform and Democratization in Latin America. In: AGUERO; Stark (eds.). *Fault lines of Democracy in Post-Transitional Latin America*. Miami: North-South Center Press of the University of Miami, 1998.
- GALAIN, Pablo. Uruguay. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord.). *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Berlín/Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- GALLO, Carlos. O direito à memória e à verdade no brasil pós-ditadura civil-militar. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*. vol. 2. n. 4. 134-145. 2010
- GEYER, Michael; BRIGHT, Charles. World History in a Global Age. *The American Historical Review*. vol. 100. Issue. 4. p. 1034-1060. 1995.
- GONZÁLEZ STUMPF, Rodrigo. *Direitos Humanos na América Latina hoje: heranças de transições inconclusas*. Disponible en : [<http://juanfilloy.bib.unrc.edu.ar/completos/corredor/corredof/comi-b/STUMPFRO.HTM>]. 2002.
- GUTMANN, Amy; THOMSON, Dennis. The Moral Foundations of Truth Commissions. In: ROTBERG, Robert; THOMPSON, Dennis (eds.). *Justice vs.*

- Truth: The Morality of Truth Commissions*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2000.
- HUNTINGTON, Samuel. *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*. Buenos Aires: Paidós, 1994.
- IGNATIEFF, Michael. *The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror. The Gifford Lectures*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- JARAMILLO, Jefferson. Tres procesos emblemáticos de recuperación de pasados violentos en América latina: Argentina, Guatemala y Colombia. *Antropología Aociológica*. n. 11. 29-59. Enero-Diciembre, 2009.
- JELIN, Elizabeth. The Politics of Memory: The Human Rights Movement and the Construction of Democracy in Argentina. *Latin American Perspectives*, Issue 81. vol. 21. n. 2. 38-58. 1994.
- KASTNER, Fatima. Versöhnung in Atlas?, Globale Normen und Vergangenheitsbewältigung im Königreich Marokko. In: CALLIES, Gralf-Peter (ed.). *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner*. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag, 2009.
- KÖNIG, Helmut. Von der Diktatur zur Demokratie oder Was ist Vergangenheitsbewältigung. In: \_\_\_\_\_; KOHLSTRUCK, Michael; WÖLL, Andreas (Hg). *Vergangenheitsbewältigung am Ende des 20. Jahrhunderts*. Opladen, 1998.
- LENZEN, Marcus. Roads Less Traveled? Conceptual Pathways (and Stumbling Blocks) for Development and Transitional Justice. In: DE GREIFF, Pablo; DUTHIE, Roger. *Transitional justice and development, Making Connections*. New York: Social Science Research Council, 2009.
- LEVY, Daniel; SZNAIDER, Natan. Sovereignty Transformed: A Sociology of Human Rights. *British Journal of Sociology*. vol. 57. n. 4. 657-677. 2006.
- LOGAN, Samuel. Incomplete Transformation: An Analysis of Transitional Justice in Brazil. *Monterey Institute of International Studies*, 2003.
- LOVEMAN, Mara. High Risk Collective Action: Defending Human Rights in Chile, Uruguay, and Argentina. *American Journal of Sociology*. vol. 104. n. 2. 477-525. 1998.
- MACDOWELL SANTOS, Cecilia. El activismo legal transnacional y el Estado: reflexiones sobre los casos contra Brasil en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: Sur. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. vol.4. n. 7. 29-60. 2007.
- MAINWARING, Scott; PÉREZ-LIÑÁN, Anibal. Latin American Democratization since 1978, Democratic Transitions, Breakdowns, and Erosions. In: HAGOPIAN, Frances; MAINWARING, Scott. *The Third Wave of Democratization in Latin America: Advances and Setbacks*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

- MAZLICH, Bruce. *The New Global History*. New York/London: Routledge, 2006.
- MILLALEO, Salvador; FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Teilband 11: Chile-Uruguay*. Berlin: Dunker & Humblot, 2007.
- MIRA DELLI-ZOTTI, Guillermo. *Transiciones a la democracia y democratización en América Latina: Un análisis desde la historia del presente*. Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: 200 años de Iberoamérica (1810-2010). Congreso Internacional. Santiago de Compostela, 2010.
- MIRA, Julieta. *Justicia por Graves Crímenes de Estado?* Ponencia presentada al X Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Córdoba, nov. 2009.
- NAGY, Rosemary. *Transitional Justice as Global Project: critical reflections*. *Third World Quarterly*. vol. 29. n. 2. 275-289. 2008.
- NASH, Kate. *Cosmopolitanism and intermestic human rights*. *British Journal of Sociology*. 58. 417-435. 2007.
- NINO, Carlos. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ariel, 2006.
- O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe; WHITEHEAD, Laurence. *Transiciones desde un gobierno autoritario*. 2 América Latina. Barcelona: Paidós, 1986.
- OETTLER, Anika. *Mehrdimensionale Aufarbeitung: Wahrheitskommissionen in Lateinamerika*. *Lateinamerika Analysen*. vol. 14. n. 2. 113-139. 2006.
- OLSEN, Tricia, et. al. *When Truth Commissions Improve Human Rights*. *International Journal of Transitional Justice*. vol. 4. n. 3, 457-476. 2010.
- ORELLANA, Patricio; HUTCHINSON, Elizabeth. *El Movimiento de Derechos Humanos en Chile, 1973- 1990*. Santiago: Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, 1991.
- PAIGE, Arthur. *How "Transitions" Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice*. *Human Rights Quarterly*. vol. 31. n. 2. 321-367. 2009.
- RAFFIN, Marcelo. *Transición posdictatorial y el "tratamiento del pasado": una cartografía del caso argentino*. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 35. 106-123. 2009.
- RISSE, Thomas; ROPP, Stephen; SIKKINK, Kathrin (Eds.). *The Power of Human Rights, International Norms and Domestic Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi. Chap.1. In: ROHT-ARRIAZA, Naomi; MARIEZCURRENA, Javier (eds.). *Transitional Justice in the Twenty-First Century*. Cambridge: Cambridge University press, 2006.

Universidad de Los Andes/Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo Ottawa, 2005.

\_\_\_\_\_; SAFFON, María. *Transitional Justice, Restorative Justice and Reconciliation. Some Insights from the Colombian Case*. Paper at the Conference "Coming to Terms' with Reconciliation: Critical Perspectives on the Practice, Politics, and Ethics of Transitional Justice", Global Studies, International Institute at the University of Wisconsin-Madison, 2006.

ZALAUQUETT, José. *Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments. Aspen Institute, State Crimes: Punishment or Pardon*. Queenstown: Aspen Institute, 1989.