TERRORISMO DE ESTADO Y JUSTICIA*

*Ernesto Garzón Valdés***

Frente a todo pasado caben dos actitudes psicológicas recíprocamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas: el olvido y el recuerdo. Es obvio que la relevancia de ambas actitudes depende de la importancia de lo olvidado o recordado. Ello vale tanto para los eventos individuales, de naturaleza privada o íntima, como para los acontecimientos de índole pública. Y tanto en la vida privada como en la pública hay acontecimientos que signan el destino individual o colectivo y frente a los cuales se puede estimular el olvido o el recuerdo: se puede intentar borrar los hechos del pasado como si nunca hubieran existido o se los puede actualizar cotidianamente reiterando el nombre de sus protagonistas o levantándole monumentos. Sin embargo, existe una diferencia entre los efectos del olvido y los del recuerdo: mientras este último no niega el pasado sino que lo afirma y refuerza, aquél intenta ignorarlo; pero la ignorancia de un hecho no afecta su existencia. En este sentido, el olvido puede servir, en el mejor de los casos, como un autoengaño, cuya calidad moral depende, desde luego, de la naturaleza moral de lo que se intenta olvidar. Si el olvido que se intenta estimular es el de la ignominia dictatorial, revierte sobre el autoengaño del querer olvidar el disvalor de aquélla.

7

* “Staatsterrorismus, Gerechtigkeit und Justiz”, este texto será el prólogo de Heiko Ahbrecht y Kai Ambos (comps.), *Der Fall Pinochet(s)*, 1999, Baden Baden, Nomos, p. 3-18 (traducción del autor).

** Universidad de Maguncia.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS

La alternativa del olvido o del recuerdo que aquí quiero considerar está referida a la estrategia que, desde el punto de vista moral, debe ser adoptada en los regímenes postdictatoriales frente a los hechos criminales cometidos por los gobernantes y sus agentes durante la dominación dictatorial. Más concretamente aún: habré de referirme sólo a aquellos sistemas que pueden ser incluidos dentro de la categoría del 'terrorismo de Estado'.¹ En el caso de América Latina, Argentina y Chile constituyen dos ejemplos paradigmáticos de estos sistemas.

Me interesa analizar 1) los argumentos que suelen esgrimirse en favor del olvido; 2) la alternativa del recuerdo y las tres actitudes posibles, es decir, castigo, perdón y reconciliación a fin de poner de manifiesto que la alternativa del olvido es psicológicamente impracticable y moralmente inaceptable, que la del perdón presupone el reconocimiento por parte del culpable de la naturaleza delictiva del acto que se perdona y que la de la reconciliación, por ser una relación simétrica, presupone no sólo el arrepentimiento sino la aceptación de que las partes que se reconcilian fueron ambas culpables. Pero, dado que el terrorismo de Estado crea una relación asimétrica de daño a inocentes, para admitir la reconciliación colectiva habría que presuponer la culpabilidad colectiva, algo que contradice el concepto mismo de terrorismo de Estado. Si este razonamiento es correcto, entonces 3) la única alternativa moralmente aceptable y conceptualmente posible es la de la aplicación del Código Penal de acuerdo con el procedimiento de un Estado de derecho democrático.

8

1

El recurso político del olvido tiene una larguísima tradición. En la historia europea, desde el tratado de paz entre Lotario, Luis el Germánico y Carlos de Francia en 851, hasta el Tratado de Lausanne en

¹ Con respecto a la distinción entre dictadura y terrorismo de Estado, cfr. Ernesto Garzón Valdés; "Staatsterrorismus: Legitimation und Legitimität" en Hans Werner Tobler y Peter Waldmann (Hrsg.), *Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika*, 1991, Francfort del Meno, Vervuert, S. 317-354.

TERRORISMO DE ESTADO Y JUSTICIA

1923, llamado expresamente un ‘acto de olvido’, se ha insistido reiteradamente en el olvido como requisito de la paz internacional. Pero también a nivel nacional existe la apología del olvido. Poco después del asesinato de César, Cicerón propuso el olvido de los asesinos: *Oblivione sempiterna delendam*; el ‘*Act of Indemnity and Oblivion*’ puso fin a las guerras civiles inglesas; las constituciones francesas de 1814 y 1830 subrayaron la importancia del olvido; Jorge Semprum calificó la transición española como una “amnesia colectiva querida”, y en Polonia Tadeusz Mazowiecki, en su primer discurso ante el Parlamento democrático, afirmó que había que “trazar una línea gruesa entre el pasado y nosotros”. Los ejemplos podrían multiplicarse; no lo haré aquí.²

Es también sabido que uno de los argumentos que suelen utilizarse para lograr la paz social en los procesos de transición democrática es el que propicia la necesidad del olvido. Sólo así sería posible la indispensable colaboración con los grupos que detentaron el poder dictatorial. Para decirlo con una fórmula de Avishai Margalit:

Esto significa que un nuevo comienzo [estaría] siempre vinculado con la exigencia de un olvido del pasado: el recuerdo [sería] un obstáculo en la vía de la reconciliación y el perdón.³

9

Para el caso de América Latina, Jorge Edwards puede ilustrar esta posición:

Ahora, por obra de un complicado encadenamiento de circunstancias, estamos obligados a mirar para atrás, a hurgar

²El lector interesado puede verificar estos ejemplos y encontrar argumentos a favor del olvido en Timothy Garton Ash, “The Truth about Dictatorship” en *The New York Review of Books*, vol. XLV, n° 3 del 19 de febrero de 1998, p. 35-40.

³Cfr. Avishai Margalit, “Gedenken, Vergessen, Vergeben” en Gary Smith y Avishai Margalit (comps.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung in der Demokratie*, 1997, Francfort del Meno, Suhrkamp, p. 192-205, p. 193.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS

en nuestro pasado reciente, aunque no nos guste. [...] se nos impuso la condena de ser estatuas de sal, como en la historia bíblica. Tenemos que mirar para atrás en forma fija, sin licencia para pasear la vista por los lados, por espacios más amenos [...] a mirar siempre un pasado negro, violento, sin derecho a doblar la página [...]⁴

El problema reside en el hecho psicológico básico de que olvidar no es una acción voluntaria. No podemos querer olvidar y lograr que así sea. El olvido no es algo que hacemos sino algo que nos sucede, querámoslo o no. Por supuesto que puede estimularse el olvido eliminando aquello que mantiene vivo el recuerdo, doblando la página, como diría Edwards. Pero basta que alguien no quiera doblarla, que alguien recuerde, para que vuelva a surgir el pasado no superado. Los intentos de promover el olvido suelen tener un efecto directamente opuesto al que se propusieron los partidarios de la amnesia. En Alemania, el régimen de Adenauer intentó promover el olvido del pasado nacionalsocialista y el recuerdo explotó en 1968 con su secuela de actos de violencia.

10

Pero, además, el olvido no es una vía que pueda facilitar el perdón, tal como suelen aducir quienes lo propician. A diferencia del olvido, el perdón es el resultado de una acción voluntaria que sólo puede referirse a acciones que se recuerdan. Quien olvida no puede perdonar pues como ignora lo pasado no sabe qué es lo que tiene que perdonar. Tampoco puede perdonar el indiferente, para quien los actos que deberían ser perdonados carecen de toda connotación negativa. En este sentido, la acción de perdonar presenta una cierta similitud con la de tolerar: en ambos casos el actor se abstiene conscientemente de realizar algún comportamiento autorizado por su sistema normativo moral y/o jurí-

⁴ Jorge Edwards, "Las estatuas de sal", en *El País* del 4 de febrero de 1999, p. 11. Para una enérgica respuesta a los argumentos de Edwards, cfr. Luis Sepúlveda, "Chile: Un país de dos lenguajes", en *El País* del 12 de febrero de 1999, p. 17.

TERRORISMO DE ESTADO Y JUSTICIA

dico que implicaría consecuencias negativas para el destinatario del perdón o de la tolerancia. La diferencia reside en que quien tolera se abstiene de prohibir y quien perdona se abstiene de sancionar. Y así como la tolerancia, si no ha de ser la tolerancia 'boba' que rechazaba Herbert Marcuse, presupone la existencia de buenas razones para levantar la prohibición, así también el perdón, si no ha de ser 'ciego', presupone, por lo menos, el arrepentimiento del culpable.

En el caso de los agentes del terrorismo de Estado latinoamericano, el arrepentimiento no parece ser una actitud frecuente. Por lo demás, las reiteradas declaraciones públicas de Augusto Pinochet o de Jorge Rafael Videla testimonian que su convicción de haber actuado dentro del marco de una civilización occidental y cristiana es tan inconmovible como lo fue su decisión de sustituir la *Rule of Law* por la *Rule of Terror*. Olvidar que tal fue el caso es, por ello, moralmente inaceptable.

2

Si se rechaza la alternativa del olvido, podría aceptarse la del recuerdo. Frente al recuerdo caben, a su vez, tres actitudes: la del castigo, la del perdón y la de la reconciliación.

Con respecto al castigo, mucho se ha discutido acerca de si es necesario castigar a todos los agentes del terrorismo de Estado o llevar a cabo lo que ha solido llamarse un 'castigo selectivo'. Se sostiene entonces que la calidad de un sistema de justicia penal no puede ser juzgada desde el punto de vista cuantitativo y que, dado el gran número de culpables, es aconsejable 'seleccionar' algunos y aplicar sólo a ellos las penas correspondientes. La selección no afectaría los efectos preventivos de la pena y permitiría contar eventualmente con la colaboración de quienes tan sólo se limitaron a obedecer órdenes. Ya Hobbes había señalado que es posible y frecuente que un individuo realice un acto en nombre de otro. Este último sería el autor del acto y el primero, el actor.⁵ Esta distinción permitiría liberar de toda respon-

11

⁵ Cfr. Thomas Hobbes, *Leviathan*, cap. XVI.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS

sabilidad al actor e imputarla exclusivamente al autor. Este último llevaría a cabo una especie de ‘abdicación de elección’ en el sentido de que sus convicciones y preferencias no jugarían ningún papel en la ejecución del delito. No cabría, por ello, hacerlo personalmente responsable de las decisiones tomadas en nombre del autor que otorgó la correspondiente autorización u orden.

Ésta es la posición que se asumió en la Argentina en los juicios contra las juntas militares y sus agentes tras la sanción de la llamada ‘Ley de obediencia debida’. Desde el punto de vista teórico, Thomas Scanlon es uno de los defensores de esta tesis.⁶

Una versión más radical del tratamiento jurídico del pasado es la propuesta por Bruce Ackerman. Según ella, la aplicación del Código Penal, de una ‘justicia correctiva’, en los procesos de transición a la democracia, tendría el efecto perverso de “dividir a la ciudadanía en dos grupos: el de los culpables y el de las víctimas inocentes”.⁷ Toda justicia correctiva miraría hacia el pasado y en el esfuerzo por buscar las pruebas que permitan castigar a los culpables de acuerdo con las disposiciones de un Estado de derecho democrático, se descuidaría la tarea más importante: evitar que en el futuro pueda surgir nuevamente una dictadura. El problema no residiría tanto en la falta de apoyo moral mayoritario para llevar adelante esta empresa sino en la persistencia de un sistema judicial y burocrático que habría también colaborado con el régimen derrocado. Éste es el problema de la “limitación de los recursos organizativos”:

Esta combinación característica –gran capital moral y reducida capacidad burocrática– tiene que ser tenida seriamente en cuenta [...] cuando se trata de manejar la tensión

⁶ Cfr. Thomas Scanlon, “Punishment and the Rule of Law”, trabajo presentado en la Conferencia en memoria de Carlos S. Nino realizada en la Yale School el 24 de septiembre de 1994.

⁷ Cfr. Bruce Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, 1992, New Haven/London, Yale University Press, p. 71.

TERRORISMO DE ESTADO Y JUSTICIA

entre justicia correctiva y ordenamiento constitucional. Las respuestas al pasado tienen que ser cuidadosamente diseñadas a la luz de la predecible debilidad burocrática.⁸

La renuncia al ‘espejismo de la justicia correctiva’⁹ evitaría caer en las maniobras dilatorias de los miembros de la burocracia contaminada por su colaboración con el pasado sistema y facilitaría la incorporación activa a la democracia justamente de estos agentes:

Sin la amenaza de un castigo vengativo, incontables colaboradores de menor jerarquía del antiguo régimen estarían más que felices de unirse a la revolución liberal y autoproclamarse innatos partidarios de la libertad, la igualdad y el Estado de derecho.¹⁰

Como prueba empírica de la corrección de su propuesta de olvido del pasado, Ackerman presenta justamente el caso de los procesos a los militares durante el gobierno de Raúl Alfonsín:

El esfuerzo del gobierno para ir más allá del castigo de los jefes máximos y procesar a oficiales de mediana jerarquía puso de manifiesto la fragilidad que caracteriza el equilibrio entre moral y burocracia en los regímenes insurgentes. [...] Al final, el gobierno se vio obligado a reformular las reglas del juego. Dos años después de haberse iniciado los juicios, Alfonsín permitió alegar la defensa de la ‘obediencia debida’. Esta concesión facilitó una serie de retrocesos [...] Estas deficiencias prepararon el camino para que el sucesor de Alfonsín, Menem, tomara la decisión de perdonar a todos y de poner en libertad a los pocos que habían

13

⁸ *Ibid.*, p. 72.

⁹ Cfr. Ackerman, *op. cit.*, p. 74 s.

¹⁰ *Ibid.*, p. 78.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS

sido detenidos. [...] Fue Alfonsín y no Menem quien no llevó adelante el programa de una manera sistemática [...].¹¹

Mejor hubiera sido, según Ackerman, haber dejado de lado el Código Penal, sin caer en la tentación de falsos espejismos.

La tesis según la cual un sistema de justicia no puede ser juzgado desde un punto de vista exclusivamente cuantitativo, es decir, tomando en cuenta el número de condenados, puede ser aceptada sólo con importantes restricciones. Por lo pronto, desde el punto de vista ético-normativo, parece correcto sostener que todos los culpables deben ser condenados. Éste es también el sentido que tienen las disposiciones jurídico-penales cuando establecen: “el que matare a otro [...]”. Esta frase debe entenderse como si estuviera precedida por un cuantificador universal y no en el sentido de “algunos que mataren a otro [...]”. Desde luego, es bien sabido que, a pesar de que todos los culpables *deben* ser condenados, no todos lo son. Esto no es sorprendente y no afecta, en principio, la vigencia de la norma penal. La negación de la tesis del ‘todismo’, en su versión descriptiva, es por ello trivial.

14

Sin embargo, la tesis del ‘castigo selectivo’ podría ser defendida aduciendo que ella, al menos en la formulación de Thomas Scanlon, no olvida la idea moral de lo que él llama “*affirmation of the victims sense of having been wronged*”.¹² Este aspecto de la ‘afirmación’ está vinculado con el hecho delictuoso cometido en el pasado y subraya la actitud de desaprobación o de indignación social que el crimen ha provocado. Se trata aquí del *significado simbólico* del castigo o de lo que Joel Feinberg llama la función expresiva del castigo. El delito es, por una parte, motivo de escándalo público; por otra, agravio a las víctimas. Para decirlo con las palabras de Feinberg:

punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgements

¹¹ *Ibid.*, p. 79.

¹² Thomas Scanlon, *op. cit.*, p. 5.

TERRORISMO DE ESTADO Y JUSTICIA

of disapproval and reprobation, on the part either of the punishing authority himself or of those 'in whose name' the punishment is inflicted.¹³

Por ello, el castigo expresa "a kind of vindictive resentment".¹⁴

Pero, como el aspecto afirmativo tiene que estar presente en *todos* los casos delictivos, no es posible admitir un 'castigo selectivo'. Tampoco los defensores de la prevención consideran que el castigo ha de ser aplicado selectivamente. Así, por ejemplo, Viktor Vanberg ha insistido en la necesidad de distinguir la teoría de la prevención de los enfoques utilitaristas, que podrían sostener la conveniencia de una imposición selectiva de castigos y hasta la imposición de penas a personas inocentes. Una versión tal de la prevención minaría justamente el efecto preventivo, ya que quienes tuviesen una cierta predilección por asumir riesgos podrían especular con la buena suerte de no ser castigados. Y, por supuesto, la inclusión de inocentes entre los castigados transformaría al sistema de castigo en un sistema de terror, es decir, contradiría las reglas del Estado de derecho.¹⁵ Es verdad que la prevención justifica la pena como institución teniendo en cuenta sus efectos futuros, pero ello no significa que su aplicación en cada caso concreto no sea fundamentada haciendo referencia al pasado, es decir, al delito cometido. Ni en el caso del legislador ni en el del juez puede inferirse la permisibilidad del castigo selectivo.

La teoría de la prevención no niega el valor afirmativo de la pena. Precisamente si la pena expresa desaprobación y repudio, actúa como un motivo adicional para prevenir la comisión de delitos. En la terminología de Jeremy Bentham, sería un 'motivo de contención' (*restraining*

15

¹³ Joel Feinberg, "The Expressive Function of Punishment" en del mismo autor, *Doing and Deserving*, 1970, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, p. 95-118, p. 98.

¹⁴ Feinberg, *op. cit.*, p. 100.

¹⁵ Cfr. Viktor Vanberg, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, 1982, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), p. 9 s.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS

motive) que podría frenar el ‘motivo impulsor’ (*impelling motive*), que lleva a la comisión de un delito.¹⁶

Además, el carácter expresivo o afirmativo de la condena tiene un significado simbólico *secundario*, “es una mera *consecuencia* del hecho de que se atribuyen [a la pena] fines retributivos o instrumentales”,¹⁷ Ésta es quizás una observación que a primera vista puede parecer tan sólo marginal, pero que tiene relevancia cuando se trata de establecer un puente entre las teorías retributivistas y las de la prevención.

La versión radical de Ackerman olvida algo que tiene en cuenta la concepción de Scanlon:

La gente cuyo sentimiento de haber sido dañada no es reconocido y afirmado por la ley tiene menos respeto y menos entrega a la ley.¹⁸

Efectivamente, si las personas consideran que no se toma en serio su condición de víctimas, se producen dos consecuencias, ambas moralmente inaceptables:

16

- a) se sienten doblemente dañadas: no sólo han sufrido la acción del agresor sino que, además, sufren el daño psicológico de sentirse indefensas frente al agresor real u otros potenciales. Por ello,
- b) pueden verse impulsadas a ejercer justicia por cuenta propia.

¹⁶ Cfr. Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1970, edición a cargo de J. H. Burns y H. L. A. Hart, Londres/ Nueva York, Methuen, p. 166.

¹⁷ Cfr. Michael Baumann, “Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention” en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 8 de agosto de 1994, p. 368-84, p. 384.

¹⁸ Scanlon, *op. cit.*, p. 7.

TERRORISMO DE ESTADO Y JUSTICIA

En el primer caso, se viola el valor de la equidad con una aplicación arbitraria de la ley que selecciona culpables y no impone la misma pena a todos los actores de crímenes similares. La lesión de la equidad es inaceptable en todo Estado de derecho.

En el segundo caso, el sistema jurídico deja de garantizar la seguridad ciudadana, y se da un buen paso hacia la situación hobbesiana prepolítica. Cuando un régimen político no está en condiciones de garantizar la seguridad imponiendo sanciones a quienes la violan, pierde la razón legitimante del monopolio de la violencia: *Protego ergo obligo*. En este sentido es válida la apreciación de Scanlon:

It does not seem to me likely that a system of law that fails, in general, to respond to such demands is likely to survive.¹⁹

Justamente por ello, me cuesta aceptar la tesis del castigo selectivo.

La estrategia del perdón presupone necesariamente el reconocimiento por parte del culpable del delito cometido. En las transiciones argentina o chilena —si se prescinde de casos excepcionales como el del ex capitán Alfredo Scilingo quien confesó arrepentido en 1995 su participación en los llamados ‘vuelos de la muerte’— ello no ha sucedido. Por el contrario, los autores y actores del terrorismo de Estado reiteran hasta hoy su convicción de estar libres de culpa y cargo y de haber actuado en una ‘guerra justa’. La concesión de perdones gratuitos —como ha sido el caso de las leyes de amnistía en el caso argentino— ha servido tan sólo para reforzar la impunidad, con el consiguiente agravio para las víctimas. Esto por lo que respecta a lo que podría llamarse ‘perdón institucional’. En el caso de la víctima individual, exigirle la concesión del perdón sería imponerle un comportamiento supererogatorio que, por lo tanto, no puede ser considerado como un deber moral.

17

¹⁹ *Ibid.*, p. 8.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS

Una forma de reducir el carácter supererogatorio del perdón consiste en sostener que el perdón no es un acto individual y que apuntaría en una única dirección sino que de lo que se trataría sería de imponer un perdón recíproco. Ésta es la estrategia de la llamada 'reconciliación'.

Como lo ha expresado Walter Wink:

Reconciliation [...] requires that I and the other person from whom I have been separated by enmity, mutually forgive each other and walk into a common future together. Forgiveness is thus a component of reconciliation, but only a first step. We may forgive our enemies in our hearts, but reconciliation requires that we pick up the phone or meet face to face and try to work things out.²⁰

18

Como es sabido, el recurso de la reconciliación ha inspirado la acción de la South African Truth and Reconciliation Commission, de la Bosnia and Herzegovina Truth and Reconciliation Commission y de la Comisión Rettig en Chile, entre otras. En todos estos casos, al igual que en la estrategia del perdón, son claramente perceptibles resonancias religiosas que exaltan el valor del perdón y la comprensión por las debilidades humanas que provocan el pecado y el crimen.

El problema de la *reconciliación colectiva* es que para que pueda tener fundamento racional hay que suponer la *culpabilidad colectiva*. Se trata aquí de una versión laica de la metáfora evangélica de la 'piedra' que sólo podría arrojar el inocente. No puede sorprender por ello que quienes abogan por esta estrategia insistan en que todos los ciudadanos que padecieron el terrorismo de Estado han sido culpables e invoquen la admonición cristiana. Ya antes y poco tiempo después de la

²⁰ Walter Wink, *When the Powers Fall: Reconciliation in the Healing of Nations*, 1998, Minneapolis, Fortress Press, p. 14, citado según David Little, "A Different Kind of Justice: Dealing with Human Rights Violations in Transitional Societies", en *Ethics & International Affairs* 1999, vol. 13, p. 43-80, p. 69.

TERRORISMO DE ESTADO Y JUSTICIA

eliminación del régimen militar argentino, se apeló a la fórmula: ‘todos fueron culpables’. En julio de 1982, Reynaldo Bignone, el último jefe del ‘Proceso de Reconstrucción Nacional’ argentino, formuló el presupuesto para una posible ‘reconciliación’ cuando expresó: “el que esté libre de culpa que arroje la primera piedra”. Desde Córdoba, Arturo Illía, el siempre honesto ex presidente, le respondió: “Yo tengo piedras en las manos.”²¹ El 16 de noviembre de 1985, el cardenal Raúl Prima-testa expresaba una versión eclesíástica de la culpa colectiva:

todos nos hemos equivocado, debemos todos buscar el perdón, dado y pedirlo, y mirar hacia el futuro para construir.²²

También Carlos Menem se refirió el 20 de junio de 1998 a “un pasado sobre el cual nadie puede arrojar la primera piedra”. A menos que se crea en la alquimia de la reiteración, que convertiría lo falso en verdadero, no veo el sentido de esta persistente admonición.²³

Conviene tener en cuenta que el concepto de reconciliación presupone, por definición, la culpa de las partes que se reconcilian, la existencia de afrentas recíprocas. Es esta situación antecedente la que confiere sentido al intento de restablecer el estado de cosas anterior a las ofensas. De lo que se trataría en el caso de la reconciliación es de establecer relaciones simétricas de sentido contrario a la que imperó durante el enfrentamiento de las partes, ninguna de las cuales habría sido inocente. Pero, si ello es así, entonces tras el derrocamiento de un régimen

19

²¹ Cfr. César Tcach, “Radicalismo y dictadura”, en Hugo Quiroga y César Tcach (comps.), *A veinte años del Golpe. Con memoria democrática*, p. 27-57, p. 44.

²² Citado según Gabriel Fernández, *La claudicación de Alfonsín*, 1987, Buenos Aires, Dialéctica, p. 43 (subrayado en el original).

²³ Con respecto a la discusión acerca de la culpa de toda la ciudadanía, cfr. también Sergio Ciancaglini y Martín Granovsky, Ciancaglini, Sergio y Martín Granovsky, *Nada más que la verdad. El juicio a las Juntas*, 1995, Buenos Aires, Planeta, p. 331 s.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS

de terrorismo de Estado, no puede proponerse la reconciliación colectiva. En efecto, dado que en todo sistema de terrorismo de Estado, por ser un sistema asimétrico de ofensas, hay necesariamente víctimas inocentes, para que la propuesta de la reconciliación pudiera tener sentido habría que exigir que las víctimas asumieran *a posteriori* alguna parte de culpa. Esto ya no sería adoptar una actitud supererogatoria sino de irracional masoquismo. Me cuesta imaginar el caso de una víctima del impenitente Pinochet que ‘pick up the phone’ y proyecte planes comunes de colaboración.

El recurso al argumento de la reconciliación siempre me ha parecido tramposo y frustrante: abre, por un lado, la vía de la impunidad de los culpables y, por otro, arroja la sospecha de culpabilidad sobre el inocente. Se lo suele utilizar para encubrir la falta de voluntad política de aplicar la ley o la imposibilidad de hacerlo porque nunca se tuvo la oportunidad adecuada o porque se la dejó pasar. Es un ‘recurso muleta’ con el que se pretende facilitar la marcha de un Estado de derecho endeble. Y, como es obvio, los más diligentes fabricantes de muletas son justamente los culpables de la debilidad estatal. Son ellos quienes aducirán que los tiempos no son propicios para recurrir al Código Penal, presentando la alternativa del castigo y derrumbe de la democracia, por una parte, o punto final y conservación de esta última. Lo malo es creer en la existencia del dilema.

20

3

La única posibilidad que resta es pues la de la aplicación del Código Penal, con todas las garantías del Estado de derecho democrático a los culpables –que pueden ser muchos pero nunca todos, como suponen quienes abogan por la reconciliación. Ella es sólo posible tras la aplicación de las penas. En caso contrario, como afirma Alejandro Garro

TERRORISMO DE ESTADO Y JUSTICIA

la reconciliación sin castigo lejos de moderar, exagera la criminalidad.²⁴

Tres consideraciones finales en defensa de la tesis de la aplicación de la justicia penal.

i) Los casos que deben ser objeto de persecución penal fueron cometidos en un pasado reciente. La responsabilidad de los actores y autores es fácilmente comprobable. No se trata aquí de hechos remotos en el tiempo que pudieran dar lugar al conocido problema de la imputación de culpas históricas lejanas con la consiguiente dificultad de reconstruir situaciones sobre la base de argumentos contrafácticos.²⁵ Los protagonistas del fratricidio son nuestros contemporáneos.

ii) En los casos de terrorismo de Estado a los que aquí me he referido no existe ningún inconveniente legal para que ello así suceda. Los crímenes de que aquí se trata eran delitos ya en el momento en que se cometieron. Que tal era el caso fue expresamente reconocido por la ley de autoamnistía²⁶ de los militares argentinos, puesto que en su artículo 10 extendía “los beneficios otorgados por esta ley [...] a todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera que hubiera sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado”. Ya antes del golpe de 1976, el Código Penal argentino reprimía con pena de 3 a 10 años de prisión el delito de rebelión consistente en “alzarse en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del

21

²⁴ Alejandro M. Garro, Alejandro M. Garro, “Nine Years of Transition to Democracy in Argentina: Partial Failure or Qualified Success?”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 1992, 30, p. 1-101, p. 23.

²⁵ Cfr. al respecto George Sher, “Ancient Wrongs and Modern Rights”, en *Philosophy and Public Affairs*, 1981, vol. 10, 1, p. 3-17.

²⁶ Ley 22.924 del último gobierno militar, declarada inconstitucional por la Ley 23.040.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS

gobierno nacional [...] impedir el libre ejercicio de sus facultades constitucionales [...]” y el artículo 652 del Código Penal Militar establecía que “mientras subsista la rebelión, todos los militares que participan en ella quedan privados de la autoridad y prerrogativas inherentes a su cargo”. Como los militares no derogaron ninguna de estas disposiciones, no existía ni el problema de la aplicación retroactiva de leyes penales, que tanto preocupara a Herbert Hart en su polémica con Gustav Radbruch a raíz de los juicios de Nuremberg,²⁷ ni el conflicto entre sistemas jurídicos opuestos y la aplicación de sanciones por hechos cometidos de acuerdo con disposiciones vigentes en el momento de su ejecución, tales como los casos de las muertes de fugitivos en la República Democrática Alemana.

22 | iii) La aplicación de la justicia penal tiene la enorme ventaja de *despersonalizar* los conflictos, para usar una conocida fórmula de Niklas Luhmann. De esta manera se evitan las venganzas personales y la violencia social que suelen ser las consecuencias del fracaso de la acción punitiva que los ciudadanos encomiendan a los jueces en un Estado de derecho. Por ello, la aplicación de la ley no es algo que pueda estar sujeto a la discrecionalidad de las autoridades sino que es un deber constitucional ineludible.

Es probable, desgraciadamente, que, no obstante lo aquí argumentado, se siga insistiendo en el olvido o en el recuerdo amortiguado por el manto de la reconciliación. Pero entonces también es probable que las heridas no curadas por la aplicación de la justicia penal se reabran y agudicen la frustración de las víctimas o se reduzca la fe en las ventajas del Estado de derecho. Ninguna de estas dos consecuencias puede ser sensatamente querida por quienes de buena fe abogan por la reconciliación colectiva o por el perdón impune de los culpables.

²⁷ Cfr. Herbert Hart, *The Concept of Law*, p. 254 s.