

- Barton, Stephan (comp.): „(...)weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“ Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden: Nomos, 71-86
- Meyer-Wieck, Hannes (2005): *Der Große Lauschangriff. Eine empirische Untersuchung zu Anwendung und Folgen des § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO*, Berlin: Duncker & Humblot
- Mushoff, Tobias (2008): *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, Frankfurt a.M.: Peter Lang
- Opitz, Sven (2008): Zwischen Sicherheitsdispositionen und Securitization: Zur Analytik illiberaler Gouvernamentalität, en: Purtschert, Patricia/ Meyer, Katrin/ Winter, Yves (comp.): *Gouvernamentalität und Sicherheit. Zeitdiagnostische Beiträge im Anschluss an Foucault*, Bielefeld: transcript, 202-228
- Pestalozza, Christian (2004): Die widerwillen sprengende Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung, en: *Juristische Zeitung*, 605-609
- Pollähne, Helmut/ Kemper, Andrea (2007): Unmenschliche und erniedrigende Drogenkontrollpolitik. Brechmitteleinsätze gegen das Folterverbot – zur Entscheidung des EGMR, en: *Kriminologisches Journal*, 39. Jg. H. 3, 185-202
- Rackow, Peter (2010): Strafrechtliche Terrorismusbekämpfung durch Ponalisierung von Vorbereitungshandlungen, en: Bloy, Rene et al. (comp.): *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht – Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 615-641
- Sack, Fritz (2007): El derecho penal del enemigo, ¿un camino hacia una política criminal diferente?, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología (Ad Hoc)*, Nro. 4, 128-158
- Scheerer, Sebastian/Böhm, María Laura/Viquez, Karolina (2006): Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho Penal del Enemigo, en: Cancio Melia, Manuel/Gomez-Jara Diez, Carlos (comp.): *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusion, Tomo II*, Madrid/Montevideo: Edisofer y B. de F., 917-938
- Schmitt, Carl (1963): *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot: Berlin
- Stolle, Peer (2008): Die aktuellen Terrorismus-Verfahren und ihre Folgen, *Kriminologisches Journal* 40. Jg., H. 2, 123–136
- Thiede, Frank (2008): Entwurf des BKA-Gesetzes, en: *Kriminalistik* 10/2008, 539-542
- Denkowski, Charles von (2007): Einstufung als (islamistische) Gefährder und (heimliche) Folgeeingriffe, en: *Kriminalistik* 5/2007, 325-332
- Denkowski, Charles von (2008): Das BKA im Wandel: Einst Zentralstelle, bald Bundeskriminalpolizei im Vorfeld terroristischer Gefahren – die Große Koalition leitet einen Paradigmenwechsel ein, en: *Neue Kriminalpolitik* 3/2008, 82-87
- Vormbaum, Thomas (2009): *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin: Springer.
- Wartjen, Maximilian (2007): *Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung*, Baden-Baden: Nomos
- Williams, Michael C. (1998): Modernity, Identity and Security: A Comment on the “Copenhagen controversy”, en: *Review of International Studies* 23(3), 435-440
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006): *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires: Ediar
- Zedner, Lucia (2007): Pre-crime and post-criminology?, en: *Theoretical Criminology* 11(2), 261-281
- Zinn, Jens (2008): Introduction: The Contribution of Sociology to the Discourse on Risk and Uncertainty, en: *id.* (comp.): *Social Theories of Risk and Uncertainty—An Introduction*, Oxford – Malden (MA): Blackwell, 1- 17

## ¿PROCESOS PENALES SOLO PARA CONOCER LA VERDAD? LA EXPERIENCIA ARGENTINA\*

Daniel R. PASTOR\*\*

**Sumario:** I. Descripción de un fenómeno peculiar. II. Crítica de este fenómeno peculiar.

### I. DESCRIPCIÓN DE UN FENÓMENO PECULIAR

#### A. La situación

Al menos desde el siglo XX después del ocaso de cada régimen político autoritario se han producido diversas experiencias para tratar de reconstruir la suerte de los afectados por la opresión desarrollada desde el Estado<sup>1</sup>. Ellas han sido muy variadas y sus diferencias han dependido de múltiples factores, principalmente del grado de dominio del poder que tuvieron, ya en Democracia, los autores de los crímenes, por un lado, y las víctimas supervivientes, por el otro. Lo normal ha sido conocer lo sucedido por su difusión, pero también por el resultado de los procesos judiciales llevados a cabo contra los sospechosos. Donde los procesos judiciales no eran posibles, se recurrió a las llamadas “comisiones de la verdad”. Mi trabajo se refiere a la muy peculiar experiencia argentina que empezó con una comisión de la verdad<sup>2</sup> que en

lugar de ser creada como alternativa al enjuiciamiento penal fue pensada también como base de los necesarios procesos judiciales<sup>3</sup>. Se esperaba que, al menos en parte, las circunstancias establecidas por esta Comisión respecto de casi unas diez mil víctimas de crímenes de Estado resultarían precisadas y pormenorizadas en investigaciones penales y juicios<sup>4</sup>. Esta política siguió su curso normal hasta que la solución judicial fue excluida por las leyes que impidieron la continuación de los procesos.

Los crímenes, con independencia de su naturaleza, sus particularidades y su gravedad, representan hechos del pasado cuyo conocimiento, en una sociedad democrática, puede ser tratado de maneras muy diversas. Ante la obligación estatal de castigarlos surge el deber judicial de conocerlos. Pero también se puede resolver no castigarlos y, por lo tanto, no investigarlos, de modo que se impone así desde la autoridad una suerte de decisión colectiva de “olvidarlos oficialmente” (amnistía). Ahora bien, si no pueden ser

\* Publicado en Pastor, Daniel: *Neopunitivismo y Neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, 2008, p. 369 y ss.

\*\* Profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

1 “En tiempos de un cambio de sistema político con profundas modificaciones también de tipo normativo, es muy natural la reconstrucción jurídico-penal del pasado con el interés de justificar que ese pasado debe ser aclarado segura y completamente” (Hassemmer, W.: “La responsabilidad penal por crímenes de Estado y el cambio de sistema político en Alemania bajo la lupa de las causas de justificación”, trad. de D. Pastor, en NDP 1998/A, p. 74). Vid. también Eiroa P.: “Memoria y justicia en la experiencia de la Comisión sudafricana para la verdad y la reconciliación” (inédito). Muchas de las experiencias concretas del siglo XX han sido analizadas por Nino, C.: *Juicio al mal absoluto*, trad. de M. Böhmer, Buenos Aires, 2006, pp. 43 y ss. Acerca de las cuestiones penales fundamentales que plantea la superación del pasado vid. además Hirsch, H.: “Derecho penal del Estado de derecho e injusto dirigido estatalmente”, trad. de A. Gil Gil, en Hirsch, H.: *Derecho Penal. Obras completas*, Buenos Aires, 2000, t. II, pp. 209 y ss. En general sobre el problema de fondo de verdad, memoria, historia y futuro, vid. AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, trad. de S. Peña, Buenos Aires, 2006.

2 La Conadep (Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas) creada por decreto del Presidente Alfonsín de 15 de diciembre de 1983.

3 Informa Nino, cit. n.º 1, p. 133, que “la mayor parte de la evidencia colectada por la Conadep fue decisiva en los juicios que seguirían”.

4 Vid. Méndez, J.: “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en Abregú, M./Courtis, C.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, p. 527.

castigados, su conocimiento podría ser mantenido, de todos modos, como cuestión estatal (propaganda) o quedar librado a la elaboración privada (historia). Casi todas estas opciones han sido puestas en práctica para la superación de lo sucedido con los crímenes de Estado en Argentina, según se verá más abajo, pero lo central para este trabajo es el análisis de la utilización del proceso penal y de los cuerpos judiciales previstos para llevarlo a cabo con el fin de satisfacer un “derecho a la verdad” que obliga a poner en marcha la maquinaria de la justicia criminal *solo* para saber qué pasó exactamente respecto de esos crímenes sin posibilidad de enjuiciar a los sospechosos y condenar a los culpables. Por lo tanto, si bien no son procesos penales en sentido estricto recurren sin embargo, para cumplir su peculiar fin, a la actuación de los jueces penales por medio de las reglas del proceso penal, con lo cual es evidente que el derecho procesal penal tiene al respecto algo que decir, más allá incluso de que, en buena medida, estos procesos tienen mucho de “punitivos” en sentido amplio. De otro modo no se explica por qué se recurre a jueces y procesos penales si no se trata de juicios penales. Es por ello que

esta práctica, que ha sido bautizada con el nombre de “juicios de la verdad” o “juicios por la verdad”, resulta llamativa ya porque en realidad sabemos bien que no son propiamente juicios y no sabemos nada demasiado preciso acerca de qué es la verdad<sup>5</sup>.

## B. Alcances del llamado “derecho a la verdad”

En el ámbito latinoamericano es un lugar común considerar que el Estado, respecto de los llamados “delitos de lesa humanidad” (con más propiedad: “delitos contra la humanidad”) y de las denominadas “graves violaciones de los derechos humanos”, tiene, junto al deber de llevar a cabo procesos penales con el fin de investigar y castigar a los culpables, una obligación independiente (derivada del deber de garantía y del deber de reparar) de informar todo lo sucedido con las víctimas<sup>6</sup>. Un derecho “a la verdad” –algo bastante impreciso y ambiguo, por cierto– no existe positivamente y se duda de que pueda haberlo, por ello se ha dicho que “la verdad sobre el derecho a la verdad” sigue siendo una materia en la cual todavía hay que ponerse de acuerdo<sup>7</sup>. No obstante ello, los intereses

- 5 La relación entre derecho y verdad es tan antigua como compleja. Kelsen asimila la pregunta por la justicia a la pregunta acerca de qué es la verdad que el gobernador romano formuló a Jesús de Nazaret (Kelsen, H.: *¿Qué es la justicia?*, trad. de L. Calvera, Buenos Aires, 1987, p. 7). *Vid.*, más pormenorizadamente, Häberle, P.: *Verdad y Estado constitucional*, trad. de G. Mañón Garibay, México, 2006; Bertolino, P.: *La verdad jurídica objetiva*, Buenos Aires, 1990; Neumann, U.: *La pretensión de verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*, trad. de M. Hernández, Bogotá, 2005; Volk, K.: *La verdad sobre la verdad*, trad. de E. Sarraiyrouse, Buenos Aires, 2007. Aquí, naturalmente, no se puede abordar además la discusión filosófica, epistemológica, semiótica y lingüística acerca de “la verdad”, problema central de la cultura occidental de Platón a Davidson, pasando por Aristóteles, Agustín de Hipona, Kant, Husserl, Wittgenstein, Heidegger, Russell, Gadamer, Foucault y Habermas, por citar solo algunos pensadores que se ocuparon detenidamente del problema. Una clave interpretativa para aproximarse no tan desarmado a esta cuestión la brinda el debate entre Engel, P./Rorty, R.: *¿Para qué sirve la verdad?*, trad. de A. Grieco y Bavio, Buenos Aires, 2007.
- 6 *Vid.* Méndez, cit. n.º 4, p. 522; Oliveira, A./Guembe, M.: “La verdad, derecho de la sociedad”, en Abregú/Courtis, cit. n.º 4, pp. 541 y ss.; Guzmán, N./Otero, J.: “La casación, la verdad y la autoincriminación. El fallo ‘Corres’ y la historia de una tensión”, en CDJP [Casación], t. I, pp. 503 y ss.
- 7 *Vid.* Naqvi, Y.: “The right to the truth in international law: fact or fiction?”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, N.º 862, 2006, p. 273. Este autor, a lo largo de todo el trabajo citado, pone en duda incluso que algo como la verdad, que como concepto es prácticamente inasible, pueda ser el contenido de regulaciones normativas. En el mismo sentido, *vid.* Guzmán/Otero, cit. n.º 6, p. 506; Chinchón Álvarez, J.: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Madrid, 2007, pp. 262 y ss. (“pretendido derecho”). Por esta razón este derecho es considerado todavía como algo “emergente” (*vid.* Méndez, cit. n.º 4, pp. 520 y ss.). La Comisión Europea de Derechos Humanos, en torno del problema del negacionismo, ya había afirmado, sin embargo, que los crímenes cometidos en Auschwitz no pertenecen solo a la historia: las familias de los víctimas siguen conservando un derecho a la memoria de lo sucedido con sus seres queridos (informe del 14.7.1984 del caso “T. c. Belgique”). El TEDH, en varios casos, ha seguido la misma línea general de tolerar la restricción de la libertad de expresión solo en el caso excepcional de que esta sea utilizada para efectuar una defensa pública de crímenes de guerra pasados cuya revisión deba ser evitada como medida necesaria en una sociedad democrática (así, p. ej., en la doctrina de la sentencia “Lehideux e Isorni c. Francia” del 23.9.1998). Como parte de las extravagancias habituales de los tribunales penales internacionales el ICTY anuncia desde su “Homepage” que entre sus objetivos se cuenta el de “imponer la verdad judicial con el fin de impedir el revisionismo”, aunque solo lo hace en la versión francesa de esta propaganda en Internet (*vid.* [www.un.org/icty/glance-ff/index.htm](http://www.un.org/icty/glance-ff/index.htm)), dado que en la versión en inglés este objetivo no es mencionado (*vid.* [www.un.org/icty/glance-e/index.htm](http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm)). En la obra de Chinchón Álvarez citada precedentemente (p. 263) se recoge la opinión de que este derecho tiene su origen en la historia, constituyendo para el Estado un “deber de la memoria” para prevenir “las deformaciones de la historia” que representan el revisionismo y el negacionismo. Desde el punto de vista político, en Europa, después de 1989, se exigió derecho a la verdad respecto de lo sucedido en los Estados totalitarios estalinistas, siendo Václav Havel –poeta, prisionero del régimen anterior y después Presidente democrático de Checoslovaquia y luego de la República Checa– quien primero presentó esta exigencia (*vid.* Häberle, cit. n.º 5, p. 2).

individuales que están detrás de la búsqueda, no de “la verdad”, sino de información de lo sucedido a las víctimas del delito (especialmente en el caso de los desaparecidos) merecen sin duda una regulación jurídica que los reconozca, canalice y proteja pues se trata de valores elementales dignos del mayor respeto social. Esto sí surge positivamente en el derecho internacional humanitario, p. ej. del art. 32 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (aprobado en 1977) en el cual se reconoce “el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros” que hayan tomado parte en conflictos armados, guerras de liberación o de lucha contra la opresión, especialmente en el caso de desaparecidos (art. 33), y también a recuperar los cuerpos de los fallecidos o a conocer el lugar de su sepultura y a acceder a ella (art. 34). Aquí no se habla de “la verdad”.

Es interesante de todos modos, para medir después las capacidades del proceso penal para cumplir este propósito, describir cuáles son los contenidos de este “derecho a la verdad” que implica como contracara –y esto es lo que más importa– una obligación para el Estado.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya en su Informe anual 1985/1986 estableció que “toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. Tal acceso a la verdad, supone no coartar la libertad de expresión; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país y el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias”<sup>8</sup>. Aquí no está totalmente claro todavía si esas investigaciones judiciales deben estar orientadas al castigo de los culpables o si persiguen exclusivamente una

función epistemológica.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Velásquez Rodríguez” (sentencia del 29.7.1988) señaló que como parte de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos humanos los Estados debían asegurar a las víctimas una investigación seria de los crímenes cometidos<sup>9</sup>. En esta sentencia la obligación de investigar no aparece como un fin en sí mismo. Aquí se trata, antes bien, de investigar con el fin explícito de “identificar a los responsables”, “imponerles las sanciones pertinentes” y “asegurar a la víctima una adecuada reparación”<sup>10</sup>.

Ante ello, la Comisión Interamericana, en el Informe N° 25/98, acentuó los alcances del “emergente” derecho a la verdad en sí mismo respecto de las graves violaciones de los derechos humanos, como parte de los derechos convencionales pero independiente del castigo efectivo de los culpables<sup>11</sup>. Este derecho, reiteró la Comisión, implica una obligación estatal con los familiares de las víctimas de esos hechos y con la sociedad como parte de las obligaciones y deberes asumidos por los Estados Parte, especialmente de lo dispuesto en los arts. 1.1, 8, 13 y 25 de la CADH<sup>12</sup>. Para la Comisión “el derecho a la verdad constituye un derecho de carácter colectivo, que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía. La Convención Americana protege el derecho a acceder y a recibir información en particular en el caso de los desaparecidos, en los cuales la Corte y la Comisión han establecido que el Estado está obligado a determinar su paradero. En ese sentido, la Corte ha señalado que ‘El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida [...], el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que

8 CIDH, Informe Anual 1985–1986- OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, p. 205 (*apud* Informe 25/98 de la CIDH, n.º 46).

9 *Vid.*, acerca del derecho a la verdad en esta sentencia, Méndez, cit. n.º 4, p. 528.

10 Sentencia cit., párr. 174. La Corte volvió sobre la cuestión en los casos “Bámaca Velásquez” (sentencia de 25.11.2000), “Barrios Altos” (sentencia de 14.3.2001), “Myrna Mack Chang” (sentencia de 25.11.2003), entre otros.

11 *Vid.*, acerca de las prestaciones que según este Informe integran el derecho a la verdad, también Guzmán/Otero, cit. n.º 6, p. 508.

12 Informe 25/98, párr. 85.

el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”<sup>13</sup>. En este Informe, finalmente, la Comisión sostuvo que “forma parte del derecho a reparación por violaciones a los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente sobre su pasado no solo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones”<sup>14</sup>.

Posteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe N° 21/00<sup>15</sup>, reconoció, al aprobar una solución amistosa, la existencia de un derecho a la verdad derivado de la CADH (de otro modo la Comisión no hubiera podido tratar la petición que alegaba la violación de la Convención) que “consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento de lo sucedido con las personas desaparecidas”; se aclara al respecto que “es una obligación de medios, no de resultados, que se mantiene, en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible”<sup>16</sup>. Se establece en este texto también que “el Gobierno argentino gestionará la normativa para que las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el país tengan competencia exclusiva en todos los casos de averiguación de la verdad sobre el destino de las

personas desaparecidas”<sup>17</sup>. Debido a que en el caso se llegó a una solución amistosa resulta ilustrativa, para conocer los alcances pormenorizados del derecho reconocido por las partes en su acuerdo bendecido por la Comisión, la posición de la peticionaria. En este sentido, el derecho a la verdad y el derecho al duelo –derivados de las garantías a una tutela judicial efectiva (se invocan el art. 8.1 y el infaltable art. 25 de la CADH)– obligan al Estado argentino (en virtud de su deber de respetar los derechos: CADH, art. 1.1) a determinar lo ocurrido con los detenidos desaparecidos<sup>18</sup>. La obligación comprende la reconstrucción de las historias particulares de cada uno de los detenidos desaparecidos<sup>19</sup>. Se trata del “derecho de los familiares a conocer el destino final de sus seres queridos y el derecho de la sociedad a conocer con detalle la metodología utilizada por la dictadura militar para exterminar a decenas de miles de argentinos”<sup>20</sup>.

Para la doctrina, lo que el derecho internacional, expresado por medio de la Comisión y de la Corte IDH, impone es “investigar las violaciones a los derechos humanos hasta la averiguación de toda la verdad [...]”. El Estado debe poner a disposición de los interesados y de la sociedad en general toda la información que posee”<sup>21</sup>. Se trata de informar acerca del destino y la eventual localización de los cuerpos de los muertos como parte del derecho de sus parientes a los duelos impedidos y a contar con un lugar de sepultura para sus seres queridos<sup>22</sup>.

13 Informe cit., párr. 88 (la cita de la Corte corresponde al párr. 188 de la sentencia “Velásquez Rodríguez”).

14 Informe cit., párr. 95. Con las mismas palabras se pronunció la Comisión en el Informe 136/99 (caso N° 10.488, El Salvador, 22.12.1999), párrs. 221 a 228.

15 Informe del 29.2.2000 del caso N° 12.059: “Carmen Aguiar de Lapacó” (Argentina). Este informe, que contiene una regulación precisa y detallada de la obligación estatal de buscar e informar la verdad en estos casos, supera a sus antecesores (25/98 y 136/99).

16 Informe cit., párr. 17, punto 1. esta era precisamente la idea de derecho a la verdad de Méndez, expuesta ya en su artículo de 1997, cit. n.º 4, p. 532, respecto de lo cual aclara que “no es inconcebible que ciertos aspectos de la verdad estén perdidos para siempre”.

17 Informe cit., párr. 17, punto 2. La normativa nunca fue aprobada por el Parlamento, de modo que Argentina ha incumplido esa parte del acuerdo (vid. Schiffrin, L.: “Derecho y política de la verdad”, en Arnold, J./Simon, J./Woischnik, J. (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina*, México, 2006, p. 349).

18 Informe cit., párr. 2.

19 Informe cit., párr. 10.

20 Informe cit., párr. 12. Obsérvese al paso que, en castellano, decenas de miles quiere decir que se trata de más de veinte mil.

21 Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, pp. 548 y s. Chinchón Álvarez, cit. n.º 7, p. 263, señala por ello que en la doctrina se habla de una “verdad global” acerca del marco general de lo ocurrido y de una “verdad del caso” relativa a lo sucedido con cada persona en particular.

22 Vid. Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, pp. 549 y ss. En esa dirección también la sentencia de la Corte IDH “Bámaca Velásquez” de 25.11.2000. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en su última versión del “Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” ha establecido, como principios 2 a 4 y respecto de crímenes aberrantes que sean también graves violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos, el “derecho inalienable a la verdad” que corresponde al pueblo, el “deber de recordar” que pesa sobre el Estado (consistente en “preservar del

En resumen, el llamado derecho a la verdad es igualmente un derecho de los individuos interesados directamente en el conocimiento de lo sucedido con sus allegados (verdad del caso) como un derecho de toda la sociedad a saber todo lo ocurrido (verdad global).

Con este contenido no hay nada todavía que, ante un deber impuesto por tratados internacionales, indique que esta obligación estatal de averiguar e informar deba ser satisfecha exclusivamente por medio del Poder Judicial, sino que resulta adecuada toda forma de cumplimiento apropiado de ese deber para evitar la tan temida “responsabilidad internacional” del Estado<sup>23</sup>.

En la evolución de la cuestión en Argentina se fueron combinando las experiencias en torno de los medios para satisfacer este derecho, tal como se trata a continuación, llegándose finalmente a la idea de utilizar al proceso penal solo con el fin de descubrir la verdad.

### C. Tiempo de conocer para saber y pensar

No bien finalizada la dictadura el gobierno democrático debió, de modo inusual, impulsar la investigación de los hechos pasados ante un sistema judicial acostumbrado a no involucrarse con los crímenes de Estado<sup>24</sup>. Este programa se basaba en tres pilares: (a) una decisión oficial del Gobierno de enjuiciar penalmente por lo menos a los máximos responsables del pasado terrorismo estatal<sup>25</sup>; (b) la introducción de una fuente de competencia civil, *ad hoc* y subsidiaria, para evitar que la jurisdicción militar, originalmente competente, frustrara el enjuiciamiento<sup>26</sup>; y (c) la creación de una comisión para investigar lo sucedido de modo que su informe sirviera a la vez al esclarecimiento público integral y de base para el proceso penal contra las Juntas que tuvieron el máximo poder durante la dictadura militar<sup>27</sup>. Esto dio lugar, a su vez, a otras tres consecuencias: (a) se produjo un informe

---

olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”) y el “derecho de las víctimas a saber” lo ocurrido con sus allegados (*vid.* Chinchón Álvarez, cit. n.º 7, p. 264). Una sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (expte. 2488-2002-HC/TC; sentencia de 18.3.2004) repite la idea “interamericana” del derecho a la verdad, pero se lo atribuye, junto a los interesados directos, a la Nación como “bien jurídico colectivo inalienable” (párr. 8) e imprescriptible (párr. 9). Esta sentencia deriva el derecho a la verdad, como parte de los derechos fundamentales implícitos, de la dignidad humana, de la soberanía popular, del Estado democrático de derecho, de la forma republicana de Gobierno y del deber estatal de tutela jurisdiccional efectiva (párrs. 12 y ss.).

- 23 Así, p. ej., Méndez, cit. n.º 4, pp. 531 y ss., aunque con reservas, pues en caso de incumplimiento este autor constituye al Poder Judicial en garante de la obligación, aunque para ello cae en la contradicción de afirmar, en la misma página, que al derecho internacional le es indiferente qué dependencia del Estado cumpla la obligación y si no se cumple la división de poderes no excusa, pero a la vez que “es al estamento judicial al que compete la *responsabilidad* por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno” (lo destacado me pertenece). En p. 534 Méndez señala que es el Poder Ejecutivo el indicado para cumplir la obligación y el Judicial su garante. En cambio, según Chinchón Álvarez, cit. n.º 7, p. 269, los deberes internacionales del Estado relativos a las violaciones graves de los derechos humanos no incluyen la obligación de esclarecer la llamada verdad global cuyo titular es la sociedad, por lo cual “la decisión de establecer mecanismos tendentes a alcanzar tal fin ha de entenderse, pues, como discrecional para el Estado” (p. 269).
- 24 *Vid.*, más detalladamente acerca del desarrollo histórico del tratamiento de los crímenes de nuestra última dictadura militar y acerca de la política de búsqueda de la verdad en aquellos años, Nino, cit. n.º 1, pp. 119 y ss., y 170 y ss.; Guzmán/Otero, cit. n.º 6, pp. 493 y ss.; y el informe sobre Argentina de Schiffrin, cit. n.º 17, pp. 333 y ss.
- 25 En 1983 entre las medidas del Gobierno Alfonsín se promovió por decreto la persecución penal de los principales jefes de la dictadura y de la guerrilla. Tal como lo reconoce el propio Presidente de aquel entonces, el Dr. Raúl Alfonsín, “a través de los decretos 157 y 158, pusimos en marcha el procesamiento de los responsables de la violencia que ensangrentó al país” (Alfonsín, R.: “Carlos Nino: jurista y filósofo de los derechos humanos y la república democrática”, prólogo a Nino, cit. n.º 1, p. 13).
- 26 “La estrategia general del gobierno democrático pretendió que el régimen militar se juzgara a sí mismo; es decir, se *autodepurase*” (Sancinetti, M.: *Derechos Humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, 1988, p. 11). *Vid.*, más detalladamente sobre este punto, Schiffrin, cit. n.º 17, pp. 334 y ss.; Novaro, M.: “Derechos humanos y política democrática. Las tareas de la historia y de la justicia entre populismo y liberalismo” (inédito).
- 27 *Vid.* más pormenorizadamente sobre la Conadep, Nino, cit. n.º 1, pp. 132 y ss. Según Alfonsín, cit. n.º 25, p. 17, “el caudal de información que reunió la Conadep [...] resultó decisivo para que la Fiscalía pudiera elaborar y formular en un lapso breve su acusación en el juicio a las Juntas Militares. También sirvió para las acusaciones en otros juicios iniciados contra el personal de seguridad y militar involucrado”.

oficial acerca de los crímenes de la dictadura (el *Nunca Más* de la Conadep), especialmente respecto de la metodología sistemática tendente a la desaparición forzada de personas<sup>28</sup>; (b) se sustrajo el enjuiciamiento de los hechos a la jurisdicción militar ante su inercia y se lo transfirió a la jurisdicción federal de lo penal<sup>29</sup>; y (c) se obtuvo la condenación de los principales conductores del Gobierno militar<sup>30</sup>.

La política de derechos humanos del Gobierno Alfonsín ha sido caracterizada como de búsqueda de la verdad incondicionada y castigo limitado<sup>31</sup>. La Conadep dio a conocer “un informe exhaustivo y conmovedor, el *Nunca Más*, que se convertiría en esencial elemento de prueba y alcanzaría un estatus de verdad histórica mayor de la que todos, incluido Alfonsín, pudieron imaginar”<sup>32</sup>. Pero, en cuanto a la persecución limitada, la propia sentencia que condenó a los jefes de la dictadura estableció que todas las responsabilidades penales respecto de los hechos debían ser investigadas para que los eventuales culpables, claro es, también fueran condenados<sup>33</sup>. Hasta aquí, más allá de las evidentes reservas que surgen respecto de las posibilidades –y de las inconveniencias de todo tipo– del proceso penal como método para descubrir la

verdad, se confiaba en que esas investigaciones judiciales, como parte de sus tareas necesarias, arrojarían algo de luz acerca de la determinación de la metodología terrorista del Estado militar, de la identificación de los responsables y del destino de las víctimas, miles de las cuales continuaban desaparecidas<sup>34</sup>.

Luego de esto, en parte por decisión propia previa, en parte debido a las presiones del entonces todavía importante poder militar, el Gobierno Alfonsín trató de limitar las investigaciones a los hechos cometidos por los responsables de mayor jerarquía<sup>35</sup>. Como consecuencia de esta situación fueron puestas en vigencia las leyes de “punto final”<sup>36</sup> y “obediencia debida”<sup>37</sup> que impidieron la continuación de las investigaciones, salvo para el caso de hechos considerados imperdonables<sup>38</sup>. Posteriormente, los indultos del Gobierno Menem extinguieron las penas impuestas y las acciones penales en curso, salvo respecto de los autores no abarcados por las leyes de punto final y obediencia debida que tampoco resultaron indultados por estos hechos<sup>39</sup>. Como es sabido, las normas en cuestión fueron derogadas por el Parlamento argentino diez años después y, con posterioridad, otra ley declaró que las privaba de todo efecto jurídico. A

28 “Se logró la reconstrucción del *modus operandi* del terrorismo de Estado y el relevamiento de su infraestructura. Se contabilizaron 8.960 casos de desaparición de personas y se identificaron unos 380 centros clandestinos de detención” (*ib.*).

29 Ante el retraso rayano en la desidia de los órganos militares encargados de juzgar a las Juntas Militares de la dictadura, “la Cámara Federal se avocó entonces al conocimiento de la causa, y la sustrajo de la jurisdicción militar” (Sancinetti, cit. n.º 26, p. 15).

30 Sentencia de la CCC Fed. de Buenos Aires del 9.12.1985 en la causa N.º 13/84. El texto completo se puede consultar en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>.

31 *Vid.* Novaro, cit. n.º 26; Nino, cit. n.º 1, pp. 119 y ss.

32 Novaro, cit. n.º 26.

33 Considerando décimo segundo de la sentencia. Según Novaro, cit. n.º 26, la propuesta de Alfonsín de responsabilizar limitadamente los crímenes de la dictadura “quedó rezagada frente a las expectativas de los organismos, los fallos de algunos jueces y el activismo de algunos fiscales, y la visión predominante en la opinión pública y cierto periodismo, que ahora tenderían a converger en la idea de que cualquier límite al ‘juicio y castigo a todos los culpables’ era un retroceso y una traición”. Esta situación, según la doctrina, conspira contra el conocimiento de todo lo sucedido porque los procesos penales seguidos contra infinidad de imputados y por la totalidad de los hechos se vuelven interminables, siendo preferible una comisión de la verdad que informe tan rápido como sea posible acerca de lo ocurrido (*vid.* Cassese, A.: *International Criminal Law*, New York, 2003, pp. 9 y s.).

34 Novaro (cit. n.º 26) p. ej. considera que el denominado juicio a los ex Comandantes “fijó fehacientemente la verdad de lo sucedido en los centros de detención”.

35 Según Alfonsín: “Por supuesto hubiera sido deseable que la persecución fuera contra todos los que hubieran cometido delitos, pero hacerlo colocaba en serio riesgo al proceso mismo de la transición. Resultaba absolutamente impensable llevar adelante el proceso a miles de integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (la mayoría en actividad) que participaron de una u otra manera en la represión ilegal [...]. Nuestro objetivo no podía ser el juicio y condena a todos los que de una u otra manera habían vulnerado los derechos humanos, porque esto era irrealizable, sino alcanzar un castigo ejemplificador que previniera la reiteración de hechos similares en el futuro” (cit. n.º 25, p. 21).

36 *Vid.*, con la información acerca de las motivaciones y los alcances de esta ley, Nino, cit. n.º 1, pp. 148 y ss. Acerca de las objeciones jurídicas que mereció esta norma, *vid.* Sancinetti, cit. n.º 26, pp. 61 y ss.

37 *Vid. ib.*, pp. 89 y ss., y 126 y ss., sobre las críticas jurídicas respecto de esta otra ley.

38 Delitos referidos a menores de edad y delitos contra la propiedad.

39 *Vid.* Nino, cit. n.º 1, pp. 159 y s.

partir del ejemplo de una pionera resolución judicial de 2001<sup>40</sup> los tribunales comenzaron a privar de efectos jurídicos a las leyes conocidas como de “punto final” y de “obediencia debida”. Tal criterio fue ratificado por la Corte Suprema solo en 2005<sup>41</sup>. Así, desde entonces, fueron reabiertos o iniciados los procesos penales hasta ese momento impedidos por las normas mencionadas. Los indultos de 1989 y 1990 parece que correrán la misma suerte, si es que al menos la coherencia es considerada todavía un valor indisponible entre nosotros<sup>42</sup>.

#### D. Tiempo de conocer para saber e informar

De esta evolución lo que interesa al tema de los procesos penales de la verdad es lo sucedido en el periodo intermedio, de casi veinte años, que hay entre las leyes que impidieron juzgar y castigar los crímenes de la dictadura y la ratificación de las decisiones judiciales que, muy tardíamente, privaron de todo efecto jurídico a tales normas. Ante la imposibilidad de castigar se imponía, necesariamente, la inoperancia de investigar. Sin embargo, ante la impotencia y la frustración penales, se llegó a un compromiso, en gran medida informal, entre los activistas situados a uno

y otro lado de los procesos penales (víctimas, fiscales y jueces). Se estableció así que, caduca la obligación estatal de punir los crímenes de la dictadura, el Estado debía al menos cumplir con su deber de informar a los familiares de las víctimas acerca de lo sucedido<sup>43</sup>. Lo notable de esta situación comprensible fue que para ello se escogió como medio al proceso penal<sup>44</sup>.

Ante la imposibilidad de investigar y castigar se pasó entonces, sin reforma de la ley, a implementar procesos penales para investigar e informar<sup>45</sup>. Por entonces se pensó que resultaba “imprescindible contar con las facultades que posee el Poder Judicial para recabar información sobre los hechos pasados [...]. Es por eso que el objeto del proceso que en su momento se iniciara no se encuentra agotado”<sup>46</sup>. Nacen así ante los estrados de la jurisdicción de lo criminal y como continuación de los juicios penales abortados los llamados, no sin cierta exageración, “juicios de la verdad”. En estos procesos todo el vestigio que queda del sujeto pasivo es su transformación de imputado en testigo<sup>47</sup>, aunque no siempre, y su sometimiento, en consecuencia, a las penas previstas en caso de infracción a sus deberes: sustracción, retención o falsedad<sup>48</sup>.

40 Resolución del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 4 de 6.3.2001 dictada en el caso conocido como “Simón” y firmada por el juez G. Cavallo y los secretarios H. Folgueiro y P. Parenti.  *Vid.*, más detalladamente sobre el tema, la *Presentación* de H. Folgueiro y P. Parenti –y las contribuciones allí reunidas– en un volumen especialmente dedicado a esta sentencia (CDJP N° 16, pp. 17 y ss.).

41 CSJN, expediente S. 1767. XXXVIII “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc., causa N° 17.768”, resolución del 14.6.2005.

42 Al momento de escribir estas líneas se espera una decisión de la Corte Suprema que avale las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad y nulidad de los decretos en cuestión.

43 Se ha dicho al respecto que cuando “se imponga un obstáculo insalvable a la obligación de investigar, procesar y sancionar penalmente a los responsables [...] el Estado sigue obligado a indagar la verdad [...] y a revelar esa verdad a los familiares de las víctimas y a la sociedad” (Méndez, cit. n.º 4, p. 526).

44 Uno de los promotores, como juez, y mayores difusores, como publicista, de las ventajas de los “juicios penales de la verdad” es el brillante jurista Leopoldo Schiffrin, hombre del derecho y de la cultura que ha dado muestras de extraordinario valor a lo largo de toda una vida comprometida en la defensa de la Democracia y de los derechos individuales, especialmente cuando la defensa de esos valores solo ofrecía “incomodidades” y no los réditos a los que aspiran los oportunistas de hoy en día. Para Schiffrin, cit. n.º 17, p. 345, la investigación judicial de los aspectos inherentes a la satisfacción del llamado “derecho a la verdad” resulta “mucho más facilitada si se aplican las reglas de la instrucción criminal”. Este trabajo, como se verá, va a poner en duda, modestamente, la idea avalada por Schiffrin.

45 “La imposibilidad de aplicar una condena a los culpables no quitaba sentido a la participación del Poder Judicial. Aún seguía vigente la posibilidad de investigar la suerte corrida por los detenidos desaparecidos y el destino de sus cuerpos. También se presentaba la oportunidad de lograr, por medio de una exhaustiva investigación, un conocimiento minucioso de la metodología utilizada por la dictadura militar” (Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 548).

46 *Ib.*, pp. 555 y s.

47 La práctica de convertir al imputado en testigo ha sido radicalmente criticada por la doctrina (*vid.*, pormenorizadamente sobre estos problemas, Illuminati, G.: “El imputado que deviene testigo”, trad. de P. Eiroa, en CDJP n.º 18-19, pp. 325 y ss.; Eiroa, P.: “La reforma del ‘proceso justo’ en Italia: entre el derecho al silencio, el contradictorio y el esclarecimiento de los hechos como finalidad procesal”, en CDJP n.º 18-19, pp. 309 y ss.).

48 En algunas jurisdicciones los jueces entendieron “que por el carácter no penal de los ‘juicios por la verdad’ podían interrogar como testigos a personas claramente implicadas en los hechos” (Schiffrin, cit. n.º 17, p. 351). Así sucedió en el caso de Corres, criterio que después fue dejado sin efecto por la Cámara Nacional de Casación Penal (*vid.* Guzmán/Otero, cit. n.º 6, pp. 501 y ss.),



Comenzó así la discusión acerca de si los órganos judiciales penales debían ocuparse, por medio del proceso penal, de investigar la verdad por la verdad misma. Es la discusión que culmina con la solución amistosa celebrada ante la Corte IDH en el caso “Aguar de Lapacó” ya mencionado. Esta discusión comenzó con la resolución del 20.4.1995 de la Cámara Federal de Buenos Aires (caso “Mignone”, causa ESMA) en la que se exalta el derecho a la verdad como uno de los fines del proceso penal: “en el supuesto del derecho a la verdad cabe resaltar que este constituye uno de los fines inmediatos específicos del proceso penal”<sup>49</sup>.

La primera investigación de la pura verdad de este tipo, que es mencionada aquí solo como un ejemplo de otras muchas similares, fue ordenada en Buenos Aires a pedido de los familiares de una persona presuntamente asesinada por agentes estatales durante la dictadura militar<sup>50</sup>. A raíz de las declaraciones periódicas de un ex-oficial de las FF.AA. que reconoció la existencia de personas privadas antijurídicamente de su libertad que fueron torturadas y asesinadas en el ámbito de la Armada Argentina, los familiares de los afectados solicitaron, y el tribunal lo aceptó, que las dependencias involucradas del Estado proporcionaran la lista de las víctimas de los hechos que

habían sido objeto de investigación penal en ese proceso hasta la sanción de las leyes de punto final y obediencia debida y del indulto posterior de los dos únicos imputados remanentes; lista de cuya existencia dio fe el entrevistado periódicamente. Los argumentos de la decisión se agrupan en tres: para dos jueces el objeto del proceso está agotado (la técnica jurídica de este argumento es impecable<sup>51</sup>) y, sin embargo, se debe pedir la información por razones humanitarias; para tres jueces el proceso no está agotado y lo solicitado podría encuadrar en la investigación de hechos no amparados por los indultos ni por las leyes de “punto final” y “obediencia debida”; para el sexto juez el pedido debía ser acogido —aunque la investigación penal estuviera cerrada— no solo por razones humanitarias, sino sobre todo porque las funciones jurisdiccionales penales típicas involucran el fin de abastecerse de información acerca de la suerte final que corrieron las víctimas de unos hechos que ya no se pueden punir.

Más allá de la ciudad de Buenos Aires también en otras jurisdicciones se han llevado y son llevados a cabo todavía los llamados “juicios de la verdad”<sup>52</sup>. La Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de La Plata, p. ej., ha realizado uno de los más importantes procesos de esta naturaleza<sup>53</sup>. Se ha afirmado que este

---

y, aparentemente, también en el “juicio de la verdad” de La Plata, en el cual se ha podido apreciar “la reticencia de estas personas para atestiguar y expresar la verdad, más allá de que en algún caso se haya podido iniciar una causa por falso testimonio” (Alonso Morales/Lovelli/López Alcalá/Ialonardi, “Maternidades clandestinas. La investigación como un aporte para la búsqueda de los niños apropiados durante la dictadura”, en AA.VV.: *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad*, Buenos Aires, s/f, p. 154). Schiffrin (cit. n.º 17, pp. 350 y s.), sin embargo, se refiere “al principio *nemo tenetur se ipsum prodere* que impide que en el juicio de la verdad las personas de las que pudiera sospecharse alguna responsabilidad como autores o cómplices sean interrogadas en calidad de testigos”, aunque reconoce que en el juicio de La Plata “los simples guardianes de centros de detención si fueron interrogados como testigos por entender el tribunal que contra ellos no habría por qué presumir responsabilidad penal, criterio este no compartido últimamente por el Ministerio Público que ha abierto numerosas causas estrictamente penales que involucran también a guardianes que declararon como testigos”.

- 49 La doctrina ha dicho también que “el ‘derecho a la verdad’ constituye *el fin* inmediato del proceso penal” (Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 553, lo destacado me pertenece).
- 50 Resolución tomada en pleno por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Buenos Aires el 20 de marzo de 1995 en el proceso llamado “Méndez Carreras, Horacio s. presentación en c. N.º 761 E.S.M.A. Hechos que se denunciaron como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada”. *Vid.*, con más información acerca del desarrollo de estos procesos, Perlinger, N.: “Juicios por la verdad: una respuesta necesaria frente al vacío de la desaparición” (en prensa).
- 51 Ambos repiten su argumentación en una resolución de la misma causa dictada el 6.4.1995 respecto de una solicitud similar (“Carssen, Octavio y otros s. presentación en c. 761 E.S.M.A.”), argumentación a la que en esta ocasión se sumó el juez que en el precedente del texto había expresado la mayor adhesión a investigar sin acción penal (en este caso dos jueces, que en la decisión tratada en el texto se pronunciaron por obtener la información, repitieron su argumento, aunque con algunas reservas, quedando en minoría, dado que el tercero que antes los acompañó no votó en esta oportunidad por motivos de salud). En una resolución ante un planteo similar inmediatamente posterior (20.4.1995) esta mayoría, compuesta de nuevo por tres jueces, impuso su criterio favorable a investigar aprovechando que en la ocasión fue al otro grupo de jueces al que les faltó un voto por razón de enfermedad (“Mignone, Emilio F. s/presentación en causa N.º 761 E.S.M.A.”).
- 52 *Vid.* Schiffrin, cit. n.º 17, pp. 348 y 350. Es llamativo el caso de Salta, donde el Juzgado Federal canalizó la satisfacción del derecho a la verdad por un procedimiento no penal de *habeas data*.
- 53 *Vid.* Alonso Morales/Lovelli/López Alcalá/Ialonardi, cit. n.º 48, p. 153 y s.

proceso está conectado directamente a la imposibilidad de perseguir penalmente los crímenes amparados por las leyes de no punibilidad de los años ochenta: “Éste es un juicio *sui generis*, por así decirlo, que comienza en 1998 dada la situación de impunidad que se vivía en el país por las leyes de obediencia debida y punto final [...] se trataría de una gran instancia probatoria que no tiene consecuencias penales; es decir, el objetivo de estos juicios es la búsqueda de la verdad, *no se pretende condenar a nadie* [...] durante todos los miércoles de los años que van de 1998 a 2004 –y actualmente continúa– se desarrollaron 942 audiencias, en las que dieron testimonio familiares de detenidos, sobrevivientes, represores –policías y médicos policiales, y también militares–, además de testigos comunes”<sup>54</sup>. Sobre los resultados de este juicio se ha dicho también que “se han recibido más de quinientos cincuenta testimonios y realizado numerosos secuestros de documentación importante. Asimismo se descubrieron nuevos centros clandestinos de detención antes ignorados y el detalle del funcionamiento de los circuitos por los que discurría la actividad terrorista impulsada desde el Estado. Sin embargo, la elaboración de esta enorme masa de material, que concierne a unas tres mil víctimas, requiere disponer de una infraestructura mayor que la precaria con la que cuenta la Cámara”<sup>55</sup>.

Entre todas las opciones, como se puede ver, se ha preferido la investigación criminal del pasado con la justificación de que “el marco judicial aparece como especialmente apto para revocar la *damnatio memoriae* de las víctimas. Los simples procedimientos judiciales destinados a averiguar en forma pública la verdad de sucesos y destinos son la *restitutio memoriae*, la reparación moral que puede surgir como uno de los elementos para establecer una conciencia ético-jurídica capaz de sustentar un verdadero Estado

democrático de derecho”<sup>56</sup>. Asimismo, se ha considerado que “el marco solemne de un foro judicial permite a las víctimas y sus deudos llevar a la opinión pública la lesión antes recibida de modo clandestino, poniendo ese mínimo umbral de justicia consistente en hacer verdadero el derecho a la audiencia en procura de esclarecimiento y de retribución”<sup>57</sup>.

Los denominados juicios de la verdad, ante la ausencia de toda regulación normativa específica, se han desenvuelto de una manera muy diferente, lo cual dependió de la impronta de cada cuerpo judicial dedicado a llevarlos a cabo (en algunos los “ex imputados” resultaron testigos plenos, en otros no; algunos tribunales hicieron “juicios orales”, otros no [incluso en Mar del Plata se produjo un conflicto de competencia entre el tribunal de apelación y el tribunal de juicio]; algunos dictaron resoluciones de la verdad, otros no; etc.). También las heterogéneas finalidades de estos “juicios” recibieron distinta respuesta. La identificación de restos, su entrega a los deudos y, por consiguiente, el conocimiento bastante preciso de lo sucedido en el caso particular en virtud de las circunstancias del hallazgo que ilustran el destino de la víctima es sin duda un complemento del proceso penal en el cual se investigó dicho crimen. Se trata de lo que la jurisprudencia denomina “jurisdicción residual”. Esto es ya siempre así con derecho a la verdad o sin él, con juicios de la verdad o sin ellos, con crímenes de tratamiento especial (derechos humanos, lesa humanidad, etc.) o con crímenes de tratamiento normal. En cambio, si por cada caso, además, al final se brinda un relato con forma de resolución judicial de lo descubierto y probado, como ha sucedido en algunas jurisdicciones, entonces ya aparece un modo de proceder atípico en los procesos penales que satisface el interés del afectado de llevarse una declaración oficial de lo sucedido con un familiar<sup>58</sup>. Lo que

54 *Ib.* (lo destacado me pertenece).

55 Schiffrin, cit. n.º 17, p. 350.

56 *Ib.*, p. 346.

57 *Ib.*, p. 351. Aquí, en la mención de la retribución, se advierte ya la finalidad “punitiva” de unos juicios respecto de los cuales se afirma, sin embargo, que no son hechos para punir y que incluso solo pueden ser hechos porque ya no se puede punir. El autor citado agrega a continuación que “esto, a la vez, se integra con la preservación y desarrollo de la memoria individual y colectiva que evita el segundo asesinato que significaría el olvido” (*ib.*). Me parece, en cambio, que en una Democracia sin fanatismos deberían ser abiertamente discutibles, en primer lugar, las formas de hacer y guardar la memoria individual y colectiva, siendo altamente llamativo, en segundo término, imponer que el recurso al olvido –como actitud personal o colectiva– pueda ser equiparado a un asesinato, formulación ya presente en la lucha contra el negacionismo en la obra de Vidal Naquet, P.: *Los asesinos de la memoria*, trad. de L. Mames, México, 1994. En el mismo sentido, Elie Wiesel, en su prefacio a AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 12, habla de “crímenes contra la memoria” y sostiene que “olvidar a los muertos es matarlos de nuevo”.

58 Un problema que dejaré abierto es el de establecer cuál es el fundamento para restringir el derecho a la verdad a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y de crímenes llamados de lesa humanidad. Más allá de que estas categorías son

no se entiende todavía es de qué modo van a satisfacer el derecho de la sociedad a la verdad estos “juicios” tan diversos, con sus esporádicas audiencias públicas y sus relatos concluyentes escritos, atomizados y archivados por territorio y por legajo<sup>59</sup>.

Hay, entretanto, algo que es decisivo en la producción de estos juicios penales *sui generis*: la afirmación de que ellos fueron llevados a cabo solo porque ya no se podía condenar a los sospechosos. Méndez, p. ej., reconoce esta circunstancia y afirma que los juicios de la verdad son obligatorios debido a que la posibilidad de sanción “está definitivamente excluida en virtud de las leyes y decretos que consagraron la impunidad de los hechos”<sup>60</sup>. También Novaro destaca que se trata de “procesos que no tendrían consecuencias penales para los represores”<sup>61</sup>. Esta conclusión, según la cual solo la no punibilidad de los hechos explica la obligación jurídica de llevar a cabo procesos penales para la sola investigación informativa es decisiva para el análisis correcto del problema que hoy tenemos sobre la mesa de trabajo.

No obstante ello, es posible pensar que los procesos por la verdad tuvieron la finalidad encubierta y

directamente negada en las resoluciones de adquirir y conservar la prueba necesaria para perseguir y condenar estos hechos ante una eventual reapertura de los procesos en el futuro. Esta situación, que aquí únicamente puedo introducir como hipótesis de trabajo para estudios futuros, explicaría por qué fue asignada la reelaboración del pasado de un modo tan decidido al toco instrumental del proceso penal, método difícilmente concebible para describir un pasado tan complejo, siendo que es ya incapaz de esclarecer de modo satisfactorio hechos notablemente sencillos. Schiffrin sostiene también que los “juicios de la verdad” tienen “el *puro* objetivo de establecer certidumbre sobre los hechos”<sup>62</sup>, esto es, que no tienen ningún otro propósito, pero al describir más detalladamente el fenómeno, en un párrafo que no puede dejar de causar perplejidad, se refiere a unas “formas jurídicas elaboradas para concretar las actividades judiciales destinadas a la averiguación de la verdad, que, a su vez, estimule el empleo de los medios judiciales ordinarios para la investigación y sanción de los delitos de terrorismo de Estado”<sup>63</sup>. Se ha hablado, incluso, de “un uso estratégico de las investigaciones penales” más allá de la posibilidad, *cerrada temporalmente*

---

difusas, el derecho penal y procesal penal excepcional que les corresponde (retroactividad de normas desfavorables, imprescriptibilidad, arrepentidos, derecho a la verdad, privación de la defensa pública, del arresto domiciliario, de la cosa juzgada, etc.) ya se expande a otros ámbitos (terrorismo), de modo que todavía es posible que las prerrogativas del derecho a la verdad sean invocadas también para otros delitos denominados comunes (así parece entenderlo, p. ej., el discurso de Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 549). Sobre todo porque la restricción de este derecho a algunas clases de crímenes ha sido justificada con un argumento discriminatorio: Méndez, cit. n.º 4, p. 526, confiesa expresamente el carácter extraordinario de los derechos de las víctimas de crímenes gravísimos al señalar que ellas tienen un “más amplio derecho a la justicia”. El Procurador General de la Nación, en un dictamen del 8.11.2006 (causa “Torea s/recurso de casación”), en un caso de homicidio por imprudencia, ya habla sin embargo de “satisfacer el derecho de los familiares de la víctima a saber la verdad de lo sucedido”.

59 Vid. Binder, A.: “El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva-destructiva de la prueba penal”, en *id.*: *Justicia Penal y Estado de derecho*, Buenos Aires, 1993, pp. 13 y ss.

60 Méndez, cit. n.º 4, p. 534. La no punibilidad es un argumento del planteo de Aguiar de Lapacó que da inicio a los juicios de la verdad y que los consolida al conseguir su reconocimiento por acuerdo entre ella y la República ante la Comisión de DD.HH. de la OEA. Antes la Corte Suprema le había cerrado el camino a esta alternativa, por mayoría (caso “Suárez Mason”, resolución del 13.8.1998: CSJN, *Fallos*, t. 321, pp. 2031 y ss.). Por entonces, en cambio, la Corte consideraba procedente las acciones de *habeas data* para acceder a la información propia del derecho a la verdad (caso “Urteaga”, resolución del 15.10.1998: CSJN, *Fallos*, t. 321, pp. 2767 y ss.). Un reconocimiento expreso del derecho a la verdad por la Corte y a su canalización por vía criminal, después de la intervención de la Comisión Interamericana, puede ser visto, entre otros, en los casos “Hagelin”, resolución del 8.9.2003: CSJN, *Fallos*, t. 326, pp. 3268 y ss., y “Rivarola”, resolución del 27.5.2004 (causa N.º R.392.XXXIX).

61 Cit. n.º 26.

62 Cit. n.º 17, p. 347.

63 *Ib.*, p. 346. Obsérvese que este autor era conciente del problema de la pérdida de pruebas por la inacción de la jurisdicción penal, pues, al referirse a los efectos de la ley 23.049 que en 1984 dispuso la previa actuación de la jurisdicción militar en esos casos, menciona que de ese modo “una gran cantidad de sumarios seguidos por los tribunales penales ordinarios pasaron a los castrenses, que no los continuaron. La pérdida de elementos valiosísimos que así se produjo resulta en muchos casos irreparable, como se lo comprueba casi diariamente en los procedimientos seguidos 25 años después para el esclarecimiento de los casos de terrorismo de Estado. La cantidad de lugares de detención clandestina cuya forma se alteró, o que desaparecieron, los testigos que han muerto o que no se encuentran ya en estado de declarar, la documentación destruida por aplicación mecánica de reglamentaciones administrativas o —en algunos casos— con dolo, todo ello fue producto de la estrategia puramente dirigida a fines políticos inmediatos que en 1984 siguieron el Poder Ejecutivo y el Procurador General” (*ib.*, p. 335).

en aquel entonces por las decisiones de no punibilidad, de condenar a algún culpable<sup>64</sup>. Más aún, Schiffrin, aunque no sin cierta contradicción argumental, considera que lo que denomina juicios penales de la pura verdad son una suerte de “pre-procesos” que dan base a unos juicios penales completos que vendrán después: “La finalidad del procedimiento también es determinar a los responsables de los hechos y someterlos a la justicia penal competente”<sup>65</sup>.

La fobia a toda opción por investigar e informar que no pase por procedimientos y jueces criminales debe llamar altamente la atención del análisis. Esta tendencia –en gran medida inexplicable desde el punto de vista de los principios del Estado constitucional de derecho y, especialmente, desde la experiencia histórica– responde a una confusión, en parte inconsciente y en parte deliberada, entre conocimiento y castigo. Se trata de un círculo vicioso: el proceso, para imponer penas legítimamente, antes tiene que conocer los hechos; sin embargo, si ya no se puede castigar pero sigue en pie el derecho a conocer, entonces se debe seguir utilizando el proceso a ese fin; se dice así que lo que se pretende es conocer, pero esto podría encubrir un interés en seguir “castigando” aunque más no sea con la pena de sometimiento al poder meramente investigador de los jueces penales. Así se conseguiría, por lo menos, una “pena de banquillo” para el autor de estos crímenes que represente para las demandas de justicia de las víctimas y de sus familiares, como en la experiencia de algunas comisiones de la verdad, el consuelo de ver a los presuntos asesinos obligados a comparecer ante jueces penales. Pero también es posible, como ya se mencionó, que los “acusadores” y los funcionarios judiciales encargados de los llamados “juicios de la verdad” estuvieran pensando –algo que está lejos de ser demostrable– en investigar ahora para castigar más adelante.

Más allá de estas dudas irresolubles, lo cierto es que la realidad descrita merece serios reparos jurídicos por haberse escogido al malogrado y desafortunado proceso penal para garantizar el llamado derecho a la verdad de los afectados y de la sociedad.

## II. CRÍTICA DE ESTE FENÓMENO PECULIAR

### A. Aclaración previa

La práctica de recurrir a procesos penales solo para conocer, informar e ilustrar acerca de lo ocurrido en el pasado, tal como se verá de ahora en más, puede ser impugnada desde varios puntos de vista, todos convergentes hacia una única conclusión: resulta exagerado creer que el derecho procesal penal es un instrumento predispuesto para conocer la verdad, cualquier verdad y con la mayor amplitud y confiabilidad<sup>66</sup>. En lo que sigue, una vez puesta en su sitio la función real del proceso penal, por medio de lo que aquí denomino *la objeción teleológica* (B) y *la objeción epistemológica* (C), será demostrado que ni siquiera esa misión y esa epistemología –muy alejadas por cierto de la búsqueda de la verdad material– son alcanzadas satisfactoriamente en ámbitos judiciales, según lo prueban las que aquí llamo *objeciones metodológicas* (D). Además, desde el punto de vista del funcionamiento del derecho procesal penal se puede cuestionar, bajo el subtítulo de *objeción puramente técnica* (E), su empleo con el único fin de investigar e informar. Por último, también serán expuestas las inconsecuencias políticas de utilizar al Estado y su sistema penal como instrumento de verdad (lo que llamo, obviamente, *la objeción política* [F]) y los peligros que para el derecho entraña –según ya lo sabemos gracias a las lecciones de la historia– utilizar el aparato punitivo del Estado o una parte de él para perseguir el descubrimiento de la verdad (*la objeción histórica* [G]).

Estos seis modelos de análisis responden, por supuesto, a una simplificación didáctica. El lector podrá advertir que no se trata de compartimentos estanco y que muchos de los argumentos atribuidos a una objeción se pueden superponer con los de otra o directamente pertenecer a otra u otras. Ello se debe, en definitiva, a que se trata de una única crítica fundamental descompuesta en muchas razones que explican el desacierto de entender al proceso penal como si fuera una *lapis philosophorum* capaz de brindar un conocimiento exacto, completo y puro.

64 Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 557.

65 Cit. n.º 17, p. 349. Se crea así “la instrucción de la instrucción”, pues en los juicios de la verdad, “la Cámara [se refiere a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de La Plata], en los casos en que se ha podido reunir prueba sobre responsables directos de los crímenes investigados, derivó esos elementos al Ministerio Público y jueces de instrucción federales” (*ib.*, p. 350).

66 Guzmán y Otero, cit. n.º 6, pp. 507 y 515 y ss., ya han formulado reparos a la averiguación de la verdad por la verdad misma a través del Poder Judicial con los instrumentos del proceso penal.

## B. La objeción teleológica

El derecho penal es la única rama del ordenamiento jurídico que, por regla general, no consiente que sus consecuencias jurídicas tengan efecto si no han sido previamente declaradas en un sentencia precedida de un proceso contradictorio de prueba<sup>67</sup>. Dado que el derecho reconoce el hecho de que la pena estatal es la reacción más violenta y desafortunada de la que dispone la sociedad para asegurar sus fines y debido a que el derecho se toma en serio esta afirmación, la pena solo puede ser impuesta después de un juicio público que permita neutralizar la histórica desviación que se ha hecho de este instrumento coactivo con fines patológicos (opresión y arbitrariedad). Por ello se erige en garantía judicial fundamental del acusado, entre otras, el no ser condenado jamás si los requisitos de hecho exigidos por la ley penal para ello no han sido demostrados en ese juicio previo. Esto hace notar, claramente, dos circunstancias: el proceso penal no puede investigar cualquier cosa ni puede hacerlo de cualquier manera.

Si bien el proceso penal tiene en su base unas comprobaciones fácticas, que en el caso de los hechos más terribles de la macrocriminalidad pueden coincidir con necesidades universales de conocimiento y difusión de esos sucesos, en modo alguno el proceso se lleva a cabo con esta última finalidad, sino, simplemente, para saber si el acusado es culpable o inocente<sup>68</sup>. Se trata de un método de comprobación muy particular que no persigue en modo alguno “descubrir la verdad” sobre los “hechos”, pues en los casos

penales, como ya se sabe, no se debaten los hechos (que son parte del pasado desde que suceden y entran en la historia para siempre), sino las hipótesis y afirmaciones que se hacen en el juicio acerca de unas bases fácticas meramente supuestas<sup>69</sup>. Y basta con una comprobación de esa hipótesis acusatoria que, a su vez, sobreviva a la refutación de la defensa, para que la sentencia penal condenatoria sea considerada probatoriamente satisfactoria desde el punto de vista jurídico-penal<sup>70</sup>. Además el proceso cumple con sus fines incluso cuando declara no haber descubierto nada<sup>71</sup>.

Este mecanismo puede –solo eventualmente– aportar algo al conocimiento de los hechos involucrados, pero aun así su contribución al descubrimiento de la verdad es ya de por sí mínima en cuanto al objeto de referencia, pues la hipótesis debatida en el juicio penal es un mero retazo, determinado por las circunstancias jurídico-penalmente relevantes, de todo aquello que rodea a la hipótesis histórica completa referida a lo que puede haber sucedido y por qué respecto de los involucrados<sup>72</sup>. Los derechos de los familiares y allegados de la víctima a conocer todos los demás detalles de lo sucedido, que no tengan relevancia para el derecho penal, y sobre todo a que su cuerpo sea encontrado para poder darle el destino que corresponda a su cultura o creencias, facilitar el duelo y poder rendirle devoción en su presencia física, algo que tanto reconforta y consuela a los deudos, no son debatibles en un juicio penal en modo alguno y deben encontrar satisfacción con otros recursos, pues toda hipótesis de investigación que exceda el supuesto que

67 Una conocida excepción es la defensa necesaria. La condenaciones obtenidas por negociaciones entre las partes al estilo de la gestión de intereses particulares son por ello ferozmente cuestionadas por los juristas (vid. Ferrajoli, L.: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 2001, pp. 561 y ss.; Volk, cit. n.º 5, pp. 71 y ss.).

68 Según Hassemer, el conocimiento judicial de los hechos “es llevado a cabo para cumplir con los fines del proceso penal, esto es, para fundar la declaración de culpabilidad o para hacer posible una absolución” (Hassemer, cit. n.º 1, p. 76). Para Maier, J.: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 151, “el proceso penal resulta también un método para la averiguación de la verdad objetiva, otro de sus fines, aunque referido siempre a la decisión sobre la punibilidad del imputado” (destacado original). Por eso Bertolino, cit. n.º 5, p. 50, habla de la “tendencia” del proceso a la verdad. Eiroa, cit. n.º 1, explica las limitaciones de todo tipo que impiden una verdad de calidad con los instrumentos del proceso penal y especifica que “éste se encamina, ante todo, a resolver la situación jurídica del acusado [...], a determinar si él es culpable o inocente”.

69 Vid. Cafferata Nores, J.: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 2000, p. 48; Guzmán, N.: *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, 2006, pp. 63 y ss.

70 Vid. Ferrajoli, cit. n.º 67, pp. 603 y ss.

71 Dado que la meta del proceso es la decisión sobre el caso penal introducido a investigación y debate por la hipótesis a probar del acusador (vid. Maier, cit. n.º 68, t. II, p. 148), esta meta también es alcanzada cuando el proceso termina con una decisión que dice que no se puede probar verdad alguna (muerte del imputado, prescripción del delito, cualquier otro impedimento procesal) o que no se ha podido probar ninguna verdad: sobreseimiento o absolución por incertidumbre (vid. *ib.*, t. I, pp. 852 y s.).

72 Por ello Nino, cit. n.º 1, p. 212, ha afirmado con toda precisión que el conocimiento de algo de la verdad de lo sucedido es un “subproducto” de los juicios penales.

cae entre las circunstancias jurídico-penalmente relevantes es ajena al proceso penal<sup>73</sup>.

La tendencia de llevar a cabo juicios penales por la verdad, es decir, procesos judiciales de conocimiento regidos por los preceptos del proceso penal pero destinados a investigar hipótesis sin relevancia punitiva —ya sea porque no se refieren a circunstancias penalmente importantes o porque su comprobación de todos modos, por la razón que sea, no fundamentará una condenación— supone creer que el “descubrimiento de la verdad” como meta del procedimiento lo convierte en instrumento apto para investigar la historia de cualquier suceso. El mecanismo sería el siguiente: alguien establece que existe un derecho de las víctimas de ciertos delitos particularmente atroces a conocer toda la verdad de lo sucedido; luego busca entre sus papeles y encuentra que el derecho procesal penal tiene por finalidad “descubrir la verdad”; entonces lleva a cabo juicios penales con el único fin de saber e informar acerca de todas las circunstancias relativas al universo que integra lo digno de ser conocido a partir de la hipótesis de que se habrían cometido ciertos delitos particularmente atroces.

En realidad, el único fin epistemológico posible del proceso penal, en un Estado constitucional y democrático de derecho, es asegurar la calidad y la corrección jurídicas de las condenaciones<sup>74</sup>. Nicolás Guzmán, a partir de las bases sentadas por el sistema

de Ferrajoli, ha explicado recientemente que en el proceso penal la verdad “ya no es un fin en sí mismo, sino que representa solamente una condición necesaria para la aplicación de una condena. Esto es lo que impone la adopción de un modelo garantista de proceso penal”<sup>75</sup>. Esta explicación ha demostrado que el descubrimiento de la verdad no es más un fin del proceso penal, lo cual desmiente con máxima excelencia técnica uno de los postulados básicos de la práctica bajo estudio, esto es, que la búsqueda de la verdad sea un meta del derecho procesal penal. Guzmán demuestra que de los fines tradicionalmente asignados al proceso —realización del derecho penal material y averiguación de la verdad— solo el primero subsiste y que el segundo es reemplazado por el respeto de los derechos fundamentales del acusado<sup>76</sup>, fin dentro del cual cabe ahora situar a la verdad solo como una garantía para el imputado referida al grado de comprobación de la hipótesis que fundamenta su condena<sup>77</sup>. En efecto, este autor afirma con solvencia categórica que “la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria dejará de ser un fin en sí mismo para pasar a ser, simplemente, una condición necesaria más de la *validez* de la sentencia condenatoria por medio de la cual se aplica la norma sustancial (del mismo modo que lo será también el respeto de todas las garantías penales y procesales que integran el sistema penal)”<sup>78</sup>. Concluye Guzmán, al respecto, que “parece conveniente abandonar de una vez por todas

73 No se puede negar que, si debe ser llevado a cabo un juicio penal para declarar culpable o inocente a alguien, mucho de lo sucedido respecto de los hechos podrá llegar a ser conocido, pero no sin reservas, porque en el proceso penal además del juicio histórico de lo pasado entra en consideración el juicio crítico acerca del valor de lo conocido y de la forma en que se ha conocido (*vid.* Bertolino, cit. n.º 5, pp. 33 y ss.). Sostiene Hassemer, cit. n.º 1, pp. 74 y s., que “no se le podrá negar al Derecho penal la posibilidad de intervenir como un instrumento eficaz para la clarificación. [...] Yo no rechazo *in limine* esa expectativa, pero deseo, sin embargo, relativizarla. El proceso penal seguramente es capaz de dar a luz la ‘verdad’, pero también así de seguro es que el Derecho penal y el proceso penal tienen su propio concepto de ‘verdad’, el que está unido a las posibilidades específicas del proceso penal para preguntarse sobre las circunstancias fácticas y acerca de cuáles de ellas quieren ser tenidas en cuenta, si quiere uno apoyarse con seguridad en el conocimiento obtenido en el proceso penal”.

74 “Lo único que debe estar empíricamente asegurado en la comprobación de los hechos es aquello que fundamenta la condenación” (*ib.*, p. 76). *Vid.*, en el mismo sentido, Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 48.

75 Guzmán, cit. n.º 69, p. 37. En esta investigación sobre las funciones y los fines de la verdad en el enjuiciamiento penal el autor (p. 93) sostiene también que al condenar, “el juez deberá haber alcanzado un grado de certeza subjetiva tal que en su mente no debe haber lugar para las dudas, lo que significa que todas y cada una de las hipótesis alternativas a la de la acusación debieron haber sido desmentidas y descartadas. Solo así el juez podrá afirmar la verdad de la hipótesis acusatoria, aplicando la correspondiente sanción para el acusado”. Sobre los fundamentos de esta construcción, *vid.* también Ferrajoli, cit. n.º 67, pp. 45 y ss., 542 y ss., y 603 y ss.

76 Para esto Guzmán se basa en mis desarrollos efectuados en el trabajo “El principio de la descalificación procesal del Estado”, en Bertolino, P./Bruzzone, G. (comps.): *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora*, Buenos Aires, 2005, pp. 431 y ss.

77 *Vid.* Guzmán, cit. n.º 69, pp. 115 y s.

78 *Ib.*, p. 116.

la idea de que la búsqueda de la verdad es el fin del proceso penal, para no generar confusiones teóricas ni prácticas<sup>79</sup>.

En el mismo sentido, Hassemer ha señalado que “el proceso penal –en un Estado de derecho– no tiene solamente el fin de perseguir la averiguación de la verdad histórica; su meta es, antes bien, la de proteger los intereses de los afectados por la búsqueda de la verdad”<sup>80</sup>.

Por otro lado, en razón de que los llamados procesos penales de la verdad no persiguen una condenación, ellos no representan propiamente juicios penales, sino, en realidad, meras investigaciones o instrucciones penales que, por definición, no tienen, salvo en los sistemas inquisitivos, una finalidad de averiguación exhaustiva como la que requiere el denominado derecho a la verdad<sup>81</sup>. En un Estado de derecho la etapa preliminar del proceso penal solo persigue un verificación epistemológica mínima y de baja calidad con la finalidad de evitar juicios innecesarios<sup>82</sup> o, en su caso, proporcionar fundamentos para una acusación verosímil que dé base a un debate contradictorio<sup>83</sup>. Esta etapa no tiene como meta el descubrimiento de la verdad de lo sucedido, pero son sus reglas las que rigen los llamados “juicios” por la verdad en los cuales no hay adversarios, ni debate ni controversia.

Un modelo de proceso penal que no tenga como fin descubrir la verdad, único estilo por cierto coherentemente compatible con el principio del Estado constitucional y democrático de derecho, desmiente de modo categórico los fundamentos de los “juicios de

la verdad”. En esta experiencia de investigar para escribir el pasado por medio del proceso penal no se deja de lado únicamente la meta de perseguir a los sospechosos y condenar a los culpables (realizar el derecho penal material), sino que, en realidad, se prescinde también de la meta de asegurar los derechos fundamentales del imputado, en tanto que no hay sujeto pasivo del proceso. Con ello, dado que la verdad es solamente garantía del acusado frente a la condena, no puede haber búsqueda de la verdad por el proceso penal si no hay también imputado (y aun así la verdad que busca el proceso penal para condenar debe ser relativizada). Por esta razón teleológica es que el proceso jurídico-penal no constituye un instrumento para averiguar cualquier verdad como lo pretende la tesis que justifica su empleo para el descubrimiento de un verdad calificada de pura<sup>84</sup>. Los juicios de la verdad suponen un derecho procesal penal que tiene a la búsqueda de la verdad como un “fin en sí mismo”. Debido a que ese punto de partida está ya refutado técnicamente –como mínimo– la viabilidad de utilizar al proceso penal para la mera investigación del pasado terrorismo de Estado se desvanece completamente.

### C. La objeción epistemológica

El cuestionamiento teleológico recién formulado, como también los reparos metodológicos del apartado siguiente, están vinculados inseparablemente a la crítica epistemológica objeto de este punto. Esta censura demuestra que el proceso penal, según su definición jurídica, solo es apto para conocer cierta verdad –y a su manera– y no la verdad que tiene como meta

79 *Ib.* Maier, en cambio, ha formulado algunas reservas a la interpretación de la verdad como garantía del imputado (cit. n.º 68, t. I, p. 854). En sentido parcialmente similar, *vid.* Bovino, A.: “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en AA.VV.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005, pp. 219 y ss. A favor de la verdad como garantía del imputado, *vid.* también Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 51. En el mismo sentido, Perlinger, cit. n.º 50: “Solo la verdad puede fundar una consecuencia tan grave como la imposición de una pena”.

80 Hassemer, cit. n.º 68, p. 75. Por eso Foucault, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de E. Lynchm Barcelona, 1992, p. 64, sostiene que en una Democracia la función de la verdad es oponerse al poder.

81 Un resabio inquisitivo de este tipo puede ser visto en la altamente disfuncional regla dispuesta por el art. 193, inc. 1, del CPPN que atribuye a la instrucción el objeto de comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad. Abregú se ha referido a esta norma que confunde la función de la instrucción con la del juicio (Abregú, M.: “La instrucción como pre-juicio”, en AA.VV.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005, p. 157). *Vid.* también, crítico al respecto, Bovino, cit. n.º 79, pp. 222 y ss.

82 No me puedo detener aquí a explicar por qué el juicio penal tiene un carácter semi-punitivo en tanto que es un equivalente funcional de la pena. El juicio es para el imputado un calvario que, cuando no es alta la probabilidad de demostrar en él la hipótesis acusatoria, debe ser evitado.

83 *Vid.* Abregú, cit. n.º 81, pp. 160 y ss.

84 Así, expresamente, p. ej. Schiffin, cit. n.º 17, p. 347. Parece que el enredo se debe a que se está confundiendo la verdad como meta operativa del proceso penal con la verdad como valor (*vid.*, esclarecedor sobre esta diferencia, Bertolino, cit. n.º 5, pp. 35 y ss.).

el llamado derecho a la verdad, que es una verdad más propia de la historia que de la justicia<sup>85</sup>.

Ha sido un tema recurrente en la discusión la comparación entre la metodología del juez y la del historiador<sup>86</sup>. Podríamos decir que este análisis se abre con el trabajo de Calamandrei que lleva por título precisamente *Il giudice e lo storico* (1939)<sup>87</sup>, donde ambas tareas son ya distinguidas a pesar de las semejanzas relativas<sup>88</sup>, y termina con el libro de Carlo Ginzburg, de 1991, que lleva el mismo título<sup>89</sup>. Para este pensador italiano, gran conocedor de los aspectos historiográficos de las instituciones judiciales penales, la historia y el derecho procesal llegan, acerca de los mismos hechos, a conclusiones distintas. Este autor ha demostrado de qué manera un hecho considerado probado —en distintas instancias— por una serie de tribunales penales, era sin embargo declarado incierto por el juicio de los historiadores<sup>90</sup>. Se trataba del asesinato de una persona probado judicialmente por el único testimonio de un *pentito*. La pena impuesta fue elevadísima. Desde el punto de vista del derecho probatorio se consideró inaplicable el brocardo *testis unus testis nullus*. Sin embargo, para un historiador en modo alguno es aceptable considerar probado un hecho de la mano de una sola versión testimonial brindada por alguien muy

interesado en acusar al afectado. En el caso planteado por el libro de Ginzburg, mientras que la epistemología judicial admite como suficientemente probadas las afirmaciones acerca del hecho, la epistemología histórica considera que ello no ha sido demostrado en absoluto<sup>91</sup>. Este ejemplo es colosal para mostrar la enorme distancia que separa las verificaciones judiciales-penales de la verdad absoluta, incluso de una verdad correspondencia meramente semántica y aproximativa como la que, a pesar de los cuestionamientos conocidos, utilizamos en el proceso penal por *razones únicamente instrumentales* y no porque los penalistas seamos de modo necesario realistas o defensores de la verdad como valor, dado que la función de lo *verdadero* en el proceso, como ya se demostró, es independiente, en tanto que instrumental, del partido que cada uno tome en la discusión filosófica, epistemológica y axiológica en torno de la “Verdad” con mayúsculas.

No obstante ello, historia y jurisdicción son dos disciplinas que tienen en común fijar hipótesis fácticas que son consideradas verdaderas de un modo imparcial por medio de pruebas que las confirman<sup>92</sup>. Más allá de estas semejanzas hay un abismo de diferencias que las separa<sup>93</sup>. Para una y otra las misiones son distintas, las funciones son diferentes, los objetos a

- 85 “La prédica constante que concibe al procedimiento penal como un medio de conocer la verdad no puede ocultar, tampoco, que ese conocimiento, en todo caso, resulta muy limitado y condicionado por las propias reglas procesales, en definitiva, que el concepto de verdad que maneja el procedimiento penal, o, si se quiere, la *verdad procesal*, es estrecho, parcial, restringido” (Maier, cit. n.º 68, t. I, pp. 854 y s.).
- 86 *Vid.*, detalladamente al respecto, Andrés Ibáñez, P.: *Los “hechos” en la sentencia penal*, México, 2005, pp. 60 y ss.; Taruffo, M.: *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Madrid, 2002, pp. 24 y s.; Guzmán, cit. n.º 69, pp. 109 y ss.
- 87 Calamandrei, P.: “Il giudice e lo storico”, en AA.VV.: *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Milano, 1939, vol. II, pp. 351 y ss. Hay versión castellana bajo el título de “El juez y el historiador”, en Calamandrei, P.: *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, pp. 91 y ss.
- 88 “El juez, lo mismo que el historiador, está llamado a indagar sobre hechos del pasado y a declarar la verdad de los mismos” (*ib.*, p. 93). En el mismo sentido, *vid.* Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 847. El estudio de Calamandrei, en cuanto a la comparación entre la labor judicial y la historiográfica, se basa en el libro de Guido Calogero *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937, especialmente pp. 111 y ss., pero a diferencia de Calogero Calamandrei marca muchas más diferencias que semejanzas entre ambas disciplinas.
- 89 Hay versión castellana: Ginzburg, C.: *El juez y el historiador*, trad. de A. Clavería, Madrid, 1993.
- 90 Guzmán y Otero, cit. n.º 6, pp. 508 y ss., ya han explicado que el proceso penal no es un instrumento apto para la averiguación y la escritura históricas.
- 91 Como bien lo expone Eiroa, cit. n.º 1, “los jueces, a través de sus sentencias, transforman en cosa juzgada algunas interpretaciones históricas de lo sucedido en perjuicio de otras”.
- 92 *Vid.* Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 858; Ginzburg, cit. n.º 89, pp. 22 y ss. Para Calamandrei, cit. n.º 87, p. 93, “en la historia y en el proceso se habla de pruebas, de documentos, de testimonios, de ‘fuentes’ y de su crítica”. En la sentencia “Casal” de la CSJN de 20.9.2005 es equiparada casi por completo la función de juez e historiador (consid. 30), algo con lo que aquí, como se ve en lo que sigue del texto, se discrepa en gran medida.
- 93 “El juez o el fiscal, como historiadores del proceso penal, jamás llegarán a una verdad objetiva, y el contexto que los circunda los llevará a investigar hechos que en alguna medida ellos quieran investigar, recolectando las pruebas que en parte ellos prejuiciosamente quieren tomar e interpretándolas, en parte, como ellos pretenden que sea. Inevitablemente, la subjetividad del investigador se convertirá en la subjetividad de la verdad del enunciado del hecho histórico” (Vanelli Viel, R.: “Notas sobre la verdad y el procedimiento mixto”, en *¿Más Derecho?* N.º 3, pp. 182 y s.). *Vid.* al respecto, relativizando la subjetividad del juzgador, también Cafferata Nores, cit. n.º 69, pp. 60 y ss.



investigar son, por su extensión y por la forma de establecerlos, incomparables y, sobre todo, los modos de probar y tener por probado son incompatibles<sup>94</sup>.

Estas consideraciones dejan una única impresión: aquella verdad sobre hechos pasados que deba iluminar a los contemporáneos e ilustrar a la historia no saldrá nunca de las salas de audiencias de los tribunales penales ni de los gabinetes de los cuerpos judiciales. Hay que dejar que los jueces, con todas sus limitaciones, juzguen, con la muy modesta calidad con la que insuperablemente deben hacerlo, y que los historiadores, con sus métodos más aptos, obtengan, por los medios más amplios, la información necesaria para explicar los hechos al gran público y dar las razones por las cuales, según su ciencia, los consideran probados<sup>95</sup>. Lo decisivo es la prueba de los hechos, mas no la prueba judicial. Un juicio penal no es el juicio de la historia. La prueba penal no es la prueba del historiador o del epistemólogo. Exigir del proceso penal la verificación de unos hechos para conocimiento del mundo es ponerlo en una obligación de cumplimiento imposible<sup>96</sup>. Lo cierto respecto de estos casos es que los hechos o bien ya se conocen suficientemente o bien deberán ser conocidos de otro modo. En cualquier caso nunca serán conocidos del modo que pretende el derecho a la verdad por medio del derecho procesal penal.

Si el derecho a la verdad es “el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos”, esto es, un derecho también de la sociedad “a conocer íntegramente sobre su pasado”<sup>97</sup>, entonces la “verdad” del proceso penal no es suficiente para satisfacerlo. Hoy está completamente aceptado en el ámbito del derecho procesal penal que su epistemología está determinada por una noción aproximativa de verdad, por una verdad semántica, en el marco de la verdad correspondencia, que permite apenas una verificación aceptable, conforme a un método preciso, de la hipótesis acusatoria sometida a discusión crítica y refutación —de modo especial, pero no solamente— por parte de la resistencia defensiva<sup>98</sup>. Esto significa que el proceso penal no está, en sentido amplio, dirigido a la determinación de la verdad real y absoluta de los hechos<sup>99</sup>. Pero ello tampoco supone la negación de toda averiguación de alguna verdad por medio del proceso, lo que sería no solo *naïf*, sino, sobre todo, peligroso para el Estado de derecho. Solo se trata de que esa verdad del proceso penal, en tanto que garantía del acusado como se vio en el apartado anterior, no es apta como sustituto para averiguar el pasado y escribir la historia<sup>100</sup>. Ella sirve únicamente para satisfacer esa función de garantía que la convierte en

94 Para Ginzburg, cit. n.º 89, pp. 104 y ss., especialmente p. 112: “El camino del juez y el del historiador, coincidentes durante un tramo, luego divergen inevitablemente. El que intenta reducir al historiador a juez, simplifica y empobrece el conocimiento historiográfico; pero el que intenta reducir al juez a historiador contamina irremediablemente el ejercicio de la justicia”. Según Calamandrei, cit. n.º 87, p. 94, los criterios para establecer la verdad “para el juez son siempre criterios estrictamente jurídicos, mientras para el historiador serán criterios de naturaleza diversa”, razón que lo lleva a calificar a la versión judicial de los hechos como una “historia inferior” por su dependencia de testimonios personales, o sea, “en sustancia, más que historia, anécdota” (p. 95). Eiroa, cit. n.º 1, habla, por ello, de una “lectura judicial de la historia”. La historia requiere diálogo (vid. Sarlo, B.: *Tiempo pasado*, Buenos Aires, 2005, pp. 53 y ss.), mientras que los juicios de la verdad ofrecen solo monólogos. Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 56, explica también que la tarea del juez exige una resolución del caso, también de la “verdad” del caso, en un tiempo razonable, mientras que el trabajo del historiador no tiene plazos legales. A esto mismo se refiere Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 99, cuando indica que el trabajo del juez “está siempre limitado por un plazo: está obligado a pronunciarse poniendo fin a la discusión infinita. El historiador, en cambio, ¿no tiene acaso la posibilidad de buscar sin cesar nuevas interpretaciones a un hecho histórico?”.

95 Según Kelsen los problemas difíciles y complejos que suponen estos hechos de macrocriminalidad estatal “podrían ser investigados más apropiadamente por los historiadores y los estadistas que por un tribunal destinado a juzgar a los transgresores” (Kelsen, H., *La paz por medio del derecho*, trad. de L. Echávarri, Madrid, 2003, p. 105). También Cassese, cit. n.º 33, p. 10, prefiere a las comisiones de la verdad para esta tarea que denomina de “catarsis histórica”.

96 También porque en los supuestos de macrocriminalidad de Estado siempre es sometida a proceso solo una parte pequeña de todo el universo de casos comprendidos en razón de que el carácter masivo de estas prácticas supera la capacidad de atención de cualquier organización judicial.

97 Com. IDH, Informe N.º 25/98, párr. 95.

98 *Vid.*, más detalladamente sobre esto, Taruffo, cit. n.º 86, pp. 21 y ss., y 167 y ss.; Ferrajoli, cit. n.º 67, pp. 45 y ss., y 603 y ss.; Guzmán, cit. n.º 69, pp. 19 y ss. y 63 y ss.

99 *Vid.* Taruffo, cit. n.º 86, p. 168; Guzmán/Otero, cit. n.º 6, p. 509.

100 Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 545 y s., sostienen que la verdad judicial es puramente “formularia”, aunque pocos párrafos después (p. 548) le atribuyen a los procedimientos judiciales la capacidad de producir investigaciones exhaustivas y la virtud de lograr un conocimiento minucioso.

una verdad condicionada por esa función institucional y por las limitaciones jurídicas a su realización<sup>101</sup> que son objeto de tratamiento en el apartado que sigue. Aquí basta con mencionar, para definir la relación entre la “verdad” del derecho a la verdad y la “verdad” del proceso penal, que, como ha dicho categóricamente Ferrajoli, “esta verdad no pretende ser la verdad”<sup>102</sup>.

Queda en claro entonces que, evidentemente, los juicios penales no buscan la verdad real en sentido estricto y que tienen por ello una metodología diferente a la de la investigación histórica. Esa finalidad y esa metodología propias de los juicios penales constituyen en una medida tan relevante como insuperable un obstáculo insalvable a toda intención de hacer o ver la historia por medio de procesos judiciales.

#### D. Las objeciones metodológicas

A las objeciones anteriores, que cuestionan *si* la verdad puede ser una meta aislada del enjuiciamiento penal y que, en todo caso, muestran de *qué* verdad trata el juicio criminal, corresponde añadir ahora, una vez destacada la correcta función de la verdad en el derecho procesal penal, las objeciones referidas con más detalle a *cómo* obtenerla, esto es, a la cuestión del método probatorio del proceso penal<sup>103</sup>. El tratamiento de este cuestionamiento jurídico se desglosa en tres cuestiones: (1) la de la predeterminación penal de las circunstancias a probar por medio del proceso

penal; (2) la de los límites que impiden, en no pocos supuestos, que la verdad sea conocida con los medios del enjuiciamiento criminal; y (3) la de la necesidad de acusación y contradicción previa para que se pueda hablar de obtención de la verdad por medio del derecho procesal penal.

1. El problema metodológico proviene de la orientación del proceso penal a conocer unas circunstancias específicas y precisas de una realidad dada, no toda la realidad<sup>104</sup>. El principio de estricta legalidad penal exige unas tipologías penales fácticas tan exactas que imponen una dirección al conocimiento judicial de la cual no puede ni debe apartarse, por lo tanto los hechos que se discuten en el proceso son reflejados en este, fuera de su realidad pura, solo bajo el aspecto de su significación legal debido a que la calificación jurídica, que es preexistente a los hechos, reduce su singularidad<sup>105</sup>. La estructura del juicio penal presupone, como garantía de la legalidad, que el Poder Judicial no va a conocer, por medio del rudimentario y violento instrumental del proceso penal, nada que no tenga que ver directamente con la hipótesis de hecho descripta por la figura del delito<sup>106</sup>.

Por lo tanto, el proceso penal no puede averiguar cualquier cosa. Hace falta una hipótesis de investigación que solo puede estar determinada por las circunstancias de la ley penal: el proceso penal únicamente es apto para llevar a cabo un conocimiento semántico de la verdad orientado por la predeterminación, por parte

101 *Vid.* Guzmán/Otero, cit. n.º 6, p. 509.

102 Cit. n.º 67, p. 45 (destacado original). Para Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 108, “la justicia no puede entregar más que una verdad convencional”. También Langer, M.: “El principio *in dubio pro reo* y su control en casación”, en NDP 1998/A, pp. 218 y ss., explica las razones intelectuales y jurídicas que impiden que en el proceso penal se pueda alcanzar una certeza sobre los hechos. Bertolino, cit. n.º 5, pp. 27 y ss., aclara por ello de un modo magistral la situación: no hay una “verdad procesal”, sino, en todo caso, una “verdad del proceso”.

103 *Vid.*, más detalladamente, Maier, cit. n.º 68, t. I, pp. 858 y ss. Bovino nos muestra categóricamente que incluso dentro del ámbito del enjuiciamiento criminal los distintos modelos procesales establecen verdades muy diferentes debido a que utilizan medios muy distintos (Bovino, A.: “Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado”, en *id.*: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, 1998, pp. 211 y ss.).

104 Señala Eiroa, cit. n.º 1, que el proceso penal, por lo estrecho de su horizonte de investigación, no sirve para averiguar muchas de las circunstancias más importantes para conocer y entender la verdad de una macrocriminalidad estatal determinada, tales como la responsabilidad no penal de todos los sectores de la sociedad y el contexto político, histórico, cultural, económico y social de la época, datos que tienen una extraordinaria capacidad de rendimiento para explicar “todo” lo sucedido.

105 *Vid.* Garapón, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 94. Sostiene Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 847, que la reconstrucción de los elementos fácticos de la hipótesis objeto del proceso está regida por la determinación normativa de esos elementos (*vid.* también *ib.*, t. I, pp. 855 y ss.). Por ello, para Calamandrei, cit. n.º 87, p. 98, “el juez no es libre de ir a explorar por su cuenta la realidad”. *Vid.*, en igual dirección, Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 49; Perlinger, cit. n.º 50.

106 *Vid.* Ferrajoli, cit. n.º 67, pp. 34 y ss., 117 y ss., 373 y ss., y 537 y ss. Diego Freedman, en sus generosos comentarios a este trabajo que he tenido en cuenta en varios pasajes, me ha hecho ver que el Parlamento al establecer tipos penales no pretende la verificación de una verdad, sino que describe en abstracto una conducta que tendrá como consecuencia una pena, por lo cual en el proceso hay que probar la existencia de ese comportamiento —y de nada más— y aun esto sin pretensión de estar descubriendo verdad alguna.

de la norma penal (principio de estricta legalidad), de aquello de lo que se hablará en el proceso<sup>107</sup>. Así pues, este modelo epistemológico no es apto para saber qué sucedió efectivamente y con todo detalle en el pasado, sino solo para verificar precariamente las condiciones que habilitan a condenar a un culpable por la comisión de un delito. Todo lo demás, no puede ni debe ser conocido por medio del peligroso proceso penal. La verdad y la historia, siempre amplias y difusas, no captadas por el microscopio de delimitación legal precisa y acotada del derecho penal son harina de otro costal y deben ser averiguadas y escritas de otra forma<sup>108</sup>.

2. Otro escollo importante para obtener la verdad *tout court* que persigue el llamado derecho a la verdad es la férrea oposición que los derechos fundamentales imponen en forma de reglas y límites jurídicos a la posibilidad de obtener conocimientos absolutos en el proceso penal<sup>109</sup>. Tan desafortunado es el uso histórico y actual del poderosamente destructivo proceso penal que los derechos constitucionales y los catálogos de derechos fundamentales han recurrido, para tratar de evitar la utilización abusiva y arbitraria de esta amarga necesidad social, a establecer –hasta la exageración– enérgicos límites formales a su procedencia<sup>110</sup>. Esto es tan así que un neófito que se aproxime

sin aviso a esta materia tendrá pronto la sensación de que el derecho procesal penal es, en realidad, un conjunto de principios para ocultar la verdad<sup>111</sup>.

Ya he tenido ocasión de mencionar, en otro trabajo<sup>112</sup>, que los rigurosos requisitos formales de admisibilidad de las pruebas en el proceso penal constituyen en realidad, en términos epistemológicos generales, unos impedimentos formidables para el genuino conocimiento de lo sucedido<sup>113</sup>. Información sobre los hechos indiscutiblemente apta para conocerlos debe, sin embargo, ser ignorada al no poder ser aprovechada si ha sido obtenida en infracción de ciertas reglas (p. ej. si se alcanza un dato relevante en un registro de domicilio realizado sin la orden judicial exigida por la ley para el caso). Los actos muchas veces más seguros para saber la verdad no pueden ser explorados (no es posible interrogar al sacerdote, al médico, a ciertos parientes del sospechoso)<sup>114</sup>. Los medios de prueba que sí pueden ser utilizados, no pueden serlo de cualquier manera, sino bajo estrictos presupuestos de admisibilidad<sup>115</sup>. Las informaciones obtenidas por esta vía y por cualquier otra que implique una infracción de las solemnidades que rodean a todas las pruebas (v. gr. una confesión coactiva violatoria del principio *nemo tenetur*) no son aprovechables como

107 Vid. Guzmán, cit. n.º 69, pp. 67 y ss.

108 De otro modo, como dice Eiroa, cit. n.º 1, arribaríamos a una “comprensión de la historia en los términos extremadamente reducidos del derecho penal”.

109 Vid. Maier, cit. n.º 68, t. I pp. 83 y ss., 663 y ss., 841 y ss.; t. II, pp. 151 y ss.; Cafferata Nores, cit. n.º 69, pp. 55 y ss.; Taruffo, cit. n.º 86, pp. 24 y s.; Muñoz Conde, F.: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, 2003, pp. 111 y s.

110 Explica Guzmán, cit. n.º 69, p. 124, que “las garantías procesales funcionan como límites formales a la búsqueda de la verdad. Estos límites no existen en otros campos de investigación. En el proceso los hallamos por doquier”. Para Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 664, la búsqueda de la verdad “cede, hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, frente a ciertos resguardos para la seguridad individual que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto del Estado de Derecho”. Según Calamandrei, cit. n.º 87, p. 96, el campo de averiguación de la verdad del juez “está determinado por barreras terminantes que el historiador ignora”.

111 Según Hassemer, cit. n.º 1, p. 75, en el derecho procesal penal “han sido formuladas reglas y directivas que contradicen directamente una búsqueda consecuente de la verdad histórica”. Según este autor, pp. 75 y s., estos principios, “que relativizan la seguridad en la obtención de la verdad en el proceso penal, están completamente justificados y son irrenunciables para un proceso penal respetuoso del Estado de derecho. Pero ellos tienen como consecuencia que se deba perder o arriesgar la oportunidad de alcanzar un examen exhaustivo de las circunstancias del hecho”. Para Calamandrei, cit. n.º 87, p. 99, “la verdad conocida por el juez por medios no correspondientes a estos esquemas no puede valer en el juicio como verdad, por muy firme que sea su íntima convicción”. Volk, cit. n.º 5, pp. 64 y s., sostiene por ello que cuando “por razones constitucionales se prohíbe la producción absoluta de ciertas pruebas o realizarlas de determinada manera o, llegado el caso, se veda la valoración de ciertos resultados, en realidad se ordena fundar una decisión en contra de los hechos”.

112 Vid. Pastor, D.: *El poder penal internacional*, Barcelona, 2006, pp. 123 y ss.

113 “Estos frenos, impuestos a la iniciativa del juez al objeto de asegurar su imparcialidad, parecerían absurdos al historiador” (Calamandrei, cit. n.º 87, p. 99).

114 Según Guzmán, cit. n.º 69, p. 119, “las garantías en el proceso penal adoptan la forma de prohibiciones probatorias, que son normas que prohíben la realización de determinadas medidas de prueba”.

115 “En otros casos, las garantías consisten en directrices que regulan de manera estricta la producción de otras medidas de prueba” (*ib.*).

fuentes de verdad en el proceso penal<sup>116</sup>. La modalidad de definir lo verdadero con recursos tales como la presunción de inocencia o el principio *in dubio* muestra también la enorme dificultad que se le pone al proceso penal, por razones formales, para determinar exactamente qué es lo sucedido de un modo exhaustivo y confiable<sup>117</sup>.

Todo ello ha llevado a Hassemer a sostener que “como resultado es posible afirmar que la verdad ‘histórica’ que puede ser reconocida en el proceso penal está relativizada a causa de los principios jurídico-penales que limitan la averiguación de la verdad y que actúan selectivamente frente a todo el panorama de lo ‘objetivamente’ sucedido. Con los medios del proceso penal, el fin de reconstrucción histórica solo puede ser alcanzado selectiva y aporéticamente”<sup>118</sup>.

Estas limitaciones al conocimiento judicial, que por lo demás constituyen, como se ha visto, el alma de un derecho procesal penal adecuado al Estado de derecho moderno, tornan imposible y hasta insensato el pretender saber la verdad sobre unos hechos muy complejos a partir de las necesariamente formales y mutiladas comprobaciones de los juicios penales. Algo que, por lo demás, resulta bastante inexplicable cuando ya no se está pensando en conocer porque inevitablemente es necesario para penar y, sin embargo, se asigna esa labor a un derecho procesal penal que está previsto para trabajar con todas las características mencionadas haya o no haya imputado a juzgar.

3. El *characteristicum* de la producción de conocimiento en el proceso penal es el método contradictorio<sup>119</sup>.

Para ello se requiere una hipótesis sobre hechos pasados (de relevancia penal). Ese relato debe provenir de un acusador que pretende demostrar que una persona ha cometido un delito, ya sea –según las etapas del procedimiento– con el grado probatorio necesario para enjuiciarlo, ya sea con el requerido para condenarlo. A esa hipótesis se opone la visión del caso formulada por la defensa, la cual usualmente intenta refutar la conjetura acusatoria. Estas suposiciones contradictorias acerca de los hechos se sustentan, a su tiempo, en pruebas de parte que intentan confirmar la hipótesis propia y refutar la del adversario<sup>120</sup>. Como es sabido de todos, esta forma de concebir al proceso como contienda o controversia se remonta a la idea de *disputatio* como método para obtener la verdad procesal acerca de las afirmaciones sobre los hechos investigados<sup>121</sup>.

Así pues, solo por medio del contradictorio se puede conseguir conocimiento aceptable con las reglas del derecho procesal penal. Como lo ha dicho Ferrajoli, el contradictorio es “la principal condición epistemológica de la prueba: la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas [...]. La epistemología falsacionista que está en la base de este método no permite juicios potestativos, sino que requiere [...] un procedimiento de investigación basado en el conflicto, aunque sea regulado y ritualizado, entre partes contrapuestas”<sup>122</sup>.

116 “La inobservancia de estas prohibiciones y directivas acarrea la imposibilidad de valorar las pruebas obtenidas en desconocimiento de ellas” (*ib.*).

117 *Vid.*, más detalladamente acerca de los ejemplos de la desconfiable calidad epistemológica del derecho procesal penal, Hassemer, cit. n.º 1, pp. 75 y s.; Gúzmán, cit. n.º 69, pp. 119 y s.

118 Hassemer, cit. n.º 1, p. 76.

119 Que también es la fuente de una actuación judicial legítima: “Solo la contradicción habilita la jurisdicción” (Vanelli Viel, cit. n.º 93, p. 197). Por ello Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 59, con cita de Mittermaier, nos habla del contradictorio como método para comprobar las hipótesis sobre los hechos por vía de síntesis.

120 *Vid.* Ferrajoli, cit. n.º 67, pp. 129 y ss., y pp. 613 y ss., quien ha desarrollado la exposición de mejor factura del principio contradictorio que aquí es seguida. *Vid.* también, en el mismo sentido, Guzmán, cit. n.º 69, pp. 149 y ss.

121 *Vid.* Ferrajoli, cit. n.º 67, p. 613.

122 *Ib.* Sin controversia la verdad del proceso es ficticia, como la que afirman las partes por acuerdo mutuo y que, al no haber contradicción –pues si se pudieron poner de acuerdo es que rige el principio dispositivo–, no puede más que ser homologada judicialmente aunque no responda a la realidad, con lo cual la verdad judicial deviene siempre en precaria y relativa (*vid.*, más detenidamente sobre esto, Calamandrei, cit. n.º 87, pp. 100 y s.). Por ello, para Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 96, “el juez, por definición, ve doble y escucha doble: no puede escuchar una sola voz”. Este autor, en p. 106, mantiene también que “para establecer los hechos, la justicia no encuentra nada mejor que hacerlo de manera contradictoria, es decir, cruzando varias miradas sobre los mismos hechos”.

Para Ginzburg, “cuanto más nos sustraemos a la refutación, tanto más nos exponemos al error”<sup>123</sup>. Señala Nino<sup>124</sup> que la exposición pública de la verdad es mucho más intensa si proviene de un juicio con el acusado participando en la reconstrucción de la historia, pues la calidad de la narración en un juicio contradictorio no puede ser totalmente emulada por otros medios.

Según Guzmán, “el contradictorio entre las partes constituye el mejor método para el descubrimiento de la verdad [...]. Es el método que permite el conocimiento de la verdad (al menos en términos relativos) no en forma unidireccional, sino por medio del confronto de hipótesis contrarias entre sí que intentan prevalecer. De esta manera, el contradictorio servirá para no caer en el error de tender solo a la verificación de una hipótesis que, por ser tal, no es más que el producto de una selección operada en forma particular [...]. Vemos entonces cómo este método ya no es propuesto en el solo interés de una de las partes (el imputado), como derivación de su derecho de defensa, sino más bien como el método más adecuado para el conocimiento de los hechos. No se trata, en consecuencia, de un mero principio procesal, sino de un sistema lógico de conocimiento para acercarse a la verdad”<sup>125</sup>.

Por lo tanto, el sistema contradictorio para la obtención de conocimiento con los medios del proceso penal exige previamente el cumplimiento de los

requisitos siguientes: (1) que exista una versión determinada de los hechos que relate de modo claro, preciso y circunstanciado cuál es la hipótesis a conocer y verificar; (2) que a esa versión de los hechos se le contraponga la resistencia conjetural de una contraparte; (3) que ambas partes puedan proponer, producir y valorar las pruebas de sus hipótesis y las contrapruebas de refutación del adversario; (4) que exista un debate de partes, oral y público, en el que se desarrolle la discusión completa acerca de las hipótesis, las pruebas y las contrapruebas; (5) que exista una decisión imparcial<sup>126</sup> y no potestativa que resuelva la discusión y afirme fundadamente cuál es la hipótesis probada; y (6) que esa decisión pueda ser sometida a control y revisión por recurso de quien disienta con ella<sup>127</sup>.

Frente a este esquema mínimo de proceso judicial epistemológicamente eficaz uno se puede preguntar, retóricamente, si es posible concebir la utilización del proceso penal para hacer juicios de la verdad sin imputación acusatoria, sin inculpado, sin defensa, sin pruebas contradictorias, sin interrogatorio cruzado, sin alegatos, sin decisión y sin recurso<sup>128</sup>.

Es evidente que, en gran medida, no estamos ante procesos penales, con lo cual podría desvanecerse una crítica procesal penal dirigida a algo que no lo es. Sin embargo, al recurrirse a los jueces de lo criminal y a las reglas del enjuiciamiento penal para descubrir e informar la verdad del derecho a la verdad, el

123 Cit. n.º 89, p. 98.

124 Cit. n.º 1, p. 213.

125 Guzmán, cit. n.º 69, pp. 155 y s. Bovino, cit. n.º 79, p. 228, sostiene que “la construcción de la verdad que tiene lugar en el proceso depende de avances, retrocesos, de la actividad probatoria y procesal de las partes que se enfrentan guiadas por la defensa de intereses contrapuestos”. También Méndez, cit. n.º 4, p. 540 sostiene que, “cómo método para llegar a la verdad, no se ha encontrado hasta ahora forma más eficiente que la confrontación sistemática del procedimiento contencioso”. Lo sorprendente aquí es que usa esta correcta descripción de los valores del contradictorio para justificar unos juicios de la verdad que, al no estar hechos para penar, ya no tienen imputado ni son entonces, por definición, contenciosos ni implican confrontación alguna.

126 Nadie mejor que el derecho procesal penal para saber que no tiene valor de verdad la decisión judicial tomada por quien introdujo la cuestión a probar (quien instruye o acusa no juzga, porque de otro modo se lesiona la imparcialidad). En los llamados juicios de la verdad la ausencia de separación entre quienes dirigen la hipótesis a investigar y quienes deciden acerca de ella impide que el conocimiento obtenido sea de una calidad aceptable para las reglas básicas del proceso penal aunque no haya imputado, pues la falta de imparcialidad contamina y torna sospechosa la justificación objetiva de los hechos probados (vid. Guzmán, cit. n.º 69, p. 110; Vanelli Viel, cit. n.º 93, p. 183).

127 Este último punto representa un doble problema para la verdad por medio del proceso penal. Si hay recurso, para el derecho procesal prevalece el relato del *ad quem*, pero para la historia y la verdad ¿qué versión prevalece? Por lo demás, el recurso es en el derecho procesal penal cada vez más una garantía de calidad de la versión de los hechos, por las posibilidades amplias de control y revisión que hoy se ofrecen antes de tener por definitivamente probada una hipótesis. Los juicios de la verdad cargan por ello también con este déficit de no establecer una verdad doblemente conformada.

128 Un “juicio de la verdad verdadero” hubiera tenido que ser un proceso penal en regla en el cual el imputado, que no podría ser condenado, sería igualmente sometido a investigación y juicio aunque la sentencia que fije los hechos debatidos, en caso de encontrarlo culpable, no pueda aplicarle pena en virtud de las leyes llamadas de impunidad. Pero parece que hacer esto, sin legislación específica, sí fue considerado ir demasiado lejos en pos de la verdad.

cuestionamiento técnico relativo a la ineptitud de ese sistema –aun cuando se trate de uno mutilado– para cumplir tal finalidad queda en pie, a pesar de que sea preciso concluir que estamos ante seudojuicios criminales o procesos penales *sui generis*. En razón de todas las deficiencias apuntadas es que la calidad de la verdad judicial obtenida en los juicios de la verdad, de la cual depende el crédito y el prestigio de todos los objetivos de un supuesto derecho a la verdad, resulte muy baja.

### E. La objeción puramente técnica

La pregunta acerca de si el Estado puede recurrir al proceso penal –y con ello, naturalmente, al aparato judicial de lo penal– para satisfacer las exigencias del llamado derecho a la verdad obtiene una respuesta negativa también si uno examina la cuestión desde las pautas objetivas y generales de funcionamiento del derecho procesal penal. Según esta consideración el objeto procesal es un presupuesto de validez de la actuación de normas y jueces penales frente a un caso judicial concreto. El objeto del procedimiento, según Roxin, se refiere, en un sentido amplio, a “la cuestión acerca de si el imputado ha cometido acciones punibles y, dado el caso, qué consecuencias le deben ser impuestas”; en un sentido restringido, es el “hecho descrito en la acusación”<sup>129</sup>. Como se puede apreciar sin esfuerzo, en el caso de los “juicios de la verdad” estamos ante procesos que técnicamente carecen de objeto, en tanto que no se refieren a la averiguación de si son punibles las acciones investigadas ni hay una acusación que las describa. En el mismo sentido, afirma Maier que el objeto del proceso es un núcleo temático que concede unidad de sentido a todos los actos que componen el enjuiciamiento penal: “Ese

núcleo básico se construye a través de la imputación que se dirige contra alguien, sin la cual no existe procedimiento penal posible”<sup>130</sup>.

En definitiva, sin una imputación dirigida a un sospechoso con la pretensión de que sea judicialmente declarado culpable de un hecho punible y destinatario de las consecuencias jurídico-penales que correspondan no hay objeto procesal ni, por lo tanto, proceso penal válido. Es por ello que la ausencia del objeto procesal funciona en la teoría jurídica como un impedimento procesal. La existencia de un objeto procesal tal como ha sido definido en la doctrina es un presupuesto procesal, esto es, una condición de validez del procedimiento penal en general<sup>131</sup>. Sin objeto procesal, tal como lo define el derecho procesal penal, no hay enjuiciamiento legítimo. Para Maier, pertenece a estas condiciones básicas de validez de la actuación procesal penal del Estado “la existencia de un objeto del procedimiento, propuesto correctamente y factible de ser resuelto en una decisión del tribunal penal”<sup>132</sup>.

Por consiguiente, los llamados juicios por la verdad, en tanto que no persiguen la averiguación de hechos punibles concretos para, dado el caso, responsabilizar penalmente a sus autores, no tienen objeto procesal y, por lo tanto, no son jurídicamente legítimos desde el punto de vista técnico y objetivo del derecho procesal penal<sup>133</sup>.

### F. La objeción política

Conviene remarcar, para evitar las usuales interpretaciones erróneas, que el conocimiento detallado, fundado en testimonios y documentos objetivos, de la suerte corrida por las víctimas de los crímenes de

129 Roxin, C.: *Derecho Procesal Penal*, trad. de G. Córdoba y D. Pastor, Buenos Aires, 2000, p. 159.

130 Maier, cit. n.º 68, t. II, p. 32.

131 *Vid. ib.*, p. 102; Roxin, cit. n.º 129, p. 165.

132 Maier, cit. n.º 68, t. II, p. 102.

133 Esto es lo que declaró con elevado acierto técnico cierta jurisprudencia de la materia. Así, en el caso “Suárez Mason” de la CSJN del 13.8.1998 (Fallos 321:2031), en el que precisamente la Sra. Carmen Aguiar de Lapacó solicitaba la producción de medidas de prueba en un proceso penal en el que no se le podía ya imputar válidamente sus crímenes a nadie, fue resuelto por mayoría que, “dado que las diligencias de investigación tienen por finalidad comprobar la existencia de un hecho punible y descubrir a los autores, no resulta admisible su realización en el estado actual de la presente causa al haberse agotado su objeto procesal [...], carecería de toda virtualidad la acumulación de prueba de cargo sin un sujeto pasivo contra el cual pudiera hacerse valer”. Ya antes la CCC Fed. de Buenos Aires había señalado su falta de jurisdicción para investigar exclusivamente el pasado sin pretensión punitiva: “En un expediente en el que no existen litigantes no se halla pendiente la resolución de conflicto alguno ni tampoco el dictado de una declaración acerca de la existencia o alcance de derechos [...]; no existe aquí un ‘caso’ que deba ser decidido por el tribunal y que por lo tanto justifique que este se imponga acerca de hechos y sus circunstancias” (resolución en pleno del 18.7.1995 en el proceso llamado “Méndez Carreras, Horacio s. presentación en c. N.º 761 E.S.M.A. Hechos que se denunciaron como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada”).

Estado constituye, a mi juicio, un interés individual jurídicamente relevante que, como es evidente, debe ser reconocido y satisfecho, como todo interés, en la medida de lo realmente posible.

Distinto es afirmar que ese conocimiento es sin discusión un valor para toda la comunidad y un medio seguro para conseguir en el futuro un mundo mejor. Si bien adhiero intuitivamente a esa idea, lo cierto es carece de todo rango científico. Se trata de algo que por su naturaleza se inscribe, más allá de las lógicas influencias de lo social y lo colectivo, en el marco de las creencias y preferencias individuales, sin que nadie pueda imponer el punto de vista del valor de la memoria –si es que puede formularse una– como el único posible, como si fuera el criterio acertado frente a los que piensan, p. ej., que es preferible el perdón fingido, el olvido supuesto<sup>134</sup> o la irritante negación<sup>135</sup>. Lo mismo sucede con la idea de que no hay paz sin justicia punitiva, afirmación que no se puede generalizar, pues al menos en la experiencia española

y en la sudafricana no hay duda alguna de que se consiguió la paz sin justicia penal en situaciones postdictatoriales que con gran probabilidad podían haber desembocado en una guerra civil<sup>136</sup>.

Una discusión acerca de la memoria histórica y sus funciones políticas y sociales excede con mucho no solo los límites de este trabajo, sino, sobre todo, las capacidades de este modesto profesor de derecho penal y procesal penal que solo está autorizado a hablar desde los conocimientos de su disciplina –a partir de sus diplomas– y nada más<sup>137</sup>.

Pero algo es seguro y quiero reiterarlo, pues pone un manto de duda sobre una de las justificaciones de los juicios de la verdad, a saber, que la sociedad tenga un derecho a conocer *oficialmente* lo sucedido porque ello previene la repetición de lo ocurrido y que, por consiguiente, el Estado tenga la obligación de informar a toda la sociedad<sup>138</sup>. Que el conocimiento del pasado, si está objetivamente documentado, consolida

134 Pues “del pasado no se prescinde por el ejercicio de la decisión ni de la inteligencia” (Sarlo, cit. n.º 94, p. 9). Sin embargo, dado que la memoria no puede ser absoluta, pues recordar todo no solo es imposible, sino que de serlo sería atroz (recuérdese el *Funes de Borges*), el establecimiento inevitablemente selectivo de qué se recuerda representará siempre un ocultamiento aunque sea parcial de la verdad, dado que “recordar es siempre, en mayor o menor medida, olvidar algo” (Rouso, H., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 88). Este autor también indica, en p. 90, que “el ‘exceso de pasado’ puede generar tanta polémica como la negación del pasado [...]. Tenemos que tomar conciencia de la necesidad de vivir en el presente con los conflictos de la historia, sin confiar en que podremos resolverlos mediante un exceso de memoria y una constante insistencia sobre el pasado, lo cual redundará, a la postre, en la imposibilidad de ver los conflictos, por falta de la necesaria distancia”. Sin embargo, en materia de “derecho a la verdad” respecto de los crímenes de Estado se habla no solo de un derecho de la sociedad a saber, sino de un “deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país”, pues “el pleno conocimiento de las circunstancias de cada caso también es parte de una forma de reparación moral que el país necesita para su salud democrática” (así la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, cit. n.º 22, párrs. 17 y 19, respectivamente).

135 Ginzburg cita la idea de Ernest Renan acerca de que la esencia de una Nación “es que todos los individuos tengan muchas cosas en común y, también, que todos hayan olvidado varias cosas” (Ginzburg, C.: “Prueba, memoria y olvido”, en *Nuestra Memoria*, año XI, N.º 26, 2005, p. 18). *Vid.* el tratamiento teórico de la cuestión acerca de si la Democracia debe castigar o perdonar en Nino, cit. n.º 1, pp. 191 y ss. Una exposición más vinculada a experiencias concretas puede ser vista en Eiroa, cit. n.º 1, quien explica con rigor y pormenorizadamente las ventajas y desventajas de los distintos modelos de reconstrucción pública del pasado y de conservación en la memoria colectiva de lo sucedido. Acerca de los problemas generales del negacionismo y los particulares que le ocasiona al derecho penal, *vid.* Fronza, E.: “Profili penalistici del negazionismo”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1999-3, pp. 1034 y ss. Un convencimiento acerca de que solo el castigo penal es esencial para prevenir crímenes y la única clave para llegar a un mundo más justo puede ser visto en el punto V de Filippini, L.: “Para olvidar: El proyecto de ley de amnistía del diputado Vanossi”, en <http://www.eldial.com.ar/suplementos/penal/doctri/pe041213-a.asp>. Más detalladamente acerca de la relación entre memoria y porvenir, *vid.* AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pp. 181 y ss.

136 *Vid.*, más detenidamente sobre la experiencia sudafricana, Eiroa, cit. n.º 1, quien es categórico al afirmar, por ello, que “el paradigma del castigo penal como idea de justicia en el ámbito de los procesos de transición debería revisarse seriamente”.

137 Sobre los demás puntos de vista del problema pueden ser consultadas las obras de Häberle, cit. n.º 5, pp. 113 y ss.; Nino, cit. n.º 1, pp. 191 y ss.; Novaro, cit. n.º 26; Otero, J.: “Hacia la internacionalización de la política criminal. ¿Castigo o impunidad?”, en *CDJP* N.º 16, pp. 113 y ss.; AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, *passim*.

138 Así, p. ej., en el Informe N.º 25/98 de la Comisión IDH, párr. 95, en el cual se define el derecho a la verdad como “el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos. *El derecho de una sociedad a conocer íntegramente sobre su pasado no solo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones*” (lo destacado me pertenece). Por eso Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 547, también hablan de la “verdad como un derecho colectivo”. Respecto de esto sostiene Chinchón Álvarez, cit. n.º 7, p. 267, que “si se admite que el titular de este derecho es toda la sociedad, quizá debería articularse una suerte de *actio popularis* para reclamar su materialización”.

la Democracia, conjetura que comparto con entusiasmo, es solo una suposición para andar por casa. Las experiencias históricas son tan disímiles que nadie puede sentirse con derecho a formular una regla general aceptable<sup>139</sup>. Las dictaduras latinoamericanas tan extendidas en los años sesenta y setenta no tuvieron su origen y fortaleza en el hecho de que se trataba de sociedades con un derecho al conocimiento del pasado insatisfecho. Hoy en día no se puede explicar la estabilidad formalmente democrática de la región en que todos los países hayan saldado sus cuentas de la información histórica pública. Si fuera cierta la multicitada afirmación de Ortega de que los pueblos que no conocen su historia están condenados a repetirla, sería muy conveniente que las democracias europeas del bienestar borraran de la memoria colectiva todo lo sucedido después de 1945 para que su historia, desde entonces de opulencia y respeto de los derechos, se siga repitiendo sin cesar. No puedo detenerme aquí más en este problema<sup>140</sup>.

Más allá de ello, un “derecho a la verdad” aparece pleno de sentido solo en el caso de que se reclame del Estado la información que está en su poder o que

requiere del uso de coerción para ser obtenida. Pero exigir del Estado también una exposición de “la historia verdadera”, como parece desprenderse del deber de informar a la sociedad para conocer y prevenir, resulta a la vez ineficaz y desconfiable. Ello se debe a que, por una parte, el Estado no cuenta con instrumentos idóneos para reconstruir la historia que ha construido. Por la otra, la versión oficial de la historia no ha sido nunca demasiado importante en la determinación precisa de los acontecimientos pasados<sup>141</sup>. Antes bien, son las propias lecciones de la historia independiente las que enseñan que el Estado siempre ha sido, con pequeños matices, una fuente de información sesgada, cuando no de mentiras, censura y mera propaganda<sup>142</sup>.

Esta advertencia no es retórica. La forma en que se construye la verdad oficial acerca del pasado argentino hoy en día no merece la menor credibilidad y, según los autores, deslegitima el movimiento de derechos humanos que termina siendo utilizado para sacar ventaja en conflictos políticos y de intereses: “El abandono de toda neutralidad por parte de los relatos oficiales sobre el pasado, incluso de la misma

139 Tal como lo reconoció el propio Alfonsín, cit. n.º 25, p. 10, no existe “una fórmula preestablecida sobre la mejor manera de enfrentar los crímenes del pasado. Cada sociedad debe elaborar su propia respuesta, de acuerdo a sus peculiares condiciones y características políticas y sociales”. Para Nino, cit. n.º 1, p. 191, la lección más general que se puede extraer acerca de la conveniencia para la consolidación democrática de los juicios por los crímenes de Estado es que no hay ninguna lección general. *Vid.*, con más información sobre el punto y acerca de verdad y prevención, Eiroa, cit. n.º 1.

140 En ningún otro medio se desconfía más de los supuestos efectos preventivos de las políticas penales que entre los penalistas (*vid.*, por todos, Zafaroni, E./Alagia, A./Slokar, A.: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, pp. 41 y ss., 53 y ss.). Los casos de errores judiciales en la historia son bien conocidos, en todos ellos se consideró verdadera a una imputación injusta. Un libro memorable compilado por Alexander Demandt nos suministra unos cuantos ejemplos históricos de abuso del poder penal para eliminar enemigos en desgracia por medio de la opresión judicial vestida de descubrimiento de la verdad: Sócrates, Catilina, Jesús, Enrique el León, los templarios, Juan Hus, Juana de Arco, Galileo, Carlos I, Luis XVI y las grandes simulaciones judiciales del siglo XX: el proceso por el incendio del *Reichstag*, las purgas de Stalin y Núremberg (Demandt, A. [comp.]: *Los grandes procesos de la historia*, trad. de E. Gavilán, Barcelona, 2000; resulta altamente llamativo que la obra de Demandt lleve por título principal, en su versión original “Poder y Derecho” [*Macht und Recht*, München, 1990], *Los grandes procesos de la historia*, en la castellana, para desembocar, al fin y consecuentemente, en *Processare il nemico* en la versión italiana de P. Portinaro [Torino, 1996]). A esa lista se podrían sumar Juan Calas y Sacco y Vanzetti. Es interesante la historia real narrada como novela acerca de la verdad por Julian Barnes (*Arthur & George*, Londres, 2005) en la cual una persona condenada indebidamente solo porque ante hechos irritantes era preciso “encontrar un culpable” es salvada de la injusticia cuando un escritor se ocupa de su caso y demuestra el error judicial al encontrar, no la verdad, sino a otro falso culpable.

141 *Vid.*, acerca de los problemas de la “memoria oficial”, Eiroa, cit. n.º 1; Novaro, cit. n.º 26. Son atinadas las advertencias de Marteau acerca de que la hipervaloración de la memoria, entendida como versión monopólica, lleva “a la demonización de todo aquello que no se le parece y a tomar como claudicación toda posición que no tenga por fin último la reivindicación de los ideales políticos en los que ella se sustenta” (Marteau, J.: “A 30 años del golpe militar. Memoria e historia”, en *Revista Abogados*, Buenos Aires, febrero-marzo, 2006, p. 9).

142 Según Engel, cit. n.º 5, p. 15, “nunca ha sido mayor la desconfianza, tanto en los círculos intelectuales más avanzados como en los medios y en la sociedad, ante los valores de la racionalidad, del progreso, de la verdad y de la objetividad [...], tampoco ha sido nunca tan grande la impresión de que somos engañados por los poderes”. Recuérdese la conocida máxima de Voltaire: “La verdad es lo que se hace creer”. Andrés Ibáñez ilustra la situación tomando como fuente el arte del humor: “*El Roto*, un conocido humorista gráfico español, en una viñeta publicada en el diario ‘El País’, hacía decir al protagonista: ‘La mentira es la lengua oficial del Estado... Lo demás son dialectos’” (Andrés Ibáñez, P.: “Proceso Penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, en AA.VV.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005, p. 165).



pretensión de serlo en alguna medida, y la pérdida de autonomía de los organismos de derechos humanos frente al gobierno son dos de las expectativas más elocuentes y preocupantes que adquiere la señalada deslegitimación<sup>143</sup>. Esta versión oficial de la memoria incluye, sin embargo, “el ‘olvido’ de los juicios a las juntas y la tarea de la Conadep [...] como parte esencial del dispositivo político-cultural montado”<sup>144</sup>. Novaro, por ello, nos invita a reflexionar acerca de cómo fue tratada la cuestión de los crímenes de la dictadura por la “verdad oficial”: negación hasta 1983; algunos excesos en el marco de una guerra justa (1983: documento del Gobierno militar); represión brutal y criminal de un guerra subversiva e ilegal (Gobierno Alfonsín, Conadep, sentencia del juicio a los ex comandantes); desencuentros del pasado que había que perdonar y olvidar en pos de la reconciliación (Gobierno Menem); una guerra criminal para destruir al país en lo político, lo económico y lo social –que ahora todavía muestra secuelas y debe ser condenada a cualquier precio– dirigida contra bien-tencionados militantes en lucha por un mundo más justo (Gobierno Kirchner).

Al paroxismo en la materia se ha llegado recientemente con la 8.ª edición del informe *Nunca Más* de la Conadep (2006), el cual ha sido desnaturalizado, con la excusa del trigésimo aniversario del golpe de

1976, con la anteposición inopinada de un pre-prólogo al prólogo de la Comisión. La excusa es baladí si se piensa que en otros aniversarios igual de relevantes a nadie se le ocurrió ponerse por ello por delante del *Nunca Más*. Anecdótico resulta, por lo demás, que el pre-prólogo estilo 2006 refute la visión de los hechos plasmada en el prólogo de 1984 y se dedique a una tan descarada como previsible propaganda oficial más de la política de Derechos Humanos de la actual gestión. Lo más lamentable es, en cambio, la fuente de esta verdad oficial, pues mientras que el prólogo de la Conadep era una versión de los hechos fruto del trabajo, metodológicamente más democrático, de un conjunto de personas elegidas por su incuestionable prestigio y que representaban a todos los sectores políticos, partidarios, sociales y hasta religiosos del país, el pre-prólogo de hoy en día es solamente –y más allá de las usuales invocaciones improbables al sentimiento de todo el pueblo– el discurso hegemónico del área respectiva del Gobierno de turno<sup>145</sup>.

La oferta de las verdades oficiales, como se ve, no solo es desconfiable, es también demasiado amplia<sup>146</sup>. Ya se sabe, “no hay verdad sino una máscara que dice decir su verdad”<sup>147</sup>. Por ello resulta decisiva la prohibición de Carlo Ginzburg: “la verdad histórica jamás debe transformarse en verdad oficial”<sup>148</sup>.

143 Novaro, cit. n.º 26.

144 *Ib.* Por ello Héctor Olivera ha advertido que “asistir a una escritura mentirosa de la historia argentina es preocupante y despierta la necesidad de refrescar la memoria. Hoy, la mayoría de los jóvenes y muchos de los mayores desinformados creen que los guerrilleros de los años setenta fueron héroes. No creo en la teoría de los dos demonios, pero tampoco en la de los demonios y los santos inocentes” (Olivera, H.: “En los años de plomo, no hubo dos demonios ni santos inocentes. Los vencedores son ahora los vencidos”, en diario La Nación de 2.2.2007). Esto, y lo que sigue en el texto, parece confirmar la sentencia de que “cada época posee su verdad” (*vid.* Häberle, cit. n.º 5, p. 10).

145 Parece ser que las atrocidades cometidas suspenden la desconfianza radical que normalmente despiertan la propaganda y la versión oficial de los hechos (*vid.* Sarlo, cit. n.º 24, pp. 92 y ss.).

146 Por ello, en otro de sus trabajos Sarlo ha dicho que “sobre las décadas del ’60 y ’70 hay varias narraciones posibles, todas ellas en conflicto. Han pasado más de treinta años y seguirá habiendo posiciones encontradas. Resumirlas en la teoría de los dos demonios es solo un modo demagógico y efectista de clausurar la discusión. No suscribo esa teoría y sin embargo, sobre la violencia de los años ’70, tengo juicios diferentes a los de otros que tampoco la suscriben. Fui una militante de esos años y sé que no solo tuve sueños humanitarios y generosos sino autoritarios y violentos; sé que la idea misma de ‘derechos humanos’ me era completamente ajena. Habrá historias de los años de la militancia; en mi opinión deberán enfrentar el doble peligro del romanticismo y el sentimentalismo. Sobre todo, no habrá construcción de una verdad si la idea misma de construcción, es decir de aportes diferenciados que se ensamben, es jaqueada por la intolerancia, un sentimiento comprensible en las víctimas directas, pero injustificable en los intelectuales, el Estado y el Gobierno” (Sarlo, B.: “Kirchner, el peronismo y la política de derechos humanos. Nunca más el discurso único”, en diario Página 12 del 28.3.2004).

147 Sarlo, cit. n.º 24, p. 39.

148 Ginzburg, cit. n.º 135, p. 15. Beatriz Sarlo, por su parte, se muestra escéptica acerca del valor de una memoria que es interpretada solo de un modo unilateral a partir de las experiencias de las víctimas, pues se corre el riesgo de otorgar más calidad al recuerdo que al entendimiento, lo cual se ve afectado también por otras circunstancias que dan su propia tonalidad al testimonio al recuerdo (*vid.* Sarlo, cit. n.º 94, pp. 13 y ss., 23 y ss., 42 y ss., y 95 y ss.).

## G. La objeción histórica

El descubrimiento de la verdad como meta del proceso penal ha sido históricamente la razón para justificar desde pequeños abusos de los investigadores hasta las mayores atrocidades. No hay nada más inquisitivo que la coacción penal aplicada en nombre de la búsqueda de la verdad<sup>149</sup>. Por ello, el derecho procesal penal liberal, esto es, el derecho procesal penal adecuado al Estado constitucional y democrático de derecho, ha desarrollado un sano desprecio ante la búsqueda de la verdad por los medios del enjuiciamiento criminal. Esta es una lección de la historia respecto de la meta de averiguar la verdad con los medios del proceso penal que sigue teniendo actualidad.

La invocación de la verdad y su imposición como derecho de la sociedad para obtener justicia, evitar la impunidad y prevenir hechos atroces tiene una carga emotiva tan importante que su complemento necesario es una intransigencia opresiva frente a los “insensibles” que pretendan formular objeciones contra valores tan altos e indiscutidos, a pesar de que, paradójicamente, casi no sabemos nada preciso acerca de qué son en realidad esos valores (¿qué es la justicia?, ¿qué es la verdad?, ¿qué es la sociedad?). Cuando no se habla de acceder a la información, cuando no se habla de saber para aplicar la ley, cuando no se habla de elaboración libre del pasado y construcción abierta del futuro, sino que se habla de verdad, justicia y la seguridad de imponer así un mundo mejor, es indudable que lo que se persigue es excluir como enemigos a los que piensan de otro modo. El recurso de apelar a la verdad se ha traducido siempre en una exhortación a practicar la intolerancia.

Si uno pretende conocer todo lo sucedido con los instrumentos del proceso penal lo primero que debería

hacer, como bien lo ha dicho Maier, es “cantar loas al inquisidor, tan preocupado de averiguar la verdad que casi no reconoció límite en pos de lograr el ideal”<sup>150</sup>. Sobre todo en las infracciones que eran consideradas especialmente graves: “Los inquisidores trabajan sin límites en los crímenes enormes y atroces”<sup>151</sup>. En uno de los más refinados manuales medievales para inquisidores el maestro enseña a interrogar así: “Lo primero dirá el inquisidor al reo que jure a Dios y a una cruz que dirá verdad en cuanto le fuere preguntado, aunque sea en perjuicio propio”<sup>152</sup>.

Precisamente el fenómeno estudiado aquí, al investigar penalmente por la investigación misma, está extremadamente contaminado de principios e ideales inquisitivos. Obsérvese que los “juicios” de la verdad, como ya se mencionó, están restringidos a la etapa de instrucción, la cual ha sido considerada como la fase típicamente inquisitiva del procedimiento<sup>153</sup>. La falta de defensa, un componente esencial de estos “juicios”, es un claro elemento inquisitivo<sup>154</sup>. La ausencia de separación entre investigación y decisión es otro de los signos distintivos bien conocidos del estilo inquisitorio<sup>155</sup>. Guzmán y Cafferata Nores han mostrado detenidamente la estampa inquisitiva de los procesos que, como los juicios por la verdad, no son contradictorios<sup>156</sup>. Todo ello demuestra que estos procesos responden a un acusado estilo inquisitivo que los descalifica.

La inquisición histórica fue el modelo procesal que canalizó el poder punitivo autoritario. Si este estilo se llevó tan bien con la búsqueda de la verdad ello se debió ante todo a que la verdad como cosa pública es una institución totalitaria. Bajo la apariencia de una novela de ficción el *1984* de George Orwell nos da una clase a los juristas y a los politólogos para

149 Vid. Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 663; Bovino, cit. n.º 79, p. 226, quien, en p. 238, mantiene que “la averiguación de la verdad, al constituirse en uno de los objetivos primordiales del procedimiento penal, [...] permitió todo tipo de abusos contra la dignidad humana”. Será por ello, justamente, que “la palabra ‘verdad’ es la palabra favorita de las sectas y de todos los integristas” (Engel, cit. n.º 5, p. 29).

150 Vid. Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 854.

151 Cordero, F.: *Procedimiento Penal*, trad. de J. Guerrero, Bogotá, 2000, t. I, p. 24.

152 Eymeric, N.: *Manual de inquisidores*, trad. de J. Marchena Ruiz, Barcelona, 1982, p. 33.

153 Así, contundentemente, Abregú: “es necesario deshacerse de la mochila que se arrastra del proceso inquisitivo, cuya propuesta, coincidente con la ideología de ese tipo de procesos, es una instrucción preparatoria” (Abregú, cit. n.º 81, p. 162).

154 Vid. Ferrajoli, cit. n.º 67, p. 613.

155 Vid. Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 447.

156 Vid. Guzmán, cit. n.º 69, pp. 150 y ss. En Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 58, puede ser visto con claridad de qué manera los juicios de la verdad se confunden con el ideal de proceso inquisitorio en el cual la investigación es asignada monopólicamente al tribunal, con exclusión de acusador y acusado, algo que lleva a “una ficticia unificación conceptual de lo diverso” con privación de la riqueza que representa el enfrentamiento de intereses contrapuestos.

identificar el totalitarismo del futuro: un Estado con *Ministerio de la Verdad y Policía del Pensamiento*. Y, ya en forma de novela histórica, nos ha enseñado esta misma lección, pero del pasado para el presente, *El nombre de la rosa* de Umberto Eco: “El tema central de la novela es el totalitarismo de la verdad. Es un relato de actualidad: sostiene que el extremo amor a la verdad puede llevar a matarse unos a otros. ¿No es esto netamente actual?”<sup>157</sup>.

### III. PROBLEMAS ACTUALES

Hoy en día en Argentina la amnistía instrumentada especialmente por la ley denominada de obediencia debida (dictada en 1987 y declarada conforme a la Constitución ese mismo año por la Corte Suprema) fue privada de todo efecto jurídico en 2005 por decisión de la misma Corte Suprema. Para la cuestión de los denominados juicios por la verdad esto supone al menos dos inconvenientes fundamentales derivados de que esta práctica se justificó en una imposibilidad constitucional de perseguir y punir a los autores de los crímenes. Uno consiste en determinar qué hacer con este fenómeno ahora que ha sido reabierta la persecución penal plena. El segundo problema reside en saber qué valor tienen para los procesos penales reabiertos las pruebas incriminantes obtenidas en los llamados juicios de la verdad. Estas cuestiones no pueden ser aquí resueltas. Apenas acaban de suscitarse, no sabemos si ellas resumen todos los problemas<sup>158</sup> y, al menos a este autor, le falta todavía mucha meditación y discusión para afrontarlas con rigurosidad. Pero sí pueden ser esbozadas desde ahora, junto a las dos cuestiones planteadas, unas líneas de análisis para la búsqueda de respuestas respecto de cada una de ellas.

Si en la época del enjuiciar para saber y penar (1983-1987) nadie estimó necesario hacer además “juicios de la verdad” y estos solo se originaron a partir –y con

el argumento– de la imposibilidad de perseguir y castigar (impunidad), entonces resulta indiscutible que la reapertura de las investigaciones penales con miras a investigar y, dado el caso, castigar podrían hacer caducar de pleno derecho a los juicios por la pura verdad. Ya no se necesitarían como tales y no es admisible, incluso por motivos vinculados al empleo racional de recursos escasísimos, una instrucción penal de la instrucción, como una suerte de prefase del proceso o preinvestigación que será repetida en la investigación penal propiamente dicha. Esta situación habla también en favor de la creación de un comisión de la verdad continuadora de la labor de la Conadep, que cubra las necesidades remanentes de información de las causas penales y por medios mejores que los del procedimiento penal. En esto, debe tenerse presente también que el Estado les paga a los jueces para aplicar la ley a los hechos jurídicamente relevantes que han sido legítimamente probados. No les paga para que trabajen de historiadores ni tiene en cuenta esta capacidad cuando los designa en su puesto. Sin embargo, los “juicios por la verdad” continúan siendo llevados a cabo hoy en día.

La cuestión del valor actual de las pruebas, que aquí quedará abierta, es más espinosa. En esto resulta decisivo el argumento expreso y repetido oficialmente según el cual los llamados juicios de la verdad se justificaron, incluso para eludir los rigores del *ne bis in idem*, según se dice en sentencias y dictámenes, en la imposibilidad de juzgar y eventualmente condenar a los responsables de los hechos cuya verdad se quería conocer. Si esto fuera así todas las pruebas obtenidas en unos procesos que solo existen para saber y no condenar no podrían ser aprovechadas ahora para condenar, pues el Estado no puede afirmar que seguirá investigando solo porque ya no se puede penar si en realidad está investigando para el caso de que si

157 Tello, N.: *Umberto Eco para principiantes*, Buenos Aires, 2001, p. 179. En el mismo sentido Muñoz Conde, cit. n.º 109, p. 117, para quien “el proceso penal de un Estado de Derecho [...] debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena solo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse por probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido”. Bovino, cit. n.º 79, p. 230, ha dicho, en igual dirección, que “insistir en los albores del tercer milenio en la posibilidad de determinar alguna especie de verdad ‘objetiva’, o ‘neutral’, esto es, ‘real’, sobre la ocurrencia de un hecho indisolublemente unido a valoraciones normativas, además de irracional, se trata de una creencia de que la ‘verdad normativa’ puede ser construida de modo unilateral, a partir de un ejercicio de autoridad coactivo de un órgano estatal que cierra todo camino a una posible refutación empírica de los hechos atribuidos”. Häberle, en la obra citada en n.º 5, advierte claramente de qué manera el Estado totalitario se vale de la mentira bajo la máscara de la verdad.

158 Se podría pensar, entre otras, en la cuestión de si se debe considerar el sometimiento a los juicios de la verdad como un sufrimiento por el hecho cometido compensable de la culpabilidad de quien resulte condenado en las persecuciones penales plenamente reabiertas.

mañana se puede volver a penar las pruebas se puedan utilizar. El Estado no debería mentir en la fundamentación de sus decisiones, mucho menos seguramente si de procesos de la verdad se trata. El principio ético de la actuación del Estado, según el cual no puede aprovecharse de aquello que traspasa los límites que él mismo se ha impuesto, no permitiría dar valor a unas pruebas que no provienen de otra parte o de otros procesos judiciales con objetos legales específicos, sino que se consiguieron en unos procesos que, si se hubiera podido profetizar que más tarde serían abolidos los principios de irretroactividad y de la aplicación de la ley más favorable en el tiempo para privar de efectos a las normas de no punibilidad, no hubieran existido. Esta solución es drástica, pero podría ser inevitable en un Estado constitucional de derecho que quiera seguir siendo tal. Los juicios de la verdad representaron una apuesta fuerte como alternativa a la impunidad y al olvido absoluto. El actual levantamiento de las barreras para la punición también ha sido una apuesta fuerte, pero que contradice los fundamentos de los juicios de la verdad. Pero probablemente no sea posible, sin trampas, ganar en ambos campos de juego. En la cuestión de los crímenes de Estado se enfrentan los derechos de las víctimas con los derechos de los imputados<sup>159</sup>. Si bien la satisfacción simultánea de ambos no es posible, tampoco debería serlo la actual solución unilateral pro víctima de todas las discusiones judiciales relativas a las denominadas violaciones de los derechos humanos. Este es un programa que debería levantar sospechas.

Una alternativa tópica sería evaluar cada prueba en particular desde la perspectiva de los derechos del imputado y privar de valor solo a aquellas que hayan implicado un menoscabo concreto de sus derechos procesales (p. ej.: la imposibilidad de interrogar a un testigo o de controlar un peritaje). Pero esto implicaría necesariamente mirar hacia otro lado respecto de los llamados juicios de la verdad y sus motivaciones y hacerse el distraído, como si nada hubiera pasado, respecto del argumento estatal de que estos procesos solo fueron legítimos –y realizados sin los

sospechosos– porque se afirmó oficialmente que ya no se iba a punir a nadie.

#### IV. ALTERNATIVAS RACIONALES

En una sociedad no paternalista tiendo a creer que solo la conciencia individual puede efectuar juicios acerca del pasado. Recordar u olvidar –dicho con más propiedad: tratar de recordar o tratar de olvidar– es privativo de las personas y en una sociedad abierta no hay lugar para versiones oficiales de la historia. De nada sirve que decidan recordar u olvidar en nombre de la comunidad unos funcionarios, los historiadores, los periodistas o los encargados de los archivos; estos especialistas de la memoria actúan con filtros que, por motivaciones ajenas al destinatario, amplían o retacean la información, la magnifican o la censuran<sup>160</sup>. La poca confiabilidad de esta memoria, por ello, no es puesta en duda por nadie. Sin embargo, la búsqueda oficial del pasado no solo es aceptada, sino, antes bien, exigida<sup>161</sup>. Esta dicotomía conceptual, en parte incoherente, resulta también cuestionable porque búsqueda de información y extracción de conclusiones no son distinguibles de un modo libre de objeciones, pues hay interacción permanente entre qué se busca, cómo se investiga y para qué se intenta conocer el pasado, de modo que no son independientes y confiables las conclusiones que se extraen sobre la base de una recolección de información que no lo ha sido. En todo caso habrá informaciones, públicas y no, para la evaluación de los interesados, pero no versiones que pretendan imponerse. La memoria oficial prueba la existencia de un modo de razonar que, si no es totalmente inadmisibile, resulta al menos dilemático: se impone autoritariamente la idea de que, ante un pasado atroz, solo su plena investigación y conocimiento puede conducir a un futuro mejor, pero ¿es esto realmente así? ¿Se le puede imponer esta idea a todo el mundo? ¿O la libertad de conciencia en una sociedad democrática alcanza también a la determinación acerca de cómo y para qué quiere relacionarse cada uno con el pasado? Estas páginas están anémicas de respuestas a estas complejas cuestiones<sup>162</sup>,

159 La protección de unos derechos frente a otros, como lo menciona Novaro, cit. n.º 26.

160 Vid. Eco, U., en *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 184.

161 Esto es sorprendente especialmente en Argentina donde ninguna persona sensata puede confiar siquiera en la información oficial sobre el índice de la inflación mensual.

162 Debatidas en profundidad en el capítulo sobre “Memoria y futuro” de la obra *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pp. 181 y ss. De importancia inversamente proporcional a su extraordinaria fama son, en cambio, las reflexiones sobre el testimonio y el registro de Agamben, G.: *Lo que queda de Auschwitz*, trad. de A. Gimeno Cuspinera, Valencia, 2000, sobre todo, en lo que a nuestra materia concierne, cuando desinterpreta por completo las ideas de Satta acerca de la pena de proceso y las convierte en una oda a la presunción judicial de culpabilidad (pp. 17 y s.).

pero sirven –y ese ha sido mi propósito– para demostrar algo que es seguro: la jurisdicción penal y sus reglas de procedimiento no son el camino a seguir por quien quiera, cualquiera que sea su meta, conocer –real pero solamente– el pasado.

Son tantas y tan contundentes las limitaciones que sufren los jueces penales y las reglas del procedimiento penal para obtener conocimiento que emplear procesos judiciales solo con el fin de averiguación de una realidad compleja que excede con mucho incluso el ámbito de lo investigable para el enjuiciamiento normal deviene en despropósito. Si no se va a responsabilizar y castigar penalmente a nadie, sino que se pretende cumplir con un derecho al conocimiento del pasado según el cual “toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”, entonces recurrir a la justicia y a sus procedimientos será la mejor manera de dejar insatisfechas en calidad y cantidad esas exigencias. Ya conocemos los problemas de una “tribunalización de la historia” y Carlo Ginzburg ha señalado que si al olvido no se le opone la memoria, sino la justicia, “es necesario concluir que es el olvido el que ha ganado”<sup>163</sup>.

Si hay que penar, antes hay que saber. En ese caso la información de las sentencias que provengan de juicios contradictorios y de cuestiones debatidas en múltiples instancias podrá ser –con sus deficiencias– una fuente más, pero no la única ni mucho menos la mejor, para tratar de conocer el pasado<sup>164</sup>. Es cierto que en el caso de los crímenes de la dictadura no amnistiados (sustracción de menores, p. ej.) los procesos penales dirigidos a los sospechosos lograron arrojar

luz acerca de la identidad de muchas personas que habían sido sustraídas a sus familias verdaderas y que, sin saberlo, vivían con una identidad falsa y con una familia que no era la suya, así como los juicios por la verdad y la jurisdicción residual de los casos penales clausurados permitieron encontrar e identificar los restos de personas que estaban desaparecidas<sup>165</sup>. Pero si ya no fuera posible penar (v. gr. por muerte del autor), el derecho a la identidad y a las informaciones derivadas de ello está asegurado de modo igualmente eficaz por medios no penales.

No hay que esperar mucho del proceso penal en términos de averiguación de la verdad especialmente en el caso de criminalidad estatal masiva. El trabajo de Eiroa acerca de la experiencia sudafricana de la *South African Truth and Reconciliation Commission* demuestra que a veces es posible conocer mucho más sobre la verdad de las atrocidades públicas sin proceso penal que con él. Pareciera que esto nos lleva a una dramática encrucijada en la cual para penar se debe resignar gran parte del saber o bien para conocer más se debe administrar impunidad, en tanto que impunidad no significa negación y olvido así como castigo no implica verdad y memoria aseguradas<sup>166</sup>. Perfecto Andrés nos recuerda, justamente, que “ha escrito Tzvetan Todorov ‘que la memoria no se opone en absoluto al olvido. Los dos términos para contrastar son la *supresión* (el olvido) y la *conservación*; la memoria es, en todo momento y necesariamente, una interacción de ambos”<sup>167</sup>.

Ahora bien, si además no hay ya pena a imponer en el horizonte, el conocimiento de la verdad de todo lo sucedido, en general, y en particular con las víctimas de estos crímenes –muy especialmente su destino– debería ser obtenido y elaborado por procedimientos no

163 Cit. n.º 135, p. 21. Al respecto Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 109, sostiene: “Tenemos que cuidarnos de no delegar nuestra memoria en lo jurídico”.

164 En la Argentina de las persecuciones penales rehabilitadas respecto de los crímenes de la dictadura, tras una de las primeras condenas de primera instancia, se pudo apreciar lo poco de la verdad que había sido aclarado en el juicio (*vid.* “Me faltó lo más importante, que es saber dónde está mi nieta. María Isabel Chorobik de Mariani, suegra de Diana Teruggi, asesinada por Etchecolatz, se refirió a la condena contra el represor”, en diario La Nación del 19.9.2006). A pesar de esas fallas de conocimiento en cuestiones de enorme relevancia individual, gracias al informe de la Conadep, aunque no solamente, sabemos muy bien lo que sucedió entre 1976 y 1983. Como dice Méndez, cit. n.º 4, p. 531, se trata de la “verdad de hechos que, a partir de la evidencia acumulada, ya no puedan negarse”. Sin embargo, el proceso penal, como dice Bertolino, cit. n.º 5, pp. 102 y s., no suministra, como se puede ver, la verdad, sino solo la verdad del caso.

165 *Vid.*, con información detallada acerca de la importancia del aporte de los procesos por la verdad para esclarecer estas situaciones, Alonso Morales/Lovelli/López Alcalá/Ialonardi, cit. n.º 48, pp. 145 y ss.; Perlinger, cit. n.º 50.

166 *Vid.* Chinchón Álvarez, cit. n.º 7, p. 265. De la opinión contraria, que asocia impunidad con olvido y castigo con memoria, es Bergalli, R.: “Cultura de la jurisdicción y uso de la memoria”, en NDP 2000/B, pp. 421 y ss.

167 Andrés Ibáñez, P.: “¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del ‘uso alternativo del derecho’”, en Jueces para la Democracia (en prensa), con cita de Todorov, T.: *Los abusos de la memoria*, trad. de M. Salazar, Barcelona, 2000, pp. 15 y s.

penales, aunque por supuesto revestidos de coacción ocasional para cumplir sus fines. Según Eiroa, “la construcción de la verdad no debe ser un proceso en el que participen solo las víctimas y los testigos de las atrocidades a las que aquellas fueron sometidas, sino que también se debe dar espacio a la participación de los responsables de esos hechos detestables y a todo aquel que pueda aportar datos relevantes para reconstruir el contexto en el que se cometieron y las causas por las cuales se llegó a una situación semejante”<sup>168</sup>.

La complejidad de estos hechos y sus circunstancias de interés cognitivo, que exceden con mucho el ámbito de conocimiento del juicio penal y las posibilidades de los medios penales, impiden que tan siquiera con enjuiciamientos reales, es decir, con controversia, adversarios y debate se logre saber todo lo que queremos conocer respecto de los hechos atroces del pasado<sup>169</sup>. Menos será conocido todavía con instancias judiciales de la verdad por medios procesales-penales que de juicio no tienen nada. La función judicial de garantía de los derechos no puede llevar a que siempre la jurisdicción deba estar a cargo del cumplimiento, algo que se ve más claramente en el ejemplo del derecho a la salud: el Poder Judicial puede condenar al Estado por no brindarlo, pero nunca podrá transformar a los jueces en médicos y a los tribunales en hospitales.

Otra gran ventaja de las comisiones de la verdad, como ya lo demostró entre nosotros la excelente labor de la Conadep y, en la experiencia comparada, la Comisión de la Verdad de Sudáfrica, es que la reconstrucción del pasado no está, como en el caso de la verdad de los tribunales, en manos exclusivas de una corporación judicial integrada solo por abogados educados y entrenados como tales<sup>170</sup>. En las comisiones

de la verdad intervienen, junto a investigadores policiales y expertos en derecho, también historiadores, científicos sociales y especialistas de otros ámbitos, lo cual garantiza “una perspectiva multidisciplinaria y una diversidad de puntos de vista”<sup>171</sup>.

Siempre habrá, por supuesto, muchos datos acerca de esta realidad pasada que tal vez no podamos llegar a conocer nunca. Otras circunstancias, como destinos finales e identidades reales, seguramente sí pueden ser establecidos en muchos casos. De todos modos, si nos tomamos en serio el disponer de información general y particular sobre el pasado público como un valor, los intereses en torno de lo que se denomina derecho a la verdad tienen que estar reconocidos por el orden jurídico y amparados judicialmente. En Argentina, pasadas ya tres décadas, tenemos que hacer un esfuerzo todavía para tratar de conocer todo lo que sucedió, pero no por medio de la “deformación del proceso penal” y de su uso en nombre de la verdad absoluta, al peor estilo inquisitivo, lo cual nos conduce únicamente a una “verdad deformada”. En mi opinión lo que deberíamos hacer es reforzar lo que fue la Conadep. Establecer su continuación como comisión de la verdad por medio de una ley que imponga una regulación exhaustiva de sus facultades y la posibilidad de requerir judicialmente el auxilio de la fuerza pública para cumplir sus fines, pues es la excusa con la que se recurre al proceso penal el hecho de que estas comisiones, normalmente, no tienen coerción para conseguir la información, para registrar, para allanar, para buscar archivos, etc.

Las comisiones de la verdad, por lo demás, concentran la información y el relato y facilitan su disponibilidad ágil e inmediata al interesado<sup>172</sup> frente a las dificultades que representa, en el caso de los juicios

168 Cit. n.º 1. Este autor, además, nos expone las ventajas, en términos de calidad cognoscitiva, que tienen la verdad construida de un modo consensuado y una verdad amplia que, a diferencia de la de los juicios que se refieren solo a las graves violaciones estatales de los derechos fundamentales, abarque todos los comportamientos violentos de la época que causaron daños similares con independencia de su linaje.

169 “La búsqueda de la verdad material sigue y seguirá siendo el objetivo principal del proceso penal, en tanto se trate de la determinación de hechos de fácil constatación empírica” (Muñoz Conde, cit. n.º 109, p. 107).

170 Esta multidisciplinaria de las comisiones supone, aunque estas no lleven a cabo un proceso, un mayor contradictorio que los propios juicios de la verdad, pues se requiere una “confrontación colectiva en la búsqueda de la verdad, esto es, de un debate crítico abierto a todos, a todos los testimonios y a todos los documentos” (Changeux, J., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 20). Esto ha llevado a Eiroa, cit. n.º 1, a afirmar que la búsqueda de la verdad por medio del “modelo de justicia penal favorecería la construcción de una memoria autoritaria”.

171 *Ib.* Por esto Marteau, cit. n.º 141, p. 9, cuestiona el monopolio del registro de la memoria.

172 Eiroa, cit. n.º 1, nos recuerda que el informe *Nunca Más* es uno de los libros de mayor venta de la historia editorial argentina.

penales “de verdad” y en el de los juicios penales “por la verdad”, conocer siquiera la existencia de cientos de sentencias desperdigadas<sup>173</sup>, por no hablar de la naturaleza semánticamente inasequible de unos textos herméticos escritos en prosa judicial.

No debemos renunciar a la búsqueda de la verdad, sino solamente a encontrar verdades absolutas buscadas a cualquier precio. En esto, las llamadas comisiones de la verdad tienen sin duda las mejores cartas para satisfacer las exigencias del derecho a la información de lo sucedido respecto de los hechos criminales perpetrados desde el Estado. El proceso penal, cuando es necesario para investigar sospechosos y castigar culpables, es también una fuente secundaria para satisfacción de tales exigencias, aunque sus conclusiones tengan menos calidad que las de una comisión. Los juicios de la verdad, por último, pueden igualmente aportar datos muy relevantes para los

mismos objetivos, pero la confiabilidad de sus resultados será la más baja de las tres prácticas posibles. Por lo demás, resulta decisivo también hablar de derecho a la información y abandonar la expresión “verdad”, dado que, sobre todo por su naturaleza mitológica, siempre que se la invoca, como en el caso de otros valores tan elevados e indiscutibles (justicia, igualdad, etc.), se quiere encubrir con su autoridad un seguro abuso de lo que se hace en su nombre.

Por consiguiente, la búsqueda de la verdad sin recurrir al proceso penal y a los jueces penales nos dará un conocimiento de mayor calidad acerca de los hechos involucrados<sup>174</sup>. Será una forma de actuar, en el doble sentido de la expresión, más civilizada, pues será abandonado el recurso de huir de manera constante hacia lo punitivo sin pensar que “una sociedad no puede vivir permanentemente en un estado de cólera contra una parte de ella misma”<sup>175</sup>.

---

173 Solo la Cámara Federal de la ciudad de Buenos Aires ha llevado a cabo más de cien legajos en estos juicios por la búsqueda de la verdad (*vid.* Perlinger, cit. n.º 50, con más detalles). Por ello, respecto de la “verdad” que surge de los juicios penales reales, la Corte IDH, en el caso “Myrna Mack Chang” (sentencia de 25.11.2003), ha dicho que el “resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad” (párr. 275).  *Vid.* acerca de esto las minuciosas reflexiones de Chinchón Álvarez, cit. n.º 7, pp. 267 y ss.

174 Entre nosotros una oportunidad como la sudafricana de cambiar impunidad por verdad se perdió entre 1986 y 1990 cuando se concedió impunidad a cambio de nada (claro es, esto fue previo a la experiencia de la Comisión de la Verdad de Sudáfrica). De todos modos, siendo Argentina un país sin respeto por las decisiones de la Democracia, incluso de las decisiones definitivas, los autores de los crímenes no se hubieran podido sentir seguros de que después de su reconocimiento y de brindar la información para saber lo sucedido no se revocara la amnistía y se usara la información por ellos brindada para someterlos a proceso y –quizás incluso también algún día, muchos años después– condenarlos. Por eso hoy una salida a la sudafricana para Argentina, que cambie información verídica por amnistía, es también por su segura ineficacia –hay por supuesto más objeciones– impensable.

175 Ricoeur, P., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 75.