

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Mocoroa, Juan M. (2013). "Justicia transicional y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una propuesta de justificación". *JURÍDICAS*. No. 2, Vol. 10, pp. 24-39. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido: 2 de septiembre de 2013

Aprobado: 11 de octubre de 2013

JUSTICIA TRANSICIONAL Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: UNA PROPUESTA DE JUSTIFICACIÓN*

JUAN M. MOCOROA**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
U.N.C., ARGENTINA

RESUMEN

En este trabajo se resalta que las decisiones sobre la "justicia transicional" son adoptadas en "momentos fundacionales" y que los problemas a enfrentar son morales, jurídicos y políticos. Este último se caracteriza por (i) la necesidad de fundar una comunidad política basada en derechos perdurable; y, (ii) los condicionamientos contextuales que limitan el castigo. Ahora, la Corte IDH no considera esto al analizar las medidas de justicia transicional –ie. amnistía y el rol del derecho penal–. Se propone justificar a las políticas transicionales con dos valores/ razones. Primero, debemos reprochar los crímenes cometidos de modo que se devuelva la dignidad a las víctimas –ie. razones retrospectivas e intrínsecas–. Segundo, deben castigarse esos hechos porque es la mejor forma de fundar una comunidad perdurable –ie. razones prospectivas e instrumentales–. Esto es, castigamos no solo por los hechos cometidos sino también, para

fundar definitivamente una comunidad basada en derechos. Si son estas las razones que justifican las medidas de justicia transicional, debería hacerse un balance entre ambas perspectivas en esos momentos fundacionales. Su resultado no será siempre recurrir al derecho penal para reprochar estos hechos. Sin embargo, están justificadas, pese a lo que sostiene la Corte IDH.

PALAVRAS CHAVE: políticas transicionales, jurisprudencia, amnistía, derecho penal, criterios de justificación.

* Artículo derivado del Proyecto de Tesis de Doctorado denominado: "Amnistía, Justicia Transicional y Violaciones Masivas a los Derechos Humanos. Un análisis a partir de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Derecho Constitucional Argentino" (UNC). Presentado. Pendiente de conformación del Tribunal de Admisión. Director propuesto: Dr. Roberto Gargarella.

** Abogado, Universidad Nacional de Córdoba U.N.C. Docente "Derecho Constitucional", Facultad de Derecho, UNC, Argentina. jmmocoroa@gmail.com

TRANSITIONAL JUSTICE AND INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS COURT: A JUSTIFICATION PROPOSAL

ABSTRACT

This paper highlights decisions on “transitional justice” taken in “founding moments” and how the problems to be addressed are moral, legal and political. The latter is characterized by (i) the need to establish a community based on enduring political rights, and (ii) the contextual constraints that limit punishment. The Inter American Human Rights Court does not consider this when analyzing transitional justice measures –ie. Amnesty and the role of criminal law. It is proposed to justify transitional policies with two values / reasons. First, the crimes committed in order to restore dignity to the victims –ie. Retrospective and intrinsic reasons– must be reproached. Second, those facts must be punished because it is the best way to establish a lasting community –ie. Retrospective and instrumental reasons. This is to say, not only acts committed are punished but also a community based on rights is established. If these are the reasons that justify transitional justice measures, there should be a balance between the two perspectives in those founding moments. Its result will not always be to use Criminal Law to reproach these facts. However, they are justified despite the assertions of the Inter American Human Rights Court.

KEY WORDS: transitional policies, jurisprudence, amnesty, Criminal Law, justification.

I. PRESENTACIÓN Y PROPÓSITO

La Convención Americana de Derechos Humanos¹ intenta ser una *lingua franca* respecto a cómo concebir los derechos más básicos de los individuos. En algún sentido, pues, se trata de un *core* compartido sobre cómo deben ser las relaciones entre estos y los Estados y cómo ese vínculo es mediatizado por una noción robusta de derechos. Esta, además, dispone una institución específica destinada a interpretar, aplicar y custodiar el tratado: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.² Debido, quizás, a una comprensión expansiva e “invasiva” de la CADH, las materias sobre las que se expidió este tribunal son muy importantes. Entre ellas, me interesa aquí analizar el tratamiento dado a las medidas de justicia transicional; particularmente, respecto de la validez de las disposiciones de amnistía dispuestas por regímenes democráticos de la región, luego de las dictaduras que azotaron al continente.

En este ámbito, su jurisprudencia es objeto, en general, de dos objeciones. Por un lado, se le reprocha una concepción panpunitivista. De tal suerte, se entiende que sus decisiones son expresivas –y representativas– de un modo de concebir las respuestas estatales, únicamente, como penales; una ideología que, se advierte, no se conjuga adecuadamente con una concepción limitada y restringida del derecho penal. Se critica, así, la adjudicación de un supuesto “derecho al castigo” en cabeza de las víctimas; derivado (o inferido de) la llamada “tutela judicial efectiva” (PASTOR, 2008, 2009; MALARINO, 2010). Esto iría en contra de arraigadas concepciones liberales e ilustradas del derecho penal, en tanto no avizora soluciones no punitivas para la satisfacción de los reclamos de las víctimas. Por otro, se le achaca cierta “prepotencia” internacional. En puridad, se trata ésta de una objeción clásica en el ámbito de la teoría del derecho internacional. Estas discusiones resaltan que elementos y personas foráneas no deben ser quienes decidan cómo llevar las cuentas dentro de los Estados nacionales. Lo particular, en este caso, es que se ahora se trata de una interrogación sobre la autoridad y legitimidad de tribunales internacionales para la resolución de problemas que se conciben como internos. Una variante de esta objeción enfatiza ciertos argumentos democráticos que cuestionan que la última palabra en temas de justicia transicional sea depositada en tribunales internacionales (GARGARELLA, 2012; MOCOROA, 2012).

Pienso que, sin embargo, se ha reprochado de un modo insuficiente la forma de encarar estos espinosos temas por la Corte IDH. En particular, no se analizó de un modo específico cuáles son las razones a las que debe recurrirse para justificar las políticas de transición. En particular, al menos por lo que conozco, no se ha tenido en cuenta cuáles son las “circunstancias de la transición” que debe afrontar un

¹ En adelante, CADH.

² En adelante, Corte IDH.

gobierno naciente y cómo es que, a partir de ellas, deben considerarse los valores que están en juego al momento de proceder al castigo a los culpables. Por supuesto, para esto es necesario ponderar las razones que justifican este proceder y, si esto es así, demostrar que no es posible dar una respuesta genérica, consideradas todas las cosas, al problema moral, jurídico y político que subyace en esta asignatura.

Puestas así las cosas, mi argumentación será como sigue. En un primer momento, haré un breve repaso conceptual sobre qué es lo que entiendo por “justicia transicional”. Allí mismo, pondré de resalto ciertos problemas que debe afrontar un régimen naciente. En particular, resaltaré las dificultades que se avizoran y de qué índole son. Luego, haré un breve repaso sobre la jurisprudencia de la Corte IDH respecto del tratamiento de las leyes de amnistía. No será mi interés un análisis exhaustivo sino que, antes bien, el propósito es describir cuáles fueron las principales decisiones que adoptó. Esto me servirá también, para cuestionar cómo piensa su rol y cuán consistente es el argumento de la “prepotencia” en su variante democrática. En todo caso, lo que haré es presentar algunos problemas y preguntas que surgen de ese repaso. Por último, llamaré la atención sobre por qué es que no en todo caso sería deseable y conveniente, recurrir al derecho penal en supuestos de justicia transicional. Mi objetivo, al menos, sería postular que estas cuestiones han ser evaluadas en el seno de la comunidad política fracturada por ciertos hechos atroces. De esto, también debería surgir que no es en el seno de tribunales internaciones en que debieran dirimirse estas cuestiones. Y las razones para ello deben ser democráticas y contextuales.

2. JUSTICIA TRANSICIONAL: ALGUNOS (IMPORTANTES) PROBLEMAS

El juzgamiento de las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas por un régimen autocrático anterior, es un aspecto esencial de la denominada “justicia transicional”. Esto es, el conjunto de herramientas empleadas, después de una transición política, con el propósito de tratar los delitos cometidos por el régimen previo. Básicamente, debe decidirse qué califica como delito y cómo sancionar a los responsables (ELSTER, 2006, 2007).³ En este marco, los problemas a encarar son políticos, jurídicos y morales.

Lo primero, por cuanto las circunstancias contextuales no siempre son ideales para proceder de esa manera. En efecto, suele ser el caso que los gobiernos emergentes sean débiles y que sus políticas estén signadas por la necesidad de brindar

³ Es por eso que se trata de “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación” (CAPELLÀ I ROIG, 2009: 163). La autora, en realidad, hace referencia al Informe de 2004 del Secretario General de la ONU, UN doc. S/2004/616, de 3 de agosto, par. 8.

estabilidad al régimen recién instaurado. De modo tal, las tensiones se generan por no poder cumplir, al mismo tiempo, dos objetivos que se consideran igualmente valiosos: el juzgamiento a los responsables y el establecimiento de instituciones estables. Pues, *prima facie*, lo primero puede poner en riesgo lo segundo. De tal manera, los gobiernos democráticos deben realizar costosas evaluaciones, políticas y consecuenciales, sobre cuál de esos compromisos cumplir (ACKERMAN, 1995).⁴ Vale decir, a primera vista surge el siguiente problema: pese a la existencia de un compromiso sostenido y reflexivo en relación a la protección de los derechos humanos; el juzgamiento de los hechos pasados puede ser, empero, contrario al aseguramiento prospectivo de esos mismos derechos.

Los problemas jurídicos tampoco son menores. Es habitual que gobiernos autocráticos en retirada, empleen normas jurídicas para imponer un manto de olvido y perdón. Es decir, so pretexto de soluciones reconciliadoras, dispensan futuros castigos.⁵ Esto, en conjunción con principios fundamentales del derecho penal liberal –i.e. benignidad de la ley e irretroactividad– son un serio obstáculo para el procesamiento y castigo de los culpables. Además, surgen dificultades relacionadas con la aplicación retroactiva de la ley penal, la atribución de responsabilidad a los autores mediatos de los crímenes y, finalmente, la selectividad subjetiva del castigo –ie. la identificación de a quiénes castigar– (NINO, 2006: 169). Incluso, se cuestiona la propia capacidad del derecho penal ordinario para dar respuesta a situaciones extraordinarias (BULYGIN, 2003).

Finalmente, existen problemas morales. Por ejemplo, la utilidad explicativa del concepto de “mal radical” y su relevancia para analizar calamidades que ofenden la conciencia moral de la humanidad (GARZÓN, 2004; BERNSTEIN, 2005; NINO, 2006; ARENDT, 2008). Relacionado con esto, cómo se vincula normativamente esto con el castigo y el perdón. Vale decir, cuál es la vinculación de ciertos hechos patentemente atroces con la posibilidad de punirlos y amnistiarlos (ARENDT, 2008). ¿Es posible perdonar hechos que rompen nuestros esquemas conceptuales y categoriales sobre la moralidad? ¿Cuál es la respuesta que merece aquello que designamos como “El Mal”? ¿Cuál es el sentido moral de castigar estos hechos? ¿Es cierto que no podemos perdonar aquello que no podemos castigar y que

⁴ Un acercamiento común en este ámbito, sobre “el espejismo de la justicia retroactiva”, puede verse en Ackerman (1995). Esta posición, se basa en el vínculo entre “capital moral” y “capacidad burocrática” de un gobierno. Para Ackerman, los gobiernos nacientes poseen, por lo general, un alto capital moral, empero están dotados de una escasa “capacidad burocrática”. De modo tal, no sería conveniente despilfarrar su capital moral en un esfuerzo ineficaz para corregir las injusticias del pasado, creando mártires y fomentado la alienación política, en lugar de contribuir a un genuino sentido de reivindicación. La referencia en p. 78. Comparto –en algún sentido– sus temores, aunque me parece que tienen un defecto de raíz: minusvalora la necesidad de balancear las consideraciones retrospectivas y prospectivas que, en verdad, anidan en su planteo. Sobre esto, me expediré más adelante. Para una crítica a su evaluación del caso argentino, véase Nino (2006: 169 y ss).

⁵ Esto ocurrió en Argentina. El gobierno militar dictó el Decreto Ley No. 22.924 que dispuso la amnistía de los hechos, subversivos y antisubversivos, ocurridos entre el 25/05/1973 y el 17/06/1982.

no podemos castigar aquello que no podemos comprender? (ARENDRT, 2008).⁶ Es que, si esto fuera cierto, y si también lo fuera que los hechos que se juzgan rompen nuestros esquemas conceptuales sobre la moralidad nuestras intuiciones más básicas sobre cuál es el trato mínimo que está justificado desde un punto de vista moral; debería concluirse que se trata de actos que son, de algún modo, *incastigables*.

Con estas complejidades convive un régimen de transición. Por tanto, su resolución está en el centro de la justicia transicional. Ahora, es un presupuesto de este escrito que las evaluaciones de cómo resolverlos no puede ser efectuadas desde fuera de la comunidad política que, en principio, fue víctima de los hechos horribles que jalonan su propia comprensión. Además, intuyo, no es posible concebirlos al margen de las circunstancias contextuales que afronta. Sin embargo, antes de detenerme sobre esto, debo hacer algunos comentarios acerca de cómo la Corte IDH interpretó un instituto frecuentemente usado en las “circunstancias de la transición” por los gobiernos nacies en América Latina: la amnistía. A ello se dirigirán mis próximas palabras.

3. LAS AMNISTÍAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte IDH, en los últimos años, analizó de modo particular algunas instituciones de la justicia transicional. En particular, enfrentó un conjunto de normas que, velada o directamente, tenían como finalidad dispensar el castigo por hechos calificables, en principio, como “delitos de lesa humanidad”. Se trata de un puñado de casos en los que se expidió, a la luz de la CADH, sobre el estatus normativo de disposiciones que establecían amnistías más o menos amplias. Me refiero a las decisiones recogidas en “Barrios Altos vs. Perú”,⁷ “La Cantuta vs. Perú”,⁸ “Almonacid Arellano

⁶ Para Arendt (2008: 260), por ejemplo, “[...] es [...] [un] elemento estructural en la esfera de los asuntos públicos, que los hombres sean incapaces de perdonar lo que no pueden castigar e incapaces de castigar lo que ha resultado ser imperdonable”.

⁷ Corte IDH, Caso “Barrios Altos vs. Perú” (Fondo). Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Sobre este caso, véase García Belaunde (2004) y Guariglia (2001). La Corte interpretó la sentencia de fondo en el sentido de que “la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de esta y genera responsabilidad internacional del Estado”. Conf. “Caso Barrios Altos” (Interpretación de la Sentencia de Fondo). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18. Conf. “Caso Barrios Altos” (Interpretación de la Sentencia de Fondo). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

⁸ Corte IDH. Caso “La Cantuta vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162. Aquí, declaró la responsabilidad estatal por la violación de los derechos a la vida y la integridad personal de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle. Reitera, en rigor, las afirmaciones sostenidas en el caso “Barrios Altos”.

y otros vs. Chile”,⁹ “Gomes Lund y Otros (*Guerrilha do Araguaia*) vs. Brasil”¹⁰ y, finalmente, “Gelman”.¹¹

Estas decisiones impusieron un conjunto de prohibiciones y obligaciones. En particular, que no es facultativa la persecución de “graves y masivas violaciones a los derechos humanos”.¹² De modo tal, toda medida, aun cuando ella sea democrática, cuyos efectos sean el otorgamiento de una respuesta no punitiva a estos hechos, estaría prohibida. La única respuesta admitida por la CADH sería, entonces, la pena. En efecto, ha afirmado la Corte IDH que:

[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹³

Al menos dos consecuencias normativas se siguen de esto. Por un lado, los Estados tienen prohibido recurrir a ciertas medidas –las amnistías, en particular– que “impid[an] la investigación y sanción de los responsables”. Por otro, dichos estados están obligados a recurrir al derecho penal en casos de “violaciones masivas de derechos humanos”. Esto implica relegar cualquier consideración consecuencialista

⁹ Corte IDH. “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. En este caso, dispuso la obligación del Estado chileno de asegurar que el Decreto Ley No. 2191 (Amnistía) no fuera un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial de Luis Almonacid Arellano y para la identificación de sus responsables. Para la Corte IDH, debía asegurarse que no exista norma alguna que “represent[el] un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción a los responsables de otras violaciones similares”. Con respecto a las amnistías, dejó dicho que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía” (párr. 114).

¹⁰ Corte IDH. “Caso Gomes Lund y Otros (*Guerrilha do Araguaia*) vs. Brasil” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Aquí, condenó a Brasil a indemnizar a las víctimas de la desaparición forzada de 62 personas miembros de la Guerrilla de Araguaia por parte del Estado ocurridas entre 1972 y 1974. También se lo condenó a reabrir las investigaciones sobre estos hechos para condenar a los responsables y determinar el paradero de las víctimas. Para esto determinó que la Ley de Amnistía No. 6.683 de 1979, era incompatible con la CADH y, por tanto, carece de efecto jurídicos. Véase, párr. 148 y ss. Sobre este caso, resulta indispensable el penetrante análisis de Elias (2011).

¹¹ Corte IDH. Caso “Gelman vs. Uruguay” (Fondo y Reparaciones). Sentencia de 24/02/2011. Serie C No. 221. Este caso se analiza en Filippini (2012), Gargarella (2012) y Mocoroa (2012).

¹² En el texto se emplea la noción “violaciones masivas de derechos humanos”. Esta debe considerarse comprensiva de los llamados “delitos de lesa humanidad”. Este último sintagma, sin embargo, es un término técnico con el que se identifican los delitos perseguidos por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ahora, en el Sistema Interamericano, a partir de la evolución jurisprudencial objeto de estudio, las prohibiciones a las que me refiero se extienden tanto a uno como a otro término. Sobre el concepto de “delitos de lesa humanidad” y poderosas críticas a su indeterminación en Luban (2004) y D’Alessio (2010).

¹³ Corte IDH, Caso “Barrios Altos vs. Perú”, Serie C No. 75, párr. 41. La particularidad de este caso es que se trataba de una “autoamnistía”. Luego, la Corte IDH no sostuvo que el *holding* de la decisión fuera únicamente referido a ello.

que determine una respuesta comunitaria no punitiva a esos aberrantes hechos. En suma, la Corte IDH identificó una obligación convencional de investigar y sancionar a quienes han cometido “violaciones graves de los derechos humanos”; y, a su vez, esta obligación implica una prohibición absoluta de amnistiar o indultar a los autores de esos hechos.¹⁴

Como es obvio, estas consideraciones son problemáticas. En primer lugar, es difícil identificar –si no imposible– una norma expresa en la CADH que disponga una regla de estas características. Aceptada esta dificultad, surge el interrogante por la autoridad y legitimidad de un tribunal internacional para su adjudicación. Más aún cuando, esta consideración es inferida por la Corte IDH a partir de un supuesto derecho de las víctimas a la obtención de castigo, como comprensivo del derecho a la “tutela judicial efectiva”. Los interrogantes, por tanto, pueden multiplicarse: ¿Están jurídicamente justificadas –i.e. se derivan del derecho internacional convencional– las decisiones aludidas? En todo caso, ¿son moralmente correctas –i.e. cuál debería ser el contenido del derecho internacional–? Por otra parte, ¿no existe resquicio para una decisión democrática, deliberada y mayoritaria, en este ámbito? ¿Es correcto que una comunidad política no pueda decidir democráticamente sobre estos temas que fracturan su propia cohesión? Y, finalmente, ¿es deseable para una comunidad política que esta decisión –i.e. imposición de penas *vis a vis* perdón institucional o amnistía– sea resuelta por no miembros de ella? ¿Pueden ser resueltas estas cuestiones, legítimamente, *desde afuera* de la comunidad política?

Las respuestas a estas preguntas dependen de cuál sea la posición correcta respecto a diversos problemas teóricos –conceptuales y normativos– tanto en el ámbito moral como en el propiamente jurídico. Por ejemplo, ¿con qué alcances debe definirse el concepto de “víctima” en estos casos? ¿Solo debe considerarse tal al particular ofendido por la acción dañina? ¿Es posible considerar ofendida a la propia comunidad política de la que es parte? ¿Puede extenderse este concepto hasta sostener que éste denota a la humanidad toda?¹⁵ Esta cuestión se vincula

¹⁴ Poderosas objeciones a las razones invocadas por la Corte IDH para la identificación de esta obligación, en Elias (2011: 166).

¹⁵ Sobre este tema y los límites de la noción de víctima, véase Malamud (2003). Más allá de eso es importante notar que este autor distingue dos formas de llevar a cabo juicios en contra de los perpetradores de los más aberrantes crímenes. Supone que su juzgamiento puede hacerse “desde adentro” o “desde afuera”. El criterio de distinción lo finca en quiénes son los jueces que deben hacerlo. En el caso que ellos sean presididos por jueces pertenecientes a la misma comunidad que las víctimas y los perpetradores, estamos ante “juicios desde adentro”. De lo contrario, si los encargados de imponer sanción no fueran miembros de la misma comunidad, serán “juicios desde afuera”. Malamud afirma que, en tanto se trata de abusos “domésticos”, los fines y los objetivos de la justicia penal solo pueden cumplirse satisfactoriamente mediante los juicios del primer tipo, pues los segundos no permitirían la persecución de ciertos objetivos en materia de inculpación como son: la generación de autoestima y autorrespeto. Ahora, esta cuestión nos encerraría en un genuino dilema moral. Por un lado, nuestras convicciones más firmes nos convidan a pensar que “es moralmente correcto que alguien termine con la impunidad”; sería, de tal modo, indiferente a qué comunidad pertenezca ese alguien. Por otro, castigar a los criminales desde afuera podría frustrar las expectativas perseguidas con la imposición de una pena por esos hechos (p. 24) Para sostener esto recurre a una tesis fuerte acerca de la justificación de las penas: el castigo es beneficioso en tanto pueda restablecer cierta “idea no distributiva de igualdad entre víctimas y victimarios”. De este modo, adquiere la inculpación cierta “propiedad igualadora”. Me seduce su propuesta. Empero, no creo que sea generalizable. Pienso, como lo desarrollo después, que deben hacerse evaluaciones y consideraciones adicionales para arribar a esta conclusión.

de un modo estrecho con la posibilidad de ejercer, como acto performativo, el perdón. Y, por ende, la validez de un curso de acción adoptado por una comunidad tendiente a, considerados otros valores, dispensar de castigo a los responsables por esos hechos. Asimismo, debería analizarse cuál es la relación (conceptual o normativa) entre delitos de lesa humanidad e imperdonabilidad.

Ahora, aun suponiendo que estos hechos fueran perdonables, los problemas no se aquietan. En efecto, debe determinarse quién tendría capacidad para concederlo. Nótese que, conceptualmente, este último término es relativo a un determinado ofendido. Su núcleo conceptual radica en la disposición a no castigar, pudiéndolo hacer (GARZÓN, 2003). De esta manera, si el ofendido es la comunidad internacional solo a ella le corresponde disponer el no castigo de estos hechos atroces. Por ello, sería irrelevante la pretensión indultante de una comunidad política particular con respecto a sus propios hechos. Se trata de determinar si es posible perdonar aquellos hechos que, por sus características atroces, rompen nuestros esquemas conceptuales de índole moral. Y si esto *debe* ser definido por no miembros de la específica comunidad lesionada. Asimismo, si esto debe ser efectuado más allá de las condiciones de posibilidad de una comunidad. Si se respondiera negativamente a esta cuestión, una respuesta punitiva deviene obligatoria, independientemente de las necesidades y exigencias de la sociedad. El problema es que si puede construir en forma colectiva su propia respuesta, sería imposible el cumplimiento de ciertas obligaciones –supuestamente– internacionales.

4. PRESENTACIÓN DE UNA ESTRATEGIA DIFERENCIADA Y LA JUSTIFICACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Pienso que no puede darse una respuesta general al problema moral y político que subyace a los casos que se describieron en el acápite anterior. Esto es, elegir en abstracto entre alternativas que parecen disyuntivas: perdón vs. castigo; olvido vs. memoria. En suma, mi objeción a esta jurisprudencia es que, insisto, no creo que argumentos generales puedan ser adecuados para brindar una respuesta concreta a estos temas. Repárese que un argumento es general, al menos en el sentido que aquí lo empleo, sí está destinado a resolver una cuestión práctica considerando las propiedades que a él conciernen de un modo abstracto y genérico; más allá de cuáles sean las circunstancias concretas que deban ser evaluadas. Por tanto, se trata de una estrategia argumentativa *all things considered*. Ahora bien, esto tiene el siguiente problema: no alcanza a analizar que se trata de problemas concretos signados por ciertas particularidades específicas. Son estas circunstancias las que, en todo caso, imponen que deba considerarse el contexto en el que se adoptó una determinada decisión política. En particular, cuando se trata de proceder al castigo a los culpables por los crímenes cometidos en el pasado. El análisis de la Corte IDH desatiende que se trate, en estos supuestos, de analizar un conjunto de medidas

que, de ordinario, son adoptadas en situaciones muy críticas. De ahí que, no se trata de juzgar cómo es que se ha conducido un gobierno en condiciones ideales. Sino que, antes bien, se refieren a situaciones bien concretas que dominan, y muchas veces imponen, un determinado curso de acción. En este sentido, se trata del empleo de teorías no ideales para la comprensión y justificación de las decisiones que se adoptan en este ámbito.¹⁶ Dado que, pienso, las teorías ideales no podrían ser adecuadas porque se refiere a las exigencias de justicia y comportamiento de las instituciones en situaciones abstractas e ideales. Insisto, solo teorías no ideales podrían ser de interés aquí dado que tendrían en cuenta contingencias históricas y sociales y, entonces, podrían dar cuenta del problema que acarrea el diseño de instituciones coherentes con principios normativos, pero adecuados a una arraigada cultura política y a una circunstancia histórica. De no tenerse en cuenta esta distinción podría ocurrir que las propuestas institucionales sean vistas como “ideas fuera de lugar” –sin tener en cuenta los condicionamientos contextuales de su ejecución–, de imposible concreción práctica o que –sin quererlo– socaven los propios principios que se quieren asegurar por un deficiente encaje con el entorno cultural y político. Si todo esto es cierto, existen buenas razones para oponerse a los argumentos generales que desarrolla la Corte IDH.

Sin embargo, pienso que el argumento general es útil para la imposición de un deber. Y, quizás, sobre él debería poner el acento la Corte IDH; incluso, quizás, descontextualizadamente. No obstante, se trata de la imposición de un deber limitado en su variedad: solo se limita a la protección y respeto por la “memoria colectiva”. En todo caso, deben recordarse los crímenes cometidos por un régimen autocrático porque fracturan la autopercepción política de la comunidad, eliminan la individualidad y dignidad de las víctimas y, en fin, corroe las posibilidades de establecimiento de una comunidad política basada en el respeto de los derechos individuales. El olvido, en cualquiera de sus formas, revictimiza, hace que el dolor sufrido parezca no ser considerado, corroe la autoconfianza, la autoestima y el autorrespeto de las víctimas y, en definitiva, parecería que su sufrimiento fue merecido. Por eso, creo, el respeto por la “memoria colectiva”, su protección y desarrollo, debe ser una virtud cívica fomentada desde, y por, el Estado.¹⁷

Ahora bien, destacaría la oportunidad en la que, por lo general, una comunidad debe tomar una decisión relacionada con temas de “justicia transicional”. Se trata de verdaderos “momentos fundacionales” (RIVAS, 2011: 34; HILB, 2013). Circunstancias políticas en las que no puede ser adoptada cualquier decisión. Los caracteres contextuales, como lo demuestra la experiencia comparada en la materia, indican que, por lo general, esto es una consecuencia del modelo de transición que se haya adoptado. Podríamos hablar de una especie de “circunstancias de la

¹⁶ La distinción a la que se recurre en el texto entre “teoría ideal” y “teoría no ideal”, es debida a Rawls (1997).

¹⁷ Cuando hablo de “memoria colectiva”, pienso en “los recuerdos que tenemos en común” que se trata de un ejercicio, por definición, comunitario. Conf. Valcárcel (2010: 12).

transición” signadas por dos elementos: (i) La necesidad de fundar una comunidad política basada en derechos y duradera o perdurable; y, (ii) Los condicionamientos políticos que limitan la posibilidad de castigar a los culpables por los hechos pasados. Vale decir, el marco de posibilidades para adoptar decisiones en estas circunstancias es una función de la relación que podemos predicar entre (i) y (ii). En este sentido, la finalidad y el deseo de lograr (i) puede, como un subproducto ni querido ni deseado, ser corroída por (ii).

Ante estas circunstancias, debe adoptarse una determinada política transicional. Teóricamente, existen dos justificaciones o valores al momento de pensar cómo enfrentar el pasado y qué hacer con él –siempre y cuando, como creo, se piense que algo debe hacerse–. Estas son prospectivas y retrospectivas. Por un lado, debemos reprochar –penalmente o no– ciertos hechos paradigmáticos en su carácter de indignos. De este modo, se pretende devolver a la víctima su dignidad que, en algún sentido, le fue expropiada por la acción de los perpetradores de los peores crímenes (MALAMUD, 2000). Sin embargo, la justificación no debería concluir allí. También intuimos que deben castigarse porque es la mejor forma de fundar una comunidad. Para que ese oprobio no se repita, como forma de demostrar un “Nunca Más” colectivo. Y, pensamos, esta debe ser perdurable. Esto es, castigamos no solo por los hechos cometidos sino, también, para fundar definitivamente una comunidad basada en derechos; que, notablemente, los crímenes perpetrados pusieron en jaque. Desde un punto de vista teórico, entonces, podría sostenerse que existen dos formas distintas de comprender el castigo a los responsables de los delitos. Por un lado, pensar que se trata de una especie de “valor supremo”. En tanto esto sea así, exigiría que busquemos su realización más allá de cualquier circunstancia contextual. De tal modo, se debe realizar en virtud de su valor intrínseco. Por otro lado, puede ser que se trate de un valor meramente instrumental. Es decir, que su valor deriva de su conveniencia o de la factibilidad con que puede realizar otro valor que, en sí mismo, es considerado valioso (ROSENKRANTZ, 1996). Ahora bien, quien se comprometa seriamente con tratar el pasado, debería aceptar que ambos valores están presentes. O, al menos, que las razones que nos impelen a tratar de cierto modo estos hechos son de los dos tipos que mencioné. Vale decir, son retrospectivas –ie. intrínsecas– y prospectivas –ie. instrumentales–. Si esto es así, si ambas son las cuestiones que debemos considerar, debemos intentar su ponderación del mejor modo que, en rigor, las circunstancias contextuales nos lo permitan. Y, para ello, no creo que exista otra forma de proceder de este modo que a través de la realización de un balance en el que se consideren ambos valores. No obstante, debe evitarse que uno de ellos colapse respecto del otro. En este sentido, lo que se debe evitar es que, por ejemplo, en procura del aseguramiento del valor retrospectivo –intrínseco– no se asegure ni se considere, al menos, el valor prospectivo que está en juego.

En función de esto, quien se comprometa con esta empresa debería recurrir al derecho penal para reprochar estos hechos (NINO, 2006). Sin embargo, esto no

necesariamente debiera ser así en todas las circunstancias y en cualquier caso. Vale decir, es posible pensar en medidas alternativas para recordar, procesar y enfrentar esos crímenes. En especial, si se demuestra que su uso puede ser inconveniente para fundar una comunidad en derechos. Esto es, si se demostrase que las justificaciones identificadas colapsan mutuamente las justificaciones o valores al momento de pensar cómo enfrentar el pasado y qué hacer con él; siempre y cuando, como creo, se piense que algo debe hacerse. En diversas circunstancias políticas, me parece, esta idea prospectiva puede verse derruida. En fin, la perdurabilidad ansiada puede no verse asegurada. Básicamente, aquellas “circunstancias de la transición” son las que dominan los cursos de acción a seguir. Por eso, asimismo, limitan las posibilidades de adoptar decisiones más radicales. Aquí surge a las claras el vínculo con el modelo de transición de que se trate. Es obvio que en transiciones dirigidas por los integrantes del régimen depuesto o tuteladas o vigiladas por ellos, la pretensión de reprochar penalmente a todos los responsables carece de sentido. El riesgo puede ser lo que Elster (1990: 99) llamaba la “contrafinalidad”: podrían tener incidencia ciertas consecuencias no intencionales de una acción colectiva. La finalidad primigenia del castigo a los responsables, podría verse ella misma destruida y, como resultado, obtener un escenario con todas las cosas consideradas como peores. Esto es, y en términos simples, poner en juego la propia democracia y, así, los derechos con los que estamos fuertemente comprometidos.

Pienso que, en todo caso, debería estarse a las “circunstancias de la transición”; efectuar un balance adecuado de las finalidades-valores que están en juego; lo retrospectivo y lo prospectivo, intrínseco e instrumental. El resultado de esta ponderación con criterios políticos (y siempre democrática y reflexivamente) podrían determinar el curso de las acciones a seguir. A partir de esto, habría que pensar en casos en los que los gobiernos democráticos son débiles o extremadamente débiles. En estos supuestos, podría justificarse que se adopten medidas de una gravedad o riesgo descendente. Así, descartaría –y podría estar justificado– no recurrir al derecho penal en aquellos supuestos en los que se trata de un gobierno democrático notablemente débil. Este régimen naciente no debería, por consideraciones únicamente retrospectivas, derruir prospectivamente la fundación de una comunidad basada en derechos y perdurable. Podría, de lo contrario, poner a la propia democracia en peligro. También, quizás por esas mismas circunstancias, sea posible justificar que no se castigue a todos los responsables; sino que se lo haga respecto de algunos de ellos; o bien que no se castigue a nadie teniendo en cuenta otras consideraciones. Más allá de esto, en modo alguno implica que no puedan adoptarse otras medidas a las que hice referencia. Esto es, que no se emplee castigos penales impuestos por jueces, no implica que esto implique un manto de perdón y olvido.

De tal suerte, podría sostenerse un modelo de justificación para las distintas alternativas a emplear. Lo que nunca justificaría, al menos esta propuesta,

sería la inactividad y el olvido. Pues, no se me ocurren circunstancias políticas transicionales en las que, al menos, no pueda pensarse que el régimen naciente pueda ofrecer reparaciones simbólicas –i.e. pedidos de disculpas– y materiales –i.e. indemnizaciones patrimoniales–. Ahora, en casos en los que la debilidad del gobierno no esté de ningún modo presente, no podría recurrir al derecho penal, tal y como exige la Corte IDH, sin que ello implique que sea la única alternativa a utilizar. Pues, en todo caso, el resto de las medidas a las que hice referencia también deben ser llevadas a cabo. Debido a ello, no hubiese estado justificada una estrategia de perdón y olvido. No obstante, por el balance al que me referí, no era exigible el castigo en contra de todos los participantes del régimen. El empleo exclusivo de medidas no penales es una especie de estrategia de *second best*. Si, y solo si, el derecho penal, por consideraciones basadas en un balance adecuado entre las razones en pugna se presenta como inadecuado, podría justificarse recurrir únicamente a medios alternativos para la protección de la memoria y la redignificación de las víctimas. Estas, como resultado de la ponderación, difícilmente no estarían justificadas. Como por ejemplo, pienso en pedidos de disculpas oficiales de parte de las nuevas autoridades.¹⁸

En todo caso, lo que no justifica esta estrategia de balance es que el derecho penal deba ser la única alternativa en todos estos casos y más allá de todas las circunstancias, aun cuando pueda poner en peligro a la propia democracia. En conclusión, justificaría no recurrir al reproche penal por razones contextuales; en ciertos casos, como es obvio. Y, sin embargo, imponer medidas de reparación económica y simbólica.

Ninguna de estas consideraciones tuvo en cuenta la Corte IDH al momento de fallar en los casos que he mencionado en el acápite anterior. Por eso, sus palabras se parecen a “ideas fuera de lugar”. Se trata, como dije, de una estrategia universalista que yerra el foco de análisis, por cuanto ofrece una receta única y generalista, todas las cosas consideradas, y más allá de las circunstancias y probabilidades posibilistas de cada comunidad. Desconoce, en definitiva que “[...] la complejidad y la gran variedad de los procesos transicionales habidos, en curso o aun pendientes no han permitido hasta ahora establecer un modelo único y perfecto de justicia transicional” (CAPELLÀ I ROIG, 2009: 164).

Quizás, una explicación de este accionar descontextualizado no es difícil de encontrar. Malamud (2003) ha analizado con detalle cuáles son las consideraciones morales que están presentes en la justicia internacional, en particular cuando de justicia internacional se trata. En lo que aquí interesa, este autor enfatiza dos cuestiones. En primer lugar, los diferentes auditorios a los que se dirigen los tribunales en estos casos. Así, es dable identificar a la comunidad nacional y,

¹⁸ Para una discusión muy interesante sobre los pedidos de disculpas “colectivos” y, en particular, cuáles son las concepciones políticas que están detrás, véase Sandel (2010: 236 y ss).

de otro costado, a la comunidad internacional. En segundo, las consideraciones que deben efectuarse para que un tribunal esté dotado de autoridad. Y, de esta forma, entender que sus resoluciones son verdaderos actos de justicia y no, por el contrario, imposición de una decisión adoptada de antemano a partir de cierto rechazo moral para con ciertas conductas. Tentativamente, menciona las siguientes: 1) La capacidad del tribunal para descubrir y seleccionar los hechos moral y legalmente relevantes; y, 2) La necesaria imparcialidad de los jueces para aventar cualquier consideración de parcialidad y que basen sus decisiones en los principios moralmente correctos. Nótese cómo, en el planteamiento del autor, ambas cuestiones se anudan en una sola y única finalidad: la pretensión evidente de lograr mayor legitimidad en las decisiones de los jueces. Del mismo modo, deben resaltarse las cuestiones que están enlazadas respecto a los juicios desde afuera, por el auditorio al que se dirigen y porque las consideraciones cuasi conceptuales que debe cumplir todo tribunal para el dictado de una decisión imparcial, se verían evidentemente comprometidos. El autor enfatiza que un grave problema de los juicios desde afuera es que son vulnerables a no considerar las dificultades propias de los procesos políticos que una determinada comunidad política debe afrontar para resolver su propio pasado y “al que pertenecen víctimas y perpetradores” (MALAMUD, 2003: 39).

Pienso que, por todo lo que dije hasta aquí, la estrategia y el enfoque adoptado por la Corte IDH, no está justificada. En particular, es posible aventurar que, por el transcurso del tiempo y por la falta de membrecía a la comunidad política de que se trata, por parte de sus integrantes, no podía y no pudo, “ponerse en sus zapatos”. No podía actuar con empatía.

5. CODA

De lo dicho hasta aquí, deberían quedar en claro algunas cuestiones. La Corte IDH se equivoca al no asumir, al momento de analizar los diversos tipos de respuestas dadas por comunidades políticas particulares, el modo en que ha operado la transición hacia la democracia. Y este déficit es palmario porque no tiene en cuenta la situación contextual sufrida por las democracias nacientes del continente. Como se ha dicho, en América Latina la pregunta común era:

¿Cómo afrontar el pasado en unas democracias débiles, en la mayoría de los casos operando con la oposición o la vigilancia de las fuerzas armadas, con un poder judicial desmantelado o con poca autonomía y con otros puntos prioritarios en la agenda política? (CAPELLÀ I ROIG, 2009: 178)

Sin embargo, cuando la Corte IDH analiza, nada de esto parecería ser cierto. Asimismo, menosprecia decisiones colectivas conscientes en las que se ha

efectuado un adecuado balance de las consideraciones retrospectivas y prospectivas que estaban comprometidas en estos asuntos. Y, con esto, también da por tierra el ejercicio comunitario y democrático en la forma en que deben enfrentarse los crímenes del pasado por los gobiernos nacientes.

Bernard Henry Levy decía que para construir el futuro, debe elaborarse con, y en el recuerdo, el luto del pasado. Este desafío nos invita a efectuar, construir colectivamente la memoria, también, colectiva. Esto es, aquellos hechos que jalonan un pasado común, que lo marcan y que, por qué no, lo agrietan, no deben quedar impávidos ante el paso de los años. En todo caso, una comunidad política debe colectivamente reparar y resguardar esa memoria.

La Corte IDH tiene conciencia de esto. No obstante, yerra en el medio empleado. Impone una obligación a los Estados que, en ciertas circunstancias, no están en condiciones de cumplir. Y, en rigor, no es deseable que, todas las cosas consideradas, intenten llevar a cabo. O, al menos, las razones que debiera desarrollar para fundar una respuesta diferente, en la que la vía del reproche penal a aquellos hechos se presente como necesaria y obligatoria, no deben ser las que ha brindado. Se entienden, comparten y comprenden los temores del tribunal. Es necesario dejar bien claro, por si aun no lo ha sido, que estos hechos no pueden ser aceptados; que se merecen el mayor reproche concebible. Ahora, también, debería quedar en claro que no siempre será un medio eficaz el derecho penal y, en particular, que no siempre la autoridad para la evaluación de las decisiones adoptadas comunitariamente será un tribunal internacional. En todos los casos, deberíamos exigir que democrática, política y colectivamente se efectúen reflexivos juicios que involucren el balance de razones retrospectivas y prospectivas al que me he referido. Quizás, la Corte IDH podría arrogarse el papel de escudriñar verdaderamente su existencia. Aunque justificar esto sería motivo de otro trabajo.

REFERENCIAS

- Ackerman, B. (1995). *El futuro de la revolución liberal*. Barcelona: Ariel.
- Arendt, H. (2008). *La condición humana*. Buenos Aires: Paidós.
- Bernstein, R. (2005). *El mal radical: una indagación filosófica*. Buenos Aires: Lilmod.
- Bulygin, E. (2003). "Procesos penales por violación de derechos humanos". En: AA.VV. *SELA 2001. Los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Capellà I Roig, M. (2009). "Represión política y derecho internacional: perspectiva comparada (1936-2006)". En: Capellà, M. y Ginard, D. (coords.). *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*. Palma de Mallorca: Ediciones Documenta Balear.
- D'Alessio, A. (2010). *Los delitos de lesa humanidad*. 2da. Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Elias, J. (2011). "Justicia transicional y justicia internacional (a propósito del caso 'Gomes Lund')". En: Julio C. Rivera (dir.). *Revista de Derecho Comparado*. No. 19. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.
- Elster, J. (1990). *Tuercas y tornillos*. Barcelona: Gedisa.

- _____. (2006). *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz.
- _____. (2007). "Memoria y justicia transicional". En: Otero, J. y Eiroa, P.
- Gargarella, R. (2012). "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman". Mimeo.
- García Belaunde (2004)
- Garzón Valdés, E. (2004). "Respuesta a la violencia extraordinaria". En: AA.VV. *SELA 2003. Violencia y derecho*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Guariglia, F. (2001). "Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Barrios Altos'". *Nueva Doctrina Penal*, 2001/A. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Hayner, P. (2008). *Verdades innombrables*. México: FCE.
- Luban, D. (2004). "A Theory of Crimes against Humanity". *Yale Journal of International Law*. No. 29, pp. 85-167.
- Malamud Goti, J. (2000). *Terror y justicia en la Argentina. Responsabilidad y democracia después de los juicios al terrorismo de Estado*. Buenos Aires: Ediciones de La Flor.
- _____. (2003). *Los dilemas morales de juzgar a Pinochet en España*. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- Malarino, E. (2010). "Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Mocoroa, J. (2012). "Justicia Transicional, Amnistía y Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso 'Gelman' y algunas inquietudes". Mimeo.
- Nino, C. (2006). *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ariel.
- Pastor, D. (2008) (dir.). *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- _____. (2009) (dir.). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Rivas Pala, P. (2011). "Perdón, derecho y política. Consideraciones a propósito de la *Truth and Reconciliation Commission*". *Isonomía*. No. 34, pp. 31-53.
- Rosenkrantz, C. (1996). "La Riqueza no es un Valor. Algunas reflexiones acerca de Dworkin y el análisis económico del derecho". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 1, No. 1.
- Sandel, M. (2010). *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debate.
- Valcárcel, A. (2010). *La memoria y el perdón*. Barcelona: Herder.