

Criterios para justificar políticas transicionales: una propuesta.

Juan M. Mocoroa¹

Resumen

Las decisiones sobre cómo encarar los crímenes del pasado son tomadas en “momentos fundacionales”. Circunstancias políticas caracterizadas por dos elementos: 1. La necesidad de fundar una comunidad política basada en derechos y perdurable; y, 2.- Los condicionamientos contextuales que limitan castigar a quienes perpetraron los peores crímenes. Para justificar las políticas transicionales deben vincularse dos valores o razones. Primero, debemos reprochar ciertos hechos paradigmáticos en su carácter de indignos. Se pretende devolver la dignidad a las víctimas. Aquí se consideran razones retrospectivas e intrínsecas. Segundo, deben castigarse esos hechos porque es la mejor forma de fundar una comunidad perdurable. Las razones aquí son 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, quizás, no sea siempre recurrir al Derecho Penal para reprochar estos hechos. Y, pese a esto, las políticas llevadas a cabo estén justificadas.

¹UNC

Criterios para justificar políticas transicionales: una propuesta.

1.- Presentación y propósito.

Las decisiones sobre cómo encarar los crímenes del pasado son por lo general tomadas en situaciones muy particulares. Se trata de verdaderos “momentos fundacionales”. Circunstancias políticas en las que no cualquier decisión puede ser adoptada. Estas “circunstancias de la transición” están caracterizadas por dos elementos: 1.- La necesidad de fundar una comunidad política basada en derechos perdurable; y, 2.- Los condicionamientos políticos que limitan la posibilidad de llevar a cabo el castigo a quienes perpetraron los peores crímenes.

La constatación de este dato, a mi criterio, tiene una importancia teórica mayúscula. De ahí que, en esta ponencia, se propone un criterio de justificación para las políticas transicionales que vincule dos valores al momento de pensar cómo enfrentar el pasado y qué hacer con él. Por un lado, debemos reprochar –penalmente o no-- ciertos hechos paradigmáticos en su carácter de indignos. De este modo, se pretende devolver a ellos la dignidad que les fue expropiada por la acción de los perpetradores de los peores crímenes. Aquí se pone en consideración razones retrospectivas e intrínsecas. Por otro, 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. De este modo, se tienen en cuenta razones prospectivas e instrumentales. 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. Si esto es correcto, si son estas las razones que justifican las medidas de justicia transicional a adoptar por una comunidad democrática naciente, debería hacerse un balance de razones entre uno y otra perspectiva comprometida en esos específicos momentos fundacionales. Y, quizás, el resultado de ese balance no sea siempre y en todo caso recurrir al Derecho Penal para reprochar estos hechos. Y, pese a esto, las políticas llevadas a cabo esten justificadas.

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 trascendentes que, en ese ámbito, debe afrontar un régimen naciente. En particular, resaltaré las dificultades que se avizoran y de qué índole son. A fin de describir una forma específica de justificar las políticas transicionales y el derecho penal de modo inescindible me serviré de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Luego, explicaré cuál es la estrategia que propongo para justificar las políticas transicionales y, en especial, cuáles son los valores que están presentes en este caso. Mi objetivo, al menos, sería postular que estas cuestiones han de 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 internacionales 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 y 2007).² 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 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

² 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” (CAPELLA 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.

compromisos cumplir (ACKERMAN, 1995). 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.³ 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. A este panorama pueden adicionarse otros escenarios de complejidad creciente. 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 (NINO, 2006; GARZON VALDEZ, 2004; ARENDT, 2008; BERNSTEIN, 2005). 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 no podemos castigar aquello que no podemos comprender? (ARENDT, 2008)

Con estas complejidades y problemas convive un régimen de transición. En el seno, por tanto, de la justicia transicional está su resolución. 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

³ 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.

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 a cómo la Corte IDH interpretó un instituto frecuentemente usado en las “circunstancias de la transición” por los gobiernos nacientes 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 particularizado 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 status normativo de disposiciones que establecían amnistías más o menos amplias. Me refiero a las decisiones recogidas en “Barrios Altos vs. Perú”,⁴ “La Cantuta vs. Perú”,⁵ “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”,⁶ “Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”⁷ y, finalmente, “Gelman”.⁸

⁴ Corte IDH, Caso “Barrios Altos vs. Perú” (Fondo). Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Sobre este caso, véase GARCIA 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 ésta y genera responsabilidad internacional del Estado”. onf. “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.

⁵ 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”.

⁶ Corte IDH. “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentenci) 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[e] 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” (parr. 114).

⁷ 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

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”.⁹ De modo tal, toda medida, aun cuando ella sea democrática, cuyos efectos sean el otorgamiento de un 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”.¹⁰

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 que determine una respuesta comunitaria no punitiva a esos aberrantes hechos. En suma, LA

Brasil a indemnizar a las víctimas de la desaparición forzada de 62 personas miembros de la Guerrilha do 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, parr. 148 y ss. Sobre este caso, resulta indispensable el penetrante análisis de ELIAS, 2011.

⁸ Corte IDH. Caso “Gelman vs. Uruguay” (Fondo y Reparaciones). Sentencia de 24/02/2011. Serie C No. 221. Este caso se analiza en MOCOROA, 2012; GARGARELLA, 2012; FILIPPINI, 2012.

⁹ 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 D’ALESSIO, 2010 y LUBAN, 2004.

¹⁰ Corte IDH, Caso “Barrios Altos vs. Perú”, Serie C No. 75, parr. 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.

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.¹¹

Como es obvio, estas consideraciones son problemáticas. En primer lugar, es difícil identificar –sino 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 legítimamente ser resueltas *desde afuera* de la comunidad política estas cuestiones?

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? ¿Sólo 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 él denota a la humanidad toda?¹² Esta cuestión se vincula de un modo estrecho con la posibilidad

¹¹ Poderosas objeciones a las razones invocadas por la Corte IDH para la identificación de esta obligación, en ELIAS, 2011:166.

¹² Sobre este tema, y los límites de la noción de víctima, véase MALAMUD GOTI, 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 caso en 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,

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, aún supuesto 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 (GARZON VALDES, 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 describió en el acápite anterior. Esto

en tanto se trata de abusos “domésticos”, los fines y los objetivos de la justicia penal sólo pueden cumplirse satisfactoriamente mediante los juicios del primer tipo. Pues, los segundos no permitirían la persecución de ciertos objetivos en materia de inculpación como ser: 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 más abajo, que deben hacerse evaluaciones y consideraciones adicionales para arribar a esta conclusión.

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, si 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.¹³ 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, sólo 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

¹³ La distinción a la que se recurre en el texto entre “teoría ideal” y “teoría no ideal”, es debida a RAWLS, 1997.

quererlo- socaven los propios principios que se quiere 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: sólo 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, elimina 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.¹⁴

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 PALA, 2011:34 y HILB, 2013). Circunstancias políticas en las que no cualquier decisión puede ser adoptada. 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 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).

¹⁴ Cuando hablo de “memoria colectiva”, pienso en “los recuerdos que tenemos en común” que se trata de un ejercicio, por definición, comunitario. Conf. VALCARCEL, 2010: 12.

Es ante estas circunstancias, en las que 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, les fue expropiada por la acción de los perpetradores de los peores crímenes (MALAMUD GOTI, 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 mencione. 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 danza.

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 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 todas las cosas consideradas peor. 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 solo importe 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.¹⁵

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.

¹⁵ 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.

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 particulares comunidades políticas, 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?” (CAPELLA I ROIG, 2009:178). Sin embargo, cuando analiza la Corte IDH 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 desafía, pienso, nos invita efectuar, me parece, 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 en 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 será la

política transicional justificada que excluya otras que podrían ser evaluadas por una comunidad política para afrontar los hechos del pasado. 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. El resultado de ese balance, quizás, sea el no uso del derecho penal y, pese a todo, las políticas a emprender estén justificadas. Y, en verdad, no hay nada paradójico en ello.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, B., 1995: *El futuro de la revolución liberal*, Jorge Malem (Trad.), Barcelona: Ariel.
- ARENDT, H., 2008: *La condición humana*, Ramón Gil Novales (Trad.), Buenos Aires: Paidós.
- BERNSTEIN, R., 2005: *El mal radical: una indagación filosófica*, M. Burello (Trad.). 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.
- CAPELLA 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*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2da. Edición.
- EIROA, P., 2007: “Memoria y justicia en la experiencia de la comisión sudafricana para la verdad y la reconciliación”. En: OTERO, J. y EIROA, P., 2007.
- EIROA, P., 2009: *Políticas de castigo y derecho internacional*, Buenos Aires: Ad Hoc.
- ELIAS, J., 2011: “Justicia transicional y justicia internacional (a propósito del caso ‘Gomes Lund’)”. En: *Revista de Derecho Comparado*. No. 19, Julio C. Rivera (Dir.), Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
- ELSTER, J., 2007: “Memoria y justicia transicional”, Martín Hevia y Juan Manuel Otero (Trad.). En: OTERO, J. y EIROA, P., 2007.
- ELSTER, J., 2006: *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica.*, Ezequiel Zaidenberweg (Trad.), Buenos Aires: Katz.

- ELSTER, J., 1990: *Tuercas y tornillos*, Barcelona: Gedisa.
- GARGARELLA, R., 2012: “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, Mimeo, 2012.
- GARZON VALDES, 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*, 29, 85-167.
- MALAMUD GOTI, J., 2003: *Los dilemas morales de juzgar a Pinochet en España*, Buenos Aires: Miño y Dávila.
- , 2000: *Terror y justicia en la Argentina. Responsabilidad y democracia después de los juicios al terrorismo de Estado*, Buenos Aires: Ediciones de La Flor.
- 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*, Martin Böhmer (Trad.), Buenos Aires: Ariel.
- , 1991: “The duty to punish past abuses of human rights put into context: the case of Argentina”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, 2619-2640.
- PASTOR, D., 2009 (Dir.): *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Editorial Ad – Hoc.
- , 2008 (Dir.): *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires: Editorial Ad – Hoc.

- REY, S., 2012: “Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Tres conceptos incompatibles?”, *Revista de Derechos Humanos*, Año 1, No. 1, Buenos Aires: Infojus.
- RIVAS PALA, P., 2011: “Perdón, derecho y política. Consideraciones a propósito de la *Truth and Reconciliation Commission*”, *Isonomía*, No. 34, Abril, 2011.
- 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?*, Juan Pedro Campos Gómez (Trad.), Barcelona: Debate.
- TAMBURRINI, C., 2012: “¿Trocar verdad por justicia?”, *Revista de Derecho Penal*, Año 1, No. 1, Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- VALCARCEL, A., 2010: *La memoria y el perdón*, Barcelona: Herder.