

Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas

Ezequiel Malarino

SUMARIO

El trabajo presenta, esquemáticamente, los dos aspectos en los cuales la experiencia latinoamericana ha enriquecido particularmente las discusiones sobre justicia de transición. El autor se refiere, por un lado, al derecho a la verdad y a los mecanismos institucionales para ejercerlo y, por el otro, a la cuestión del rol del derecho penal como herramienta de superación del pasado, esto es, a la cuestión de la tensión, siempre presente en los procesos de transición, entre justicia y paz. Especialmente sobre esta última cuestión el autor efectúa algunas consideraciones más profundas. Critica la doctrina de los límites absolutos a la facultad de amnistiar con base en la gravedad de los crímenes, establecida por la CorteIDH en el caso *Barrios Altos* y seguida por varios tribunales de países latinoamericanos, y rescata la función que, en ciertas ocasiones, puede cumplir una amnistía conciliadora para obtener o mantener la paz, bien que considera superior a la punición de los crímenes en cuanto constituye la condición indispensable para el desarrollo de cualquier forma elemental de convivencia social y por ello también para la existencia misma de un Estado de derecho.

1. En las últimas décadas del siglo pasado, la mayoría de los países latinoamericanos fueron el escenario de sangrientos enfrentamientos entre diversos sectores políticos y sociales; en algunos casos —Colombia es el ejemplo— esta situación de conflicto perdura hasta nuestros días. Los conflictos tuvieron como protagonistas tanto a grupos al margen de la ley (agrupaciones guerrilleras de diverso tipo, escuadrones de la muerte, grupos de autodefensa o paramilitares) como al mismo Estado. El mantenimiento del orden, la defensa de la seguridad nacional y, a veces, la protección de ciertos valores occidentales y cristianos fueron los motivos usualmente alegados por las autoridades estatales —en general, aunque no exclusivamente, por dictaduras militares— para justificar su participación en tales episodios. Guiados ideológicamente por la doctrina de la seguridad nacional, varios Estados de América Latina dieron inicio así a una lucha contra la subversión que degeneró en cruentas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos: detenciones arbitrarias, torturas, asesinatos extrajudiciales, desaparición de personas fueron moneda corriente del actuar estatal y signos evidentes de una política de lucha frontal contra el opositor político. Fue dicha criminalidad de Estado la que marcó especialmente el pasado reciente de gran parte de los países de la región. Luego de la terminación del conflicto (restablecimiento de la democracia, finalización de la guerra) o, a veces, ya en medio de la situación de conflicto, los Estados de América Latina han puesto en práctica diversos mecanismos o políticas para superar, elaborar o hacer frente a los complejos escenarios de violaciones sistemáticas a los derechos humanos que habían vivido; muchos de esos mecanismos continúan hoy siendo aplicados.

Los estudios sobre la justicia de transición en la experiencia latinoamericana contenidos en esta investigación confirman, ante todo, una observación ya clásica: más allá de ciertas coincidencias, cada experiencia de transición es diferente de las demás.¹ Ello se debe a que diversos factores, tales como la magnitud y la naturaleza del conflicto, la conformación social y cultural de la sociedad y especialmente la relación de fuerzas entre facciones políticas, sociales y/o militares antagonistas existente en un momento dado, condicionan la elección de los mecanismos concretos de un proceso de transición. De estos factores dependerá qué medidas podrá poner en práctica un Estado, qué características concretas podrán tener tales medidas y en qué momento podrán ser adoptadas. Si el régimen o los sectores sociales o políticos que han estado involucrados en las violaciones a los derechos humanos conservan una amplia cuota del poder político o

¹ Cf. tan solo Kai Ambos: *El marco jurídico de la transición*, trad. de Ezequiel Malarino, Bogotá: Temis, 2008, p. 22, y la bibliografía allí citada (en nota 46). Trabajo también publicado en este volumen.

EZEQUIEL MALARINO

militar, entonces la elaboración del conflicto a través del derecho penal será problemática o incluso imposible; en estos casos, el precio de la paz será a menudo la renuncia a la persecución penal. Si, en cambio, los sectores o grupos que han producido las violaciones a los derechos humanos han perdido toda cuota de poder, entonces quien diseñe la política de transición (generalmente, el nuevo gobierno) tendrá un margen mucho mayor para elegir qué medidas pondrá en práctica para afrontar el pasado, incluyendo naturalmente la persecución penal de los autores de delitos.²

Esta sujeción de la política de transición a la realidad política concreta —también al contexto social y cultural— no solo hace que el repertorio de las medidas utilizadas y la configuración concreta de ellas varíe en cada experiencia de transición y también en cada momento o etapa que atraviesa un proceso de transición, sino que dificulta también la obtención de conclusiones generales confiables sobre la transición en un sector geopolítico tan vasto y disímil como América Latina. Tales conclusiones globales solo pueden obtenerse al costo de enormes simplificaciones, lo que, en definitiva, pone en duda su utilidad; de otro modo: es posible extraer conclusiones globales a partir de generalizaciones de los diferentes procesos de transición, pero tales conclusiones, al prescindir necesariamente de muchos datos de la realidad concreta (factores particulares que incidieron, en cada experiencia, en la adopción de una medida determinada), no darán más que una imagen superficial y, en ciertos casos, distorsionada del problema. La correcta valoración de una medida determinada deberá tener en cuenta las circunstancias particulares y el contexto global en que fue adoptada, y ello solo es posible en el marco de un análisis pormenorizado de un proceso de transición concreto. Tal análisis particular ha sido efectuado en cada uno de los informes nacionales que conforman esta investigación.

Por lo dicho, no describiré aquí de manera general cómo ha sido la transición en América Latina, porque tal grado de generalización no aportaría ningún provecho a la discusión sobre justicia de transición, ni tampoco expondré de manera resumida cómo

² Baste aquí recordar algunos claros ejemplos de la experiencia latinoamericana. En Chile, durante los primeros años de democracia, fue imposible siquiera pensar en la responsabilidad penal de los antiguos gobernantes; tal era el poder del viejo régimen que el antiguo dictador conservó por varios años el mando supremo de las fuerzas armadas y un cargo político de importancia (senador vitalicio), y los sectores que habían apoyado su dictadura conservaron un amplísimo poder político en la legislatura. Solo en épocas recientes, cuando esa cuota de poder de los antiguos gobernantes *de facto* comenzó a resquebrajarse, han comenzado a tener éxito en amplia medida los cuestionamientos judiciales del decreto-ley 2198, de autoamnistía. La transición argentina muestra otro clarísimo ejemplo de las vicisitudes que rodearon a la persecución penal debido a la diferente conformación de las relaciones de poder en cada momento histórico: se pasó de una etapa de persecución penal (juicios a los ex comandantes, etcétera) a una de impunidad (leyes de Punto Final y Obediencia debida, indultos) para retornar luego a la persecución penal (nulidad de amnistías e indultos).

ha sido cada una de las experiencias particulares en la región, pues con ello no haría más que repetir información expuesta con mucha mayor precisión en los informes nacionales. Aquí tan solo enunciaré brevemente cuáles son los principales aportes que la experiencia latinoamericana ha hecho a la discusión sobre justicia de transición y analizaré luego con más detalle alguno de estos aspectos. Creo que en dos grandes temas la experiencia latinoamericana ha enriquecido particularmente las discusiones sobre justicia de transición. Por un lado, en lo que se refiere a la verdad como reparación a las víctimas y como base para la reconciliación y la consolidación de la nueva sociedad. Por el otro, en lo que atañe al rol del derecho penal como herramienta de superación del pasado, esto es, a la cuestión de la tensión, siempre presente en los procesos de transición, entre justicia y paz, que se refleja en la contraposición entre el reclamo por la persecución penal de los crímenes y la necesidad en ciertos casos de conceder amnistías.

2. Es indudable que la experiencia latinoamericana ha aportado mucho a la discusión sobre el rol de la verdad en los procesos de transición; ella ha contribuido tanto a la consolidación de un derecho a la verdad como a la de los mecanismos institucionales para poder ejercerlo.

El derecho a la verdad, enunciado ya en los artículos 32 y 33 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949,³ se ha consolidado y desarrollado principalmente en la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y de ahí ha pasado a la jurisprudencia de los Estados latinoamericanos. Ya en sus primeras decisiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) se había referido al derecho que asiste a los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido, específicamente a saber cuál es el destino de la persona desaparecida y, en su caso, dónde se encuentran los restos.⁴ En decisiones posteriores, la CorteIDH reconoció explícitamente el derecho a la verdad como un derecho de la víctima y a la verdad como un componente necesario de la reparación. Básicamente, la CorteIDH entiende el derecho a la verdad como el derecho al esclarecimiento de los hechos violatorios y de las responsabilidades correspondientes;⁵ sobre todo en las deci-

³ El artículo 32 prevé “el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”. El artículo 33 obliga a los Estados partes a buscar a “las personas cuya desaparición haya señalado una parte adversa” (apartado 1).

⁴ Cf., entre otros, CorteIDH, *Velásquez Rodríguez contra Guatemala*, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, parágrafo 181; CorteIDH, *Godínez Cruz contra Guatemala*, sentencia del 20 de enero de 1989, serie C, n.º 5, parágrafo 191.

⁵ Cf., CorteIDH, *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, n.º 70, parágrafo 201; CorteIDH, *Barrios Altos contra Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75,

EZEQUIEL MALARINO

siones más recientes se advierte una estrecha vinculación entre este derecho y el derecho a la justicia de las víctimas, en el sentido de que habría una “obligación del Estado de lograr la verdad *a través de procesos judiciales*”.⁶ La Comisión Interamericana de Derechos humanos (ComIDH), por su parte, ha reconocido el derecho a la verdad como un derecho individual de la víctima, pero también como un derecho colectivo de la sociedad. En palabras de la ComIDH, el derecho a la verdad es un “derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez 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”.⁷ El derecho a la verdad también ha sido reconocido en diversas decisiones de tribunales de países latinoamericanos.⁸

La experiencia latinoamericana proporciona también varios ejemplos de mecanismos para ejercitar este derecho a la verdad. Ante todo, América Latina ha tenido una larga experiencia en cuanto a comisiones de la verdad. Inició este camino la Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos Forzados establecida en Bolivia en 1982, la cual, si bien fue disuelta antes de emitir su informe, sirvió de antecedente para la creación de organis-

parágrafo 48; CortelDH, *Carpio Nicolle y otros contra Guatemala*, sentencia del 22 de noviembre de 2004, serie C, n.º 117, parágrafo 128; CortelDH, *Comunidad Moiwana contra Suriname*, sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, n.º 124, párrafos 203 s; CortelDH, *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, serie C, n.º 134, parágrafo 297; CortelDH, *Gómez-Palomino contra Perú*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 136, párrafos 76 s; CortelDH, *Blanco-Romero et al. contra Venezuela*, sentencia del 28 de noviembre de 2005, serie C, n.º 138, párrafos 95 s; CortelDH, *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, n.º 140, párrafos 219, 266; CortelDH, *Baldeón-García contra Perú*, sentencia del 6 de abril de 2006, serie C, n.º 147, parágrafo 196; CortelDH, *Masacre de Ituango contra Colombia*, sentencia del 1 de julio de 2006, serie C, parágrafo 399; CortelDH, *Ximenes-Lopes contra Brasil*, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, n.º 149, parágrafo 245; CortelDH, *Servellón-García et al. contra Honduras*, sentencia del 21 de septiembre de 2006, serie C, n.º 152, parágrafo 193; CortelDH, *Almonacid-Arellano et al. contra Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párrafos 148 s; CortelDH, *Penal Miguel Castro-Castro contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160, parágrafo 440.

⁶ Cf. CortelDH, *Almonacid-Arellano et al. contra Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C n.º 154, parágrafo 150.

⁷ Cf., entre muchos otros, el informe 136/99 de 22 de diciembre de 1999 en el caso *Ignacio Ellacuría et al.*, parágrafo 224.

⁸ Véase especialmente la sentencia de la Corte Constitucional peruana en el caso *Villegas Namuche*, del 9 de diciembre de 2004, expediente 2488-2002-HC/TC, donde se reconoció una dimensión individual y otra colectiva del derecho a la verdad (parágrafo 9). Cf. también las sentencias de la Corte Suprema argentina en los casos *Urteaga*, del 15 de octubre de 1998 (derecho a la verdad por medio de la acción de habeas data), y *Hagelin*, del 8 de septiembre de 2003 (derecho a la verdad en el proceso penal). Véanse también las sentencias de la Corte Constitucional colombiana C-578/02, de 30 de julio de 2002, y C-580/02, de 31 de julio de 2002, y también T-249/03, del 21 de marzo de 2003. Sobre algunas de estas decisiones hay un pequeño resumen en Ezequiel Malarino, “Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Conclusiones y consideraciones críticas”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 421-448.

mos similares en otros países de la región. La comisión que adquirió mayor notoriedad en Latinoamérica y fuera de ella fue seguramente la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), creada en Argentina a finales de 1983 con el objetivo específico de averiguar el destino de las personas desaparecidas. Esta comisión ganó notoriedad por ser la primera en la región que culminó su tarea con la emisión de un informe, cuyo título hoy se ha convertido en un lema más allá de las fronteras argentinas y latinoamericanas: *Nunca más*. A partir de entonces casi todos los países han contado con entidades oficiales similares encargadas de la búsqueda de la verdad, aunque con ciertas diferencias en cuanto a naturaleza, composición, funciones y atribuciones.⁹

Además de las comisiones de la verdad, la experiencia latinoamericana nos proporciona otros ejemplos de mecanismos o instancias para ejercer este derecho, que aquí me limitaré tan solo a enunciar. Así, el derecho a la verdad ha sido exigido en el curso de un procedimiento penal normal,¹⁰ a través de instrumentos encaminados a obtener información del Estado, como la acción de *hábeas data*,¹¹ o bien a través de los llamados *juicios de la verdad*, esto es, procedimientos ante tribunales penales con la única finalidad de investigar los hechos y sin aplicación de sanciones penales. Estos juicios tuvieron lugar en Argentina y fueron la consecuencia de un acuerdo de solución amistosa entre la ComIDH y el Estado argentino —plasmado en el informe 21/00 de la ComIDH—;¹² este acuerdo tuvo lugar en un momento en que la persecución penal estaba impedida por las llamadas *leyes de amnistía*.

3. El segundo punto en el que la experiencia latinoamericana ha aportado a la discusión sobre justicia de transición se refiere, como hemos anticipado, al rol del derecho penal como herramienta de superación del pasado. Las reflexiones sobre cómo encarar la tensión entre justicia y paz y, en particular, cómo resolver la contraposición entre un derecho a la justicia concebido cada vez más de manera absoluta y la necesidad

⁹ Sobre las diferentes comisiones de la verdad véase cada uno de los informes nacionales contenidos en este libro. Es preciso destacar aquí que muchas de esas comisiones han tenido un rol importante en la reparación de las víctimas.

¹⁰ Esto ha sido señalado en varias decisiones nacionales y también por la CortelDH en su decisión en el caso *Almonacid-Arellano* (véase la cita en la nota 6). Para una convincente crítica del proceso penal como lugar adecuado para averiguar la verdad y en general para una crítica al llamado *derecho a la verdad*, cf. Daniel Pastor, “¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, en Pablo Eiroa y Juan Manuel Otero (comps.): *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires: Fabián Di Plácido, 2008, pp. 325 ss.

¹¹ Este fue el medio que la Corte Suprema argentina en un primer momento había reconocido para hacer valer el derecho a la verdad (caso *Urteaga*, sentencia del 15 de octubre de 1998).

¹² ComIDH, Informe n.º 21/00, caso 12.059, *Carmen Aguiar de Lapacó*, Argentina, 29 de febrero de 2000.

EZEQUIEL MALARINO

de prescindir de la persecución penal (amnistías, etcétera) o de garantizar reducciones considerables de pena (derecho penal premial) en ciertos casos han rodeado todas las experiencias de transición latinoamericanas y en los últimos tiempos han adquirido un particular fervor. Dos acontecimientos importantes han llevado a primer plano este tipo de discusiones. El primero fue la aparición, el 14 de marzo de 2001, de la sentencia de la CorteIDH en el caso *Barrios Altos contra Perú*, que declaró sin efectos jurídicos dos leyes de amnistía peruanas y sentó la doctrina de los límites absolutos a la facultad de amnistiar con base en la gravedad de los crímenes.¹³ Aunque algunos tribunales nacionales latinoamericanos ya se habían ocupado de la cuestión de la validez de las leyes de amnistía referidas a crímenes internacionales o a crímenes graves,¹⁴ fue a partir de la decisión del tribunal interamericano que la tesis de la prohibición absoluta de amnistiar ciertos crímenes graves se abrió paso en la jurisprudencia de algunos países.¹⁵ El segundo acontecimiento importante que revitalizó la discusión sobre la tensión entre justicia y paz en los procesos de transición fue la entrada en vigor de la ley 975 de 2005 en Colombia. Esta ley introdujo una solución de derecho penal atenuado, que premia con una reducción considerable de pena a los implicados en violaciones de derechos humanos a cambio de colaboración en la reconstrucción de los hechos, reparación a las víctimas, desarme y desmovilización. La *doctrina Barrios Altos* y la ley 975 han respondido de manera diversa a la cuestión de cómo solucionar la tensión entre justicia y paz. La primera prioriza el derecho a la justicia y con ello sitúa al derecho penal como herramienta insustituible de la transición; la segunda acepta renunciar parcialmente al derecho penal. Especialmente sobre estas cuestiones, centrales en todo proceso de transición, quiero efectuar algunas consideraciones un poco más detalladas. A ello dedicaré las páginas siguientes.

4. La fuerte dependencia de la transición respecto a la realidad política, de la que hablamos al comienzo de este trabajo, permite una observación que es la causa de la afirmación inicial de que cada experiencia de transición es diferente de las demás: *una*

¹³ Cf. *Barrios Altos contra Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, parágrafos 41 ss. Esta jurisprudencia ha sido reiterada por la CorteIDH en numerosas ocasiones; cf. tan solo *Almonacid-Arellano et al. contra Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, parágrafos 119 s.

¹⁴ Cf. el auto de apertura de instrucción de 18 de abril de 1995 emitido por la jueza Antonia Saquicuray a cargo del 16.º Juzgado Penal de Lima; la decisión del 6 de marzo de 2001 del juez Gabriel Cavallo a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal n.º 4, secretaria 7 de Buenos Aires en el caso *Simón*, y la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de septiembre de 1994 en el caso *Uribe Tambley y van Jurick Altamirano* (imputado Romo Mena).

¹⁵ Cf., entre muchas otras, la sentencia de la Corte Suprema argentina del 14 de junio de 2005 en el caso *Simón* y la decisión del Tribunal Constitucional peruano del 29 de noviembre de 2005 en el caso *Barrios Altos*.

transición se hace más como se puede que como se quiere. En otras palabras, un proceso de transición trata de atender a las *necesidades* en el marco de las *posibilidades*. Y esto es así porque un proceso de transición, si quiere lograr su objetivo y tener éxito, no debe arriesgar lo que ha ganado (transición posconflicto) o ganaría (transición durante el conflicto) con la salida del régimen autoritario (transición a la democracia) o la finalización de la guerra (transición a la paz). En efecto, si el fin primario de la transición es superar la situación de conflicto, esto es, pasar del autoritarismo a la democracia o bien de la guerra a la paz, entonces las posibilidades de acción de la política de transición deberán estar siempre limitadas a las medidas que no arriesguen ese objetivo. De ahí que toda medida que ponga en peligro ese objetivo —básicamente, la paz nuevamente conquistada o que busca conquistarse— deba considerarse fuera del marco de una verdadera política de transición.¹⁶ Esta debe ser una regla de oro de todo proceso de transición.

Con esto ya se dice mucho acerca de cómo deberían decidirse los conflictos entre *justicia y paz* en el marco de una transición que realmente quiera ser tal. Puedo resumir la idea con la siguiente fórmula: *tanta justicia como paz lo permita*, o bien, solo puede haber persecución penal si ello no pone en juego la paz, finalidad básica de la transición y, aún más, condición indispensable para el desarrollo de cualquier forma elemental de convivencia social y por ello también para la misma existencia de un Estado de derecho. De ahí que en la clásica disputa existente en el ámbito de la justicia de transición entre *retribucionistas* (que miran hacia atrás) y *pragmatistas* (que miran hacia adelante), o bien entre un modo *idealista* (todo aquel que cometió un delito debe ser castigado) y otro *político* (habrá castigo solo si con ello no se compromete la transición) de encarar el problema,¹⁷ me ubique del lado de los últimos. Prefiero la paz a la pena y al derecho penal. Seguramente el calificativo de *político* —utilizado, a veces, desde el lado de sus contrincentes de manera peyorativa— no suene al oído del jurista tan bien como el de *idealista*, pues, una vez que un delito se ha cometido, los juristas queremos ver a la política lejos del derecho penal. Sin embargo, esta pretensión, compatible en las situaciones de normalidad, deja de ser convincente en situaciones límite en las cuales la punición —o su intento— pondría en riesgo la paz —y con ello la vida de los ciudadanos—, y es por ello

¹⁶ Ya lingüísticamente *transición* significa “acción y efecto de pasar de un modo de ser o estar a otro distinto” (*Diccionario de la Real Academia Española*, 22.º ed., voz *transición*, primera acepción). La política que obstaculiza este *pasar* no busca primariamente, entonces, la *transición* a la paz o a la democracia, sino, más bien, otros objetivos.

¹⁷ Esta misma contraposición a veces es presentada como *pragmatismo* contra *fundamentalismo* (cf. Iván Orozco Abad: “Sobre el castigo y el perdón”, en Jon Elster et al.: *Seminario internacional Justicia transicional en la resolución de conflictos y secuestro. Memorias*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Vicepresidencia de la República, 2007, p. 97).

EZEQUIEL MALARINO

que el derecho ha ideado ciertos institutos, como las amnistías, para estas situaciones excepcionales. Para evitar cualquier tipo de confusión, en esto debemos ser bien claros: de lo que se trata es de la alternativa entre el bien paz y el bien punición, *cuando no se pueden conseguir ambos a la vez*. Cuando, en cambio, es posible el castigo del culpable sin comprometer la paz, entonces no hay conflicto entre justicia y paz, y quien cometió un hecho punible debe ser castigado. Con riesgo para la paz, por otra parte, no me refiero a un individuo rebelde o grupo de individuos que amenazan con producir lesiones a bienes jurídicos si se quiere iniciar contra ellos una acción penal, sino a situaciones en las que está en juego la convivencia pacífica de la sociedad en un sentido amplio, situaciones que importan el riesgo a una guerra abierta o el retorno de un Estado criminal. Por eso, en este contexto lo que se menciona como idealismo no es otra cosa que un *idealismo por la pena al costo de la paz*. Un idealismo así ya no suena tan convincente y a él puede oponerse otro mucho más defendible: un *idealismo por la paz al costo de la punición*.¹⁸

Vistas las cosas de este modo, solo un panpenalismo desenfrenado e hipócrita puede crear y creer en un eslogan, refutado por la experiencia, que dice *no peace without justice*. ¿O es que en España, Italia y muchos otros países que cerraron las puertas a la justicia penal luego de crímenes estatales gravísimos no reina la paz y no se respira democracia? O bien ¿es que el déficit de democraticidad que en ellos pudiera haber, si es que lo hay, se debe a esta ausencia de punición? ¿Es que la ejecución por ahorcamiento de Jodl, Kaltenbrunner, Keitel, von Ribbentrop, Streicher y otros tantos más contribuyó a la democracia alemana de modo que habría que esperar que el ahorcamiento de Hussein contribuya a la paz y a la democracia en Irak? ¿Fue efectivamente el castigo de los jefes nazis y nipones lo que llevó la democracia a esos países?, ¿o lo fue más bien el colapso de esos estados criminales, la vergüenza colectiva por lo sucedido y el enorme bienestar económico que esos países, no sin notable ayuda externa, lograron a partir de esa época?

La consolidación de la paz y de la democracia tiene mucho menos que ver con el derecho penal de lo que habitualmente se cree. Es ingenuo ver en el derecho penal un *sanalotodo*¹⁹ de los problemas sociales. La consecución de la paz, la reconciliación

¹⁸ Por ello, no debemos dejarnos confundir por las etiquetas. Los calificativos con los que se mencionan las posiciones contrapuestas analizadas, por sí solos, no dicen mucho. Podrán sonar mal o bien, peor o mejor, ser más o menos persuasivos, pero en definitiva son conceptos vacíos. Esto lo demuestra el hecho de que la misma posición es señalada a veces como *idealista* —con una clara connotación positiva— y otras como *fundamentalista* —con connotación negativa— (véase la distinción de Orozco Abad en la nota anterior). Lo que hay que tener siempre en claro para no caer en un engaño de etiquetas es a qué se refiere el idealismo o el fundamentalismo, o qué valor está detrás de la visión pragmatista o política. El resto es pura retórica.

¹⁹ La frase es de Daniel R. Pastor: *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006, p. 75.

social y la democracia deben buscarse principalmente en otros sectores. Son más bien ciertas condiciones económicas, sociales y culturales lo que hace que estos valores sean deseados, aceptados y respetados. El derecho penal solo *contribuye* en una medida mínima —y solo ante el fracaso de otras medidas prioritarias— a garantizar la paz social a través de predisponer una reacción ante la lesión de valores elementales de convivencia, y, en este sentido, solo de manera secundaria contribuye a la obtención de esos fines. En otras palabras, el derecho penal coadyuva a la conservación de la paz, de la convivencia social pacífica, pero él es tan solo un instrumento subsidiario y de segundo orden para el logro de este objetivo. Pero aun quien le asigne a la pena una función principalísima en la obtención de este objetivo no debería confiar más en sus bondades cuando su aplicación, en lugar de asegurar la vida social pacífica, la pone en juego y con ello pone en juego la razón primaria del derecho penal. Por ello, es posible sostener que, siempre que la utilización del derecho penal frustre la finalidad básica que él está llamado a cumplir, entonces ya no está justificado.²⁰ ¿Sigue teniendo sentido el recurso al derecho penal cuando contribuye a una quiebra de la paz en lugar de a su conservación o consolidación? Muchas veces, mal que nos pese, valdrá el eslogan opuesto al antes mencionado: *no peace with justice*.

Sin embargo, existe un argumento bastante usual a favor de no ceder un ápice en exigencias de justicia. Se dice que el castigo ineludible de los responsables de los crímenes actuales tendría un efecto disuasivo sobre futuros dictadores: al saber estos lo que les espera, se abstendrían de comportamientos criminales.²¹ Pero este argumento presenta serios problemas. Desde un plano estrictamente moral no parece convincente arriesgar la vida e incolumidad física de los habitantes de una región para advertir a futuros y eventuales dictadores lo que les sucederá si emprenden el camino del delito. Esto equivaldría a proteger a personas frente a daños futuros eventuales al costo de exponer a otras a daños actuales ciertos. Pero además, como todo argumento basado en la disuasión, tiene el problema de que es difícil conocer con certeza en qué medida la condena de delincuentes ayudará a frenar a otros del delito. Creer que un dictador no dará un golpe de Estado o no luchará contra los opositores políticos a los cuales normalmente considera

²⁰ Ezequiel Malarino: "Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani. Un'analisi della sentenza della Corte Suprema della Nazione del 14 giugno 2005 nel caso Simón", en Gabriele Fornasari y Emanuela Fronza (dirs.): *Il superamento del passato e il superamento del presente: l'esperienza argentina e colombiana a confronto* (en curso de publicación), § 2, punto XV.

²¹ Cf. Ambos: *El marco jurídico...*, op. cit., p. 36, y la bibliografía allí citada (en nota 80). También, pero desde un punto de vista crítico, James Fearon: "Comentarios acerca del problema del antes y el después en la justicia transicional", en Jon Elster et al., *Seminario internacional...*, op. cit., p. 136.

EZEQUIEL MALARINO

como los causantes de los males de la Tierra por la existencia de un deber de perseguir y sancionar absoluto es confiar demasiado en los efectos disuasivos de la pena.²² Es una visión muy optimista creer que quien lleva las riendas de una dictadura criminal cuando está en el apogeo de su poder y goza normalmente de una situación de impunidad se dejará amedrentar por una posible pena futura. Pero si este dictador ya ha cometido los crímenes, la imposibilidad de pactar una salida del poder sin consecuencias penales para él y su grupo lo llevará normalmente a derramar hasta la última gota de sangre para no ceder ese poder que le asegura la libertad. Un deber de punición a ultranza puede provocar en muchas ocasiones, como correctamente fue advertido, el efecto contrario al buscado.²³

La fórmula antes señalada de *tanta justicia como paz lo permita* tiene en cuenta que en determinadas situaciones es preferible renunciar al derecho penal en pos del interés superior de la paz. Por ello, la finalidad esencial y primaria del proceso de transición es la de obtener y conservar la paz (poner fin a una guerra o a un estado criminal; evitar la reanudación de la guerra o el retorno del estado criminal). Esta paz, definida negativamente como situación de *no guerra* o de *no violaciones sistemáticas a los derechos humanos*, es el primer pilar que debe sostener un proceso de transición y debe ser un pilar lo más resistente posible —aunque en un comienzo por lo general será débil y precario—, pues de él dependerá toda la suerte de la transición. Los restantes objetivos del proceso de transición son secundarios respecto de la obtención de la paz, en el sentido de que solo pueden lograrse si esta está garantizada. La reconciliación social, a través de la reanudación de las relaciones y la consolidación de los vínculos entre los sectores sociales en conflicto y del cierre de las heridas sociales, es otro objetivo importantísimo de un proceso de transición, pero solo puede ser logrado en una sociedad que vive en paz. Lo mismo debe predicarse de la consolidación de las instituciones democráticas y de la vigencia plena de un Estado de derecho.

²² Véase la objeción usual en contra de prevención general negativa tan solo en Günter Stratenwerth: *Derecho penal, parte general I, El hecho punible*, 4.ª ed., traducción de Manuel Cancio Melia y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 42.

²³ Friedrich Dencker, "Crímenes de lesa humanidad y derecho penal internacional. Observaciones críticas", en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 636 s. Por tal razón, si la Corte Penal Internacional (CPI) no respetara una amnistía que ha sido el fruto de las negociaciones de las partes para poner fin a un conflicto sangriento, ello probablemente traería más perjuicios que beneficios para la comunidad internacional, pues los dictadores ya no confiarán más en que la palabra dada en una mesa de negociaciones será respetada y preferirán luchar hasta el fin que sentarse a negociar. Indudablemente, una posición de este tipo por parte de la CPI desconocería que el objetivo básico de la comunidad internacional es el mantenimiento de la paz, tal como lo expresan el preámbulo y el artículo 1 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas.

De este modo, en la afirmación —bastante recurrente en el contexto de la justicia de transición— de que hay situaciones en las que “la persecución penal puede prometer más para facilitar la reconciliación y la construcción nacional, y hasta puede ser un prerrequisito para la verdadera reconciliación”,²⁴ debería estar presupuesto que esa persecución penal no daña la paz, pues sin ella no es posible ningún tipo de reconciliación. Es cierto que una paz sostenible solo es posible si hay reconciliación, pero también lo es que solo puede haber reconciliación si hay paz, al menos, paz entendida como ausencia de agresión. Esto pone en claro que el primer objetivo que debe buscar un proceso de transición, como ya he señalado, es la consecución de una situación de paz, para luego, a partir de allí, buscar la reconciliación social y lograr de ese modo que esa paz en principio precaria se vuelva duradera. Es precisamente sobre esta situación de paz que podrán asentarse todas las restantes medidas del proceso de transición y solo sobre ella podrá comenzar a construirse, como ya he anticipado, un Estado de derecho.

Estos son los motivos por los cuales estimo, en contra de una opinión muy difundida, que no puede haber un equilibrio o compromiso entre justicia y paz. Sostener que en un proceso de transición es “crucial encontrar el justo equilibrio entre los valores contrapuestos de paz y justicia”²⁵ significa, por un lado, reconocer que las pretensiones de justicia puedan ceder a las de paz (para obtenerla o conservarla), pero, por el otro, también que las pretensiones de paz puedan hacerlo en nombre de la justicia. En la idea del equilibrio, el compromiso, la transacción o la ponderación entre justicia y paz está implícita, lógicamente, una posibilidad de renuncia a la paz. Tal idea acepta entonces que en determinadas situaciones pueda ser preferible la sanción de los responsables de delitos a la evitación de una situación de guerra o del retorno de un estado criminal. Y esto es algo que ningún Estado de derecho debería permitir; aún más: es algo que ningún Estado de derecho podría permitir si no quiere poner en juego la base sobre la cual asienta su existencia.

Por ello, el fin de un proceso de transición no debe ser la búsqueda de un *equilibrio* entre justicia y paz. Entre estos dos valores no debería haber una negociación (*trade off*) en el sentido de que se debe renunciar parcialmente a cada uno de ellos para

²⁴ Ambos: *El marco jurídico...*, op. cit., pp. 16 s (notas omitidas), con cita de la opinión en el mismo sentido de Darryl Robinson: “Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court”, en *EJIL*, vol. 14, n.º 481, 2003, p. 489; Héctor Olásolo: “The prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: A quasi-judicial or a political body?”, en *ICLR*, vol. 3, n.º 87, 2003, p. 139, y Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon: “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en A. Rettberg (ed.): *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*, Bogotá: Uniandes, 2005, pp. 211, 224, 229.

²⁵ Ambos: *El marco jurídico...*, op. cit., pp. 22 s y pp. 75 ss.

EZEQUIEL MALARINO

encontrar el justo medio. Esta imagen *mercantilista*, usual en las discusiones de justicia de transición, es extremadamente peligrosa, pues acepta quiebras de la paz para lograr la punición; para ponerlo de modo brutal: *justifica muertes para obtener castigo*. Es indudable que un proceso de transición presupone una *tensión* entre justicia y paz, pero la solución de esta tensión no puede resolverse por medio de una ponderación. La paz es siempre un interés prioritario frente a la persecución y punición de hechos ilícitos, pues la conservación de una situación de paz es la finalidad básica de cualquier forma de asociación política entre ciudadanos y el presupuesto de la convivencia entre seres humanos. Lo que sí, en cambio, deben evaluar las autoridades estatales con la mayor prudencia es si efectivamente la realización de juicios penales contra los responsables de hechos ilícitos pondría en riesgo la paz o si, dado el caso, la paz podría garantizarse sin una renuncia total a la persecución penal. Brevemente: lo único que se puede *transar* y negociar es la justicia. La situación ideal será entonces *paz y justicia*; la situación menos conveniente, en cambio, *paz sin justicia*; entre estos polos podrán darse diversas combinaciones de *paz y algo de justicia* (derecho penal de premios, derecho penal selectivo, exenciones de responsabilidad parciales, etcétera).

Para la protección del bien supremo de la paz, los ordenamientos jurídicos disponen de instrumentos que permiten, en situaciones especiales y extremas, renunciar a la pena o al proceso penal. La amnistía es el caso paradigmático de este tipo de instrumentos. Ella opera, básicamente, en situaciones límite de anormalidad en las cuales la propia supervivencia del Estado de derecho está comprometida, y por ello bien puede ser concebida como una *cláusula de supervivencia* del Estado.²⁶ Aunque es un instrumento que pone en evidencia que el Estado no puede hacer lo que debe o puede hacerlo solo con

²⁶ En situaciones normales el Estado debe perseguir los delitos, y por ello sí podrían existir reglas que excluyeran de la amnistía delitos comunes tales como el homicidio, el robo, etcétera, porque ellos no representan riesgo alguno para la paz social en el sentido amplio al que se ha hecho referencia arriba en el texto. Un Estado no parece porque existan ladrones o asesinos. Si no están dadas las condiciones excepcionales para el dictado de una amnistía, entonces el Estado no tiene ninguna necesidad de ceder en la persecución de los delitos. Es claro que me estoy refiriendo únicamente a una amnistía cuyo fin sea la obtención o conservación de la paz. No me ocuparé aquí de amnistías concedidas para el logro de otros fines, como, por ejemplo, las amnistías previstas para descargar la administración de justicia o bien aquellas concedidas por razones económicas, como fue la llamada *amnistía impositiva* alemana del 1 de junio de 1933 a favor del evasor que contribuía económicamente —con un monto al menos igual a la mitad del importe evadido— a un fondo destinado a luchar contra la desocupación, o bien la *amnistía por delitos monetarios o de divisas* del 15 de diciembre de 1936 concedida al infractor de normas penales sobre divisas con la condición de que repatriara valores conservados en el exterior o depositara en el Banco del Imperio valores escondidos —en negro— en territorio alemán. Sobre este tipo de amnistías y otros más, puede verse un resumen en Klaus Marxen: *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1984, pp. 11 ss.

costos altísimos, la amnistía es una herramienta valiosísima para un Estado de derecho, pues protege la condición sin la cual este no sería posible.

En los últimos tiempos, sin embargo, son cada vez más las voces a favor de establecer límites a la posibilidad de amnistiar crímenes graves y en general a favor de establecer reglas jurídicas estrictas para la transición que limiten la discreción de los negociadores.²⁷ En mi opinión, este objetivo no tiene grandes posibilidades de éxito y en ciertos casos puede ser incluso contraproducente. Por más bienintencionado que sea el tratar de establecer reglas jurídicas preestablecidas, incluso estándares internacionales, acerca de cómo debe ser una transición o bien qué medidas pueden emplearse y con qué presupuestos, condiciones o requisitos, en definitiva tales reglas serán seguidas solo allí donde la relación de fuerzas entre el viejo sistema y el nuevo, entre quienes serán objeto de las medidas de la transición y quienes las diseñan, lo permita. Establecer que una amnistía solo será válida si se otorga *a la sudafricana*, en el marco de una comisión de la verdad que analice caso por caso la petición de amnistía y evalúe la colaboración de la persona a la reconstrucción de los hechos, puede ser, a lo sumo, una propuesta interesante, pero nada asegura que tenga posibilidades de éxito en el caso concreto. Menos posibilidades de ser implementada en una situación de conflicto tendrá una regla que establezca límites absolutos e infranqueables a la facultad de amnistiar crímenes graves, como la afirmada por la CorteIDH en el caso *Barrios Altos* y saludada desde varios sectores. La afirmación de un deber de investigar a ultranza y una prohibición absoluta de amnistías puede no ocasionar problemas políticos —jurídicos muchas veces sí, cuando esta afirmación viene a justificar la quiebra de principios constitucionales superiores— en situaciones en las que el conflicto quedó atrás y quienes cometieron crímenes gravísimos perdieron el poder. Pero, ¿quién estaría dispuesto a afirmar que deba aplicarse a rajatabla la doctrina *Barrios Altos* cuando militares golpistas que poseen el control sobre las fuerzas armadas están apuntando sus tanques a los centros urbanos y dispuestos a avanzar hasta derrocar al gobierno constitucional e incluso a abrir fuego contra la población civil si no consiguen garantías de impunidad por crímenes pasados? En una situación así, solo un mártir principista (porque no cede al principio retribucionista de *a cada cual lo que se merece*) e irresponsable (porque haciéndolo pone en riesgo a la sociedad) seguirá estos *estándares internacionales* preestablecidos. En la situación concreta tales estándares no serán cumplidos (porque nadie, por fortuna, querrá asumir el papel del mártir principista) o serán

²⁷ Cf. el informe del secretario general de la ONU sobre *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary-General, S/2004/616*, 23 de agosto de 2004, párrafos 9 ss. Este objetivo es perseguido por Ambos: *El marco jurídico...*, op. cit., pp. 25 s.

EZEQUIEL MALARINO

contraproducentes (porque el mártir existió y puso en riesgo a la sociedad, o porque el dictador alargó su dictadura por temor a dicho mártir principista o a la comunidad internacional —por ejemplo, si la CPI se vuelca por el idealismo retribucionista—). Tales límites absolutos al dictado de amnistías solo tendrán éxito —con *éxito* me refiero solo a que no comprometen la paz— si son utilizados de manera atemporal, esto es, si se los aplica, como en la sentencia *Simón* de la Corte Suprema argentina, para anular una amnistía en un momento en que la situación crítica de conflicto ya no existe. Aquí el problema no es político (no hay ya riesgo de reanudación de la guerra o de retorno del Estado criminal), sino en muchas ocasiones jurídico, pues el derribamiento de amnistías puede implicar como costo la lesión de principios básicos del orden constitucional.²⁸ Pero durante la situación de conflicto tales límites, o bien serán inútiles (porque no serán respetados), o bien contraproducentes (porque el dictador tratará de hacer todo lo posible para no dejar el poder o bien para recuperarlo apenas note que el nuevo gobierno pretende iniciar un procedimiento penal).

Solo las circunstancias de cada caso concreto y las relaciones de poder que existen en una sociedad en un momento histórico dado podrán determinar si se debe renunciar a la justicia, a cuánto de justicia y bajo qué condiciones para conservar la paz. Por ello, en ciertas ocasiones extremas puede estar justificada una amnistía total por crímenes graves; en otras, en cambio, el nuevo sistema será lo suficientemente fuerte como para poder llevar a cabo, sin poner en riesgo la convivencia pacífica, juicios penales contra el grupo de los líderes; en este caso, bastará entonces una amnistía parcial que abarque solo a los subordinados. En ciertas ocasiones, las amnistías podrán estar condicionadas al cumplimiento de prestaciones por parte de los autores y en otras no podrán estarlo. En otros casos, una amnistía puede no ser necesaria para evitar un retorno a —o salir de— la guerra o un estado criminal, y la paz ya puede ser garantizada con medidas menos drásticas, como, por ejemplo, un derecho penal atenuado, en el que la contribución al proceso de paz (en forma de aportes a la reconstrucción de la verdad, el desarme y la desmovilización, la reparación a la víctima, etcétera) sea premiada con descuentos de pena.²⁹ Finalmente, también habrá casos en los que la persecución de los responsables

²⁸ Este es un problema diferente que aquí no será abordado. Solo quiero poner en evidencia que esta situación causa un sinsabor implacable: cuando las condiciones políticas para la persecución y sanción de los responsables de crímenes gravísimos no están dadas, las jurídicas normalmente sí lo están. Cuando, en cambio, están dadas las condiciones políticas, las jurídicas ya no lo están. El caso argentino proporciona un ejemplo clarísimo; al respecto cf. Malarino: "Il volto represivo...", op. cit., p. 31.

²⁹ No voy a referirme aquí a los problemas jurídicos que puede conllevar un derecho penal premial, pues esto excedería en mucho el marco de este trabajo.

puede ser llevada a cabo sin comprometer la paz, y en este supuesto ninguna merma en persecución penal debería estar autorizada.

La elección entre una u otra solución dependerá de las circunstancias del caso concreto. Aquí, el nuevo Estado o quienes diseñen la política de la transición deberían guiarse y tratar de cumplir de la mejor manera posible la fórmula antes expresada: *tanta justicia como paz lo permita*. Muchas veces será muy difícil determinar si pueden llevarse a cabo medidas menos drásticas sin arriesgar el proceso de transición. Esta es una dificultad propia del proceso de transición; es un riesgo que solo puede minimizarse con un adecuado análisis de la situación política, pero no excluirse. En todo caso, una renuncia a la punición, por grande que sea, es un costo que una sociedad puede afrontar. Lo que un Estado no puede arriesgar es la pérdida de la paz, pues esta es una condición indispensable para el desarrollo de cualquier forma elemental de convivencia social y por ello también para la existencia de un Estado de derecho. Pérdida de la paz significa guerra, sea abierta o encubierta, y guerra significa muerte. La obtención, conservación y protección de la paz es una función primordial de un Estado moderno, pues el deber primario de una sociedad es defender la vida e incolumidad de la población. Sin ella, además, las demás funciones estatales perderían mucho de su sentido o serían de imposible realización. Es por ello que no puede existir una ponderación entre justicia y paz, de modo que según el caso concreto se pudiera priorizar uno u otro bien. La paz es siempre un interés prioritario frente a la persecución y punición de hechos ilícitos, de modo que una ponderación entre estos bienes está excluida. La única evaluación permitida es si es necesario renunciar al castigo para conservar la paz y, en su caso, en qué medida lo es. La decisión final sobre una renuncia al castigo, total o parcial, si es que ella es necesaria, debería estar confiada, como normalmente lo está, al órgano estatal que más directamente representa la soberanía popular: el Parlamento.

Soy consciente de que en este trabajo he defendido una tesis muy impopular para los tiempos que corren, en los que la idea de retribuir cueste lo que cueste ha ganado terreno y ennegrecido a muchos defensores de los derechos humanos. Las corrientes modernas que anatematizan la amnistía, imponiéndole límites absolutos precisamente en el ámbito central de aplicación,³⁰ desconocen los beneficios que este instrumento aporta.³¹

³⁰ Véase este argumento en relación con la declaración de invalidez de las leyes argentinas en Malarino: "Il volto represivo...", op. cit., § 15.

³¹ Me refiero, obviamente, y como ya quedó claro de la exposición, solo a la amnistías conciliadoras y no a las autoamnistías. Véanse algunas de las razones de la prohibición de autoamnistías en Marxen: *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, op. cit., pp. 38 ss.

EZEQUIEL MALARINO

Estas modernas corrientes que enarbolan la bandera de los derechos humanos olvidan que sancionar sin excepciones podría implicar en ciertos casos “el sufrimiento, la miseria y la muerte de muchos seres humanos”.³²

³² Dencker: “Crímenes de lesa humanidad...”, op. cit. p. 637.