

| ARTÍCULO

La Justicia transicional y el dilema de la sanción. Proceso penal y responsabilidad colectiva*

Transitional justice and the sanción dilemma. Criminal proceedings and collective responsibility

Cristina García Pascual
Departamento de Filosofía del Derecho y Filosofía Política
Universitat de València

Fecha de recepción 20/01/2017 | De aceptación: 08/06/2017 | De publicación: 28/06/2017

RESUMEN.

Según las normas de derecho internacional los Estados, frente a los crímenes mas graves, tienen una obligación ineludible, para con sus propios ciudadanos, pero también para con la comunidad internacional, de investigar, perseguir y castigar a los responsables. El desarrollo del derecho penal internacional y el carácter taxativo de las obligaciones de los Estados no ha evitado, sin embargo, que el procesamiento a los perpetradores de crímenes masivos sea considerado a menudo como una tarea imposible, irrealizable e incluso no siempre deseable. En este artículo se analizan las críticas al instrumento jurídico-penal como el mecanismo adecuado para enfrentar la violencia colectiva en el ámbito de la justicia transicional.

PALABRAS CLAVE

Justicia transicional, responsabilidad colectiva, proceso penal, impunidad y olvido

ABSTRACT

According to the rules of international law, States, in the face of the most serious crimes, have an inescapable obligation, to their own citizens, but also to the international community, to investigate, prosecute and punish those responsible. The development of international criminal law and the binding character of States' obligations have not, however, prevented the prosecution of perpetrators of mass crimes from being often considered an impossible, unrealizable and even not always desirable task. This article will focus on such criticism against criminal law as an appropriate tool in the field of transitional justice

KEY WORDS

Transitional justice, collective responsibility, criminal procedure, impunity and forgetfulness

* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto “Transformaciones de la Justicia. Autonomía, inequidad y ejercicio de los derechos”, (DER2016-78356-P) del Ministerio de Economía y Competitividad.

Sumario: 1. La justicia transicional “*entre demasiada memoria y demasiado olvido*”. 2. Prevenir los delitos, retribuir a los culpables y responsabilizar a la sociedad. 3. Aproximaciones realistas y exigencias de la responsabilidad colectiva en los crímenes contra la humanidad. 4. Algunas críticas a la respuesta penal frente a los grandes crímenes 5. Niveles de responsabilidad en la tarea de hacer justicia tras masivas violaciones de derechos humanos

1. La justicia transicional “*entre demasiada memoria y demasiado olvido*”

La expresión Justicia Transicional¹ designa un abanico de iniciativas políticas, sociales y jurídicas con las que algunos países han querido hacer frente a las violaciones masivas de derechos humanos. Con el sustantivo “justicia” se alude a la aspiración de reparar el daño causado, bien a través de mecanismos tradicionales, como la apertura de procesos judiciales, actos de conmemoración y recuerdo de las víctimas, ayudas sociales; bien a través de iniciativas novedosas, como la constitución de las llamadas comisiones de la verdad². Con el calificativo

“transicional” se indica, por otra parte, que todas estas iniciativas se desarrollan en periodos de transición desde gobiernos autoritarios hacia gobiernos democráticos o desde un estado de guerra o conflicto a un estado de paz. Se parte de la idea de que no podremos calificar un Estado como democrático ni una situación como de estado de paz si no se ha hecho previamente un ejercicio de rendición de cuentas, colectivo e individual, respecto de la extrema violencia del pasado.

Como se insiste desde el *International Center for Transitional Justice* (ICTJ) la justicia transicional “*no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición a partir de una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho*”³. Se afirma así *ab initio* un vínculo entre el trato a las víctimas, su bienestar y la transformación y estabilidad social.

¹ Existen dudas sobre cuando se usó por primera vez el término justicia transicional pero, sin duda, una de las primeras obras donde aparece es en la colección de textos recogidos por Neil Kritz en N. KRITZ, ed., *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes*, Washington, United States Institute for Peace, 1995.

² Las Naciones Unidas han definido la justicia transicional como “*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” Informe del Secretario General “El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (S/2004/616), párr. 8.

³ ICTJ, “What is Transitional Justice”, International Center for Transitional Justice, <http://www.ictj.org/en/tj>, 2016.

Cabe señalar, en ese sentido, que de todas las medidas de justicia de transición se deriva una pretensión altamente optimista, la de que es posible impulsar una sociedad hacia un futuro mejor trabajando sobre el pasado⁴. Se busca revertir el daño causado, que donde no ha habido derecho vuelva a establecerse el imperio de la ley, que donde ha habido silencio y ocultación se haga la luz y se devuelva la voz a quienes se obligó a callar. Mas aun, se pretende no sólo esclarecer los hechos ocurridos sino también poner a los miembros de la sociedad dañada por las masivas violaciones de derechos humanos en una situación en la que no sea posible desviar la mirada o ignorar lo acontecido, porque se considera que la rememoración del pasado, la asunción de la responsabilidad de los hechos constituirá el necesario fundamento para la construcción de un sociedad viable.

Ciertamente hacer frente a grandes crímenes ha ocupado a muchos gobernantes a lo largo de la historia, sin embargo, para la mayoría de estudiosos la justicia transicional, como disciplina, está vinculada a la historia del siglo XX y al desarrollo del derecho penal internacional tras la segunda guerra mundial⁵.

⁴ K. THEIDON, "Editorial Note", *The International Journal of Transitional Justice*, 3.3, 2009, p. 1.

⁵ Solo excepcionalmente algunos juristas, como John Esler, han considerado que es posible usar la expresión derecho transicional fuera del contexto siglo XX y del siglo XXI para referirnos

Como denominación su uso se extiende a partir de los años noventa del siglo pasado para referirse concretamente a los procesos hacia la democracia o hacia el post-conflicto en que se embarcaron tanto un numeroso grupo de países sudamericanos, tras sufrir años de dictaduras militares, como gran parte de los países del Este europeo, tras la caída del muro de Berlín⁶.

En esos contextos la justicia transicional se ha desarrollado tanto en las últimas décadas, siempre vinculada a la idea de la construcción de sociedades pacíficas y viables⁷, que hay quien habla incluso de una auténtica industria compuesta por *equipos de expertos, consultores, con paquetes de software estandarizados y de gestión de datos, y un conjunto de presunciones*

indistintamente, al paso a la monarquía tras un proceso revolucionario, por ejemplo las restauraciones de la monarquía francesa en los años 1814, 1815, 1816, para examinar los cambios políticos de la Atenas del siglo IV a de C. o para valorar las políticas llevadas a cabo en Alemania en relación a los judíos tras la segunda guerra mundial. Vid. J. ELSTER, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2004, pp. 47 y ss.

⁶Vid. S. HUNTINGTON, *The Third Wave, Democratization in the Late Twentieth Century*, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1993. Para Farid Benavides Venegas casos como los de España, Argentina, Chile y la Europa Oriental son ejemplos clásicos de justicia en tiempos de transición a la democracia; mientras que los casos de Núremberg, de Tokio, ex-Yugoslavia y Ruanda serían ejemplos de justicia postconflicto. «Sin embargo es preciso tener en cuenta que en algunos casos se dan situaciones de conflicto armado y de gobierno autoritario en los que se da el paso a la paz (normalmente negativa) y a la democracia, como en Guatemala y El Salvador, o casos de falsa transición, como en el proceso de negociación con los paramilitares en Colombia» (F.S. BENAVIDES VANEGAS, *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates y experiencias*, cit, p. 17)

⁷ Así se sostiene en el *UN Security Council Report*, "The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies", S/2004/616.

sobre cómo "hacer memoria" y por qué la memoria importa⁸. Esa industria en expansión promete proporcionar a la sociedad herida por la masiva violación de derechos un nuevo comienzo, uno que no haga tábula rasa con el pasado, porque solo una sociedad que asume los hechos acontecidos puede tener futuro. Justicia transicional y amnesia colectiva, son incompatibles. Justamente el pasado, su recuerdo, es la piedra angular sobre la que se construye la paz estable.

Se parte, así, de la certeza de que ninguna sociedad puede ser viable si no se enfrenta a sus propios crímenes. Y no obstante sabemos que el recuerdo completo, la rememoración histórica exacta, la reconstrucción del pasado en todos sus detalles es imposible. Olvidamos y no solo eso, a veces, ese olvido es necesario, tanto individualmente como colectivamente. En este sentido van las palabras de Martha Minow cuando se refiere a los procesos de Justicia transicional como «*un camino entre demasiada memoria y demasiado olvido*»⁹.

⁸ K. THEIDON, «Editorial Note», *cit.*, pp. 1-6 1-2.

⁹ «*A path between too much memory and too much forgetting*» (M. MINOW, *Between Vengeance and Forgiveness*, New York, Beacon Press, 1998, p. 4). Según Tony Judt: «[...] la asombrosa recuperación de la Europa de la posguerra no habría sido posible [...] sin un grado considerable de olvido en la propia manera de recordar la guerra y la propia posguerra» (T. JUDT, *Postwar. A History of Europe since 1945*, Nueva York, Penguin Books, 2005 pp. 61-62. Trad. mía. Existe edición cast.: *Postguerra: una historia de Europa desde 1945*, Madrid, Taurus, 2006).

Justamente en esa senda que para los defensores de la justicia transicional parece necesario recorrer, entre la amnesia de quien no conoce su pasado y, en ese sentido, no se conoce a sí mismo, y el excesivo recuerdo que imposibilita el futuro, que nos condena a vivir anclados en un mundo que ya no existe, el objetivo de hacer justicia a la víctimas se enreda con la pretensión última de lograr estabilidad social. Se busca las mejores acciones que se puedan emprender para asumir la responsabilidad individual y colectiva¹⁰ y hacer viable la sociedad dañada por el horror. A veces sin embargo la alternativa entre colectivo e individual se presenta como disyuntiva y no, como complementaria. Las exigencias de la responsabilidad colectiva no van a la par de las exigencias de responsabilidad individual.

La violencia extrema, cuando implica a un elevado número de personas, como víctimas o como victimarios, requiere obviamente de los Estados un esfuerzo mucho mayor del que se

¹⁰ Porque como en todos los procesos de masivas violaciones de derechos humanos existe una responsabilidad colectiva que trasciende a los meros protagonistas de esos hechos y se extiende a los que han nacido y viven en un contexto socio-cultural donde esas violaciones fueron posibles. En palabras de J. Habermas: «*También los nacidos después de esos hechos han crecido en una forma de vida en la que aquello fue posible... Nuestra forma de vida está vinculada con la forma de vida de nuestros padres y abuelos a través de una trama casi inextricable de transmisiones familiares, locales, políticas y también intelectuales, es decir, a través de un medio histórico que es el que nos ha hecho ser lo que somos y quienes somos*», (J. HABERMAS, "Del uso público de la historia. La quiebra de la visión oficial de la República Federal de Alemania", *Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo*, n.24, 2007, p. 79).

realiza para enfrentar los actos de delincuencia individual y no sólo en términos cuantitativos sino especial y esencialmente cualitativos. Si resulta difícil imaginar que en un Estado de derecho se pueda legítimamente sostener la no persecución penal de graves crímenes, por ejemplo, el asesinato o la violación, (sostener que esas acciones no deben ser investigadas, no se debe identificar a su autor, ni someterle a un proceso judicial), parece todavía más difícil imaginar que una incipiente democracia puede consolidarse sobre la impunidad de los crímenes más graves. Y sin embargo en los procesos de violencia colectiva la tentación de la impunidad ha sido extremadamente fuerte, incluso podríamos decir que ha sido la regla que ha imperado en los más terribles acontecimientos históricos que podamos hoy traer aquí a la memoria.

El elemento colectivo, el número de crímenes, su extensión y horror actúa como un narcótico que altera nuestra capacidad de juicio y pone en cuestión los más asentados principios de justicia. Buscamos el bien de la sociedad o del individuo y podemos sacrificar uno al otro. Abandonamos la senda trazada, nos perdemos en el olvido o en una rememoración vacía de sentido.

La tensión entre lo colectivo y lo individual hace de la justicia transicional una justicia problemática en cada uno de los instrumentos que

nos propongamos examinar. Tanto si entendemos la justicia transicional en su dimensión retributiva, restaurativa o como de reparación o justicia social. Quiero centrarme en este artículo solo en los aspectos relacionados con lo que podríamos llamar justicia retributiva.

2. Prevenir los delitos, sancionar a los culpables y responsabilizar a la sociedad

Ciertamente sería terrible imaginar que los delitos más graves del derecho internacional, o de cualquier código penal, masivas violaciones de los derechos humanos¹¹ cometidas desde el Estado o por quienes cuentan con el consentimiento y la tolerancia de sus gobiernos pasaran por la historia de la comunidad que los padece como una fatalidad, como una catástrofe natural ante la que no cabe respuesta. Y sin embargo sabemos que ésta ha sido la realidad de tantos períodos oscuros de la humanidad. La capacidad de respuesta ante algunos crímenes, una y otra vez, ha parecido descender a medida que aumentaba su gravedad y finalmente la historia de genocidios, crímenes de guerra o de

¹¹En palabras de Carlos Nino «*ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado*» (C. NINO, *Radical evil on trial*, Yale University, New Haven, 1996, p.vii. Existe traducción española de Martín F. Böhmer, *Juicio al mal absoluto*, Barcelona, Ariel, 2006).

lesa humanidad es la historia de la desmemoria política y de la impunidad jurídica¹².

Para sancionar y prevenir los grandes crímenes nace y se desarrolla el derecho penal internacional desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestro días. De acuerdo con las normas internacionales los Estados, frente a los delitos más graves, tienen una obligación ineludible, para con sus propios ciudadanos, pero también para con la comunidad internacional, de investigar, perseguir y castigar a los responsables. Para el derecho internacional contemporáneo la responsabilidad que generan esos hechos terribles sólo se puede extinguir a través del proceso debido y la asunción de sus consecuencias. Esta es la doctrina que se expresa reiteradamente en múltiples documentos y tratados internacionales¹³

¹² Vid., C. GARCÍA PASCUAL, “Justicia y mal absoluto”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2012, pp. 64 y ss.

¹³ Destacadamente la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad* que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. La obligación de juzgar y castigar, por medio de las jurisdicciones penales nacionales, a los autores de graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes bajo el derecho internacional también se recoge en la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (art.V); *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (art.3); *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud*, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (art.5); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (arts. 4 y 25); *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes* (art. 4); *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas* (art. III); *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (art. 6); *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (art. 3); *Protocolo para*

y también en la jurisprudencia de tantos tribunales de justicia desde el Tribunal Militar de Núremberg a la Corte Penal Internacional¹⁴, desde los tribunales *ad hoc*, como el constituido para juzgar los crímenes de la antigua ex-Yugoslavia o para el genocidio en Ruanda, hasta tribunales permanentes como la Corte Europea de Estrasburgo¹⁵ o la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶.

No obstante el desarrollo del derecho penal internacional o la claridad en el establecimiento de obligaciones en relación a los Estados que transitan hacia la democracia o hacia el post-conflicto no ha evitado que el procesamiento a los perpetradores de crímenes masivos sea considerado a menudo como una tarea imposible, irrealizable incluso no siempre deseable. Un

prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 5); *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (art. 4); y *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales arbitrarias o sumarias* reiteran esta obligación (Principio 1).

¹⁴Vid. principio II del Estatuto de Londres y artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional donde se establece la imprescriptibilidad de los crímenes competencia de la Corte.

¹⁵ Sobre la obligación de sancionar y la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad o de guerra: ‘*caso Papon*’ contra Francia (1998) y el ‘*caso Kolk Kislyiy*’ contra Estonia (2006); además de las sentencias en el ‘*caso Korbely*’ contra Hungría (2008) o el ‘*caso Kononov*’ contra Letonia (2009).

¹⁶ Cfr. *Caso Barrios Altos Vs Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 129, y *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, párr. 171.

ejercito de incrédulos e escépticos, formado por actores políticos y también por juristas ponen en duda las posibilidades de que estos procesos se puedan llevar a cabo con éxito; es decir, que sirvan para consolidar la democracia y la convivencia social pacífica y a la vez respeten cada una de las garantías que el proceso penal debe tener en un Estado de Derecho.

Y cabe recordar que la eficacia de esas normas de derecho internacional tan exigentes para los Estados dañados por procesos de violaciones masivas de los derechos humanos no dependen solo de su existencia como normas, ni siquiera de que los Estados las hayan convertido en derecho interno o se hayan adherido expresamente a tratados o convenios sobre la materia. A menudo la voluntad de los Estados de ponerlas en funcionamiento, y la posibilidad de que sean aplicadas, se ve truncada porque los actores políticos y jurídicos consideran que la propia obligación de investigar, perseguir y castigar es inviable o no aportará estabilidad a la comunidad política.

Frecuentemente se pone en duda que el instrumento jurídico-penal sea el más adecuado para enfrentar la violencia colectiva y haciendo esto se desacredita el derecho penal internacional, se debilita su fuerza de constricción, se convierte lo que es *hardlaw* en *softlaw*.

De los procesos de Núremberg se sostuvo que atentaban contra el sagrado principio de irretroactividad del derecho penal, que representaban la justicia de los vencedores. De los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia o Ruanda que no estaban suficientemente conectados con el territorio y la población, que quienes habían sufrido la violencias veían los procesos como una justicia ajena, occidental e impuesta desde fuera. De la actual Corte Penal Internacional que solo se ocupa de crímenes cometidos en territorio africano que no tiene capacidad para enfrentar los grandes crímenes allí donde los actores son de países del primer mundo.

No obstante muchas de estas críticas a lo realizado hasta ahora, algunas de ellas bastante razonables, pueden entenderse como coyunturales y bien podrían servir para mejorar los nuevos procesos que se abran en adelante, si se contara con la suficiente voluntad política. En el futuro se debería evitar la aplicación retroactiva de la norma, se debería cuidar la proximidad entre el tribunal y la comunidad dañada por los crímenes masivos y se debería sostener también la lucha contra la impunidad en relación a los países del primer mundo que se resisten a hacer cuentas con el pasado. Sin embargo no todos los críticos con la apertura de juicios penales en periodos de transición se detienen en el aspecto coyuntural para algunos no se trataría de que los procesos no se hubieran extendido suficientemente o no se

hubieran llevado a cabo con todas las garantías necesarias sino que la justicia penal no es, en sí misma, el instrumento adecuado cuando nos encontramos ante procesos de violencia colectiva. La analogía entre crímenes individuales o comunes y crímenes colectivos como el genocidio y la lesa humanidad no sería posible pues estaríamos ante hechos no solo cuantitativamente diferentes sino también cualitativamente, hechos que requerirían respuestas también diferentes. La diversidad de críticas desarrolladas contra los procedimientos penales frente a genocidios o crímenes contra la humanidad escondería entonces la idea de que el proceso penal pierde sentido ante los crímenes que constituye un fenómeno social. Veámoslo.

3. Aproximaciones realistas y exigencias de la responsabilidad colectiva en los crímenes contra la humanidad

A finales de los años sesenta del pasado siglo el realista Hans Morgenthau sostenía que los procedimientos judiciales eran incapaces de aprehender en toda su extensión los acontecimientos de trascendencia internacional. El proceso, desde su punto de vista, sólo ilumina un aspecto del conflicto, haciendo individual lo que es global, y distorsionando el propio

conflicto¹⁷. Los tribunales pueden dirimir la responsabilidad de los sujetos individuales, su culpa, su grado de participación, pero ¿qué pueden decir sobre la responsabilidad de la sociedad en su conjunto? Es más, el hecho de poner el acento sobre los individuos ¿no podría ofrecer una coartada para exculpar a la población de su responsabilidad? Así lo expresaba Tony Judt en su conocida obra *Postguerra*: “*precisamente a causa de haber establecido tan absolutamente la culpabilidad personal de los dirigentes nazis, muchos alemanes se sintieron con derecho a creer que el resto de la nación era inocente, que los alemanes como colectivo, eran tan víctimas pasivas del nazismo como cualquier otro*”¹⁸. Visto de este modo la búsqueda de la responsabilidad penal individual sería contraproducente a la hora de exigir la responsabilidad colectiva y nos encontraríamos en la tesitura de tener que optar por una en detrimento de la otra.

Por otra parte los procesamientos podrían caminar en dirección contraria al objetivo general de la justicia transicional que no es otro que el de la consolidación de la democracia, la reconciliación nacional y a corto plazo el del cese

¹⁷Vid. H. J. MORGENTHAU, *The Decline of Democratic Politics*. The University of Chicago Press. Chicago, 1969, pp. 432. Cfr. Del mismo autor, MORGENTHAU, H. J., *La Lucha por el Poder y por la Paz*, Buenos Aires Editorial Sudamericana.

¹⁸T. JUDT, *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, trad. cast. de Jesús Cuéllar y Victoria E. Gordo del Rey. Madrid, Taurus, 2006, p. 94.

de cualquier violencia y la desaparición del peligro de una involución. En este sentido algunos juristas como Samuel Huntington defienden frente a los procesos judiciales las leyes de amnistía partiendo de que las persecuciones penales, o la mera posibilidad de que se emprendan, actúan como un incentivo para que grupos poderosos, como los militares, interrumpen el proceso democrático con el fin de evitar ser procesados¹⁹. Por esta razón las amnistías, si bien pueden considerarse contrarias al derecho internacional²⁰ en lo que respecta a los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio, resultan un recurso común en tantos escenarios postconflicto o postdictadura y, para algunos actores políticos, ofrecen mayores posibilidades de consolidarse a la democracia incipiente.

Cabría añadir que, en muchas ocasiones, se presupone también la imposibilidad material de hacer frente al procesamiento de todos los implicados en los horrores cometidos o a los

¹⁹ Vid. S.P. HUNTINGTON, *The third Wave: Democratization in the Late twentieth Century*, Norman, University of Oklahoma Press, 1991, p. 221.

²⁰ El artículo 6º par. 5º del II protocolo adicional de 1976 del Convenio de Ginebra de 1949, sobre la “protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter Internacional” establece que, “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado” obviamente no cabe en relación a los grandes crímenes que, como he insistido, atendiendo al derecho internacional desarrollado en la última mitad del siglo XX no prescriben ni pueden ser amnistiados.

ingentes costes que tal tarea exigiría. El proceso de identificación de los culpables y de adscripción de responsabilidades, cuando la víctimas se cuentan por miles pero también se cuentan por miles los verdugos, parece inabarcable y el entramado de implicación social en los hechos que pretendemos perseguir demasiado denso, una trama inextricable de sujetos que en mayor o menor grado han participado en los hechos que querríamos someter a juicio. Como señala Bruce Ackerman²¹ en muchos países la adscripción de responsabilidades se realizado de manera incompleta, y, en su opinión, difícilmente podría ser de otra manera, potenciando más tensiones de las que se solucionan. Deberíamos valorar, entonces, si los costes de los procesos y sus consecuencias no siempre pacificadoras de la convivencia social no tendrían que modificar nuestra pretensión de procesar a todos los implicados en la comisión de los crímenes.

En este último sentido Antonio Cassese nos recuerda los méritos de las leyes de amnistía. Primero, al detener los juicios contra los presuntos culpables, las amnistías impiden que el odio y el dolor invadan las tribunales. En segundo lugar, las amnistías impiden la decapitación de todo el aparato político y administrativo del Estado cuando el conflicto es el resultado de una

²¹ Vid. B. ACKERMAN, *The Future of Liberal Revolution*, New Haven, Yale University Press, 1992, pp. 72-73. Existe traducción española de J. Malem, *El Futuro de la Revolución Liberal*, Barcelona, Ariel, 1995.

guerra internacional o civil contra una dictadura. En tercer lugar, las amnistías, si se beneficia a todos las partes que antes habían luchado entre sí hasta el amargo final, tiene el efecto meritorio de igualar la culpa y la responsabilidad y por lo tanto introducir algún tipo de apaciguamiento general²². A lo dicho por Cassese cabría añadir que la amnistía puede ser algo querido por gran parte de la población, incluso refrendado en un plebiscito que cumple con las exigencias de la deliberación pública como ocurrió en Uruguay en el año 2009 con la *Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado*. Para Roberto Gargarella una ley de amnistía querida por la población como la que nos ofrece el ejemplo uruguayo sería legítima y como tal debería ser aceptada. Además de poner de manifiesto, por otra parte, que la opción punitiva no puede ser la única ni necesariamente la mejor cuando hablamos de crímenes colectivos²³.

La amnistía, así, parecería tener, para estos autores, sus ventajas aunque lo que logremos consolidar a corto plazo no sea más que una pseudodemocracia o una democracia vigilada y a

largo plazo la amnesia colectiva²⁴ e institucionalizada. O aunque la aprobación plebiscitaria de la propia ley de amnistía ponga en duda la superioridad del derecho internacional sobre el derecho estatal o la naturaleza de *ius cogens* de las normas de derecho penal internacional.

4. Algunas críticas a la respuesta penal frente a los grandes crímenes

La conveniencia de no perseguir judicialmente eso que podríamos llamar violencia extraordinaria se ha sostenido también desde una crítica al derecho penal, tal y como se ha desarrollado en la democracias occidentales, y a sus implicaciones ideológicas y culturales. En algunos contextos extraeuropeos, y desde una posición que pone bajo sospecha el derecho occidental en general, los procesos judiciales emprendidos en períodos de transición han sido

²² Cfr. A. CASSESE, “Clemency versus Retribution in Post-Conflict Situations” en *Columbia Journal for Transnational Law*, 2007, n. 46, p. 5.

²³ R. GARGARELLA, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman” *Mimeo*, 2012. Sobre el caso Gelman y en contra de la posición de Roberto Gargarella vid. C. GARCÍA PASCUAL, “Democracia, impunidad y violaciones masivas de derechos humanos. Caso Gelman contra Uruguay”, *Decisiones básicas en materia de violaciones de derechos humanos*, BOE, 2015, pp. 93-134.

²⁴ Ronald SLYE propone una tipología de leyes de amnistía teniendo en cuenta el contenido, el contexto y la finalidad. Distingue entre *amnesic amnesties*, *compromise amnesties*, *corrective amnesties*, *accountable amnesties*. Los dos primeros tipos de leyes de amnistía por ser generales y no ir acompañadas de ningún mecanismo de rememoración del pasado institucionalizan la amnesia colectiva y pueden entenderse como el precio a pagar a los actores de violaciones para que pongan fin a las mismas. Las *corrective amnesties*, como aquellas dirigidas por ejemplo a liberar a los presos políticos de la dictadura o las *accountable amnesties* que no son genéricas sino que se aplican a comportamientos individuales públicamente reconocidos... podrían respetar las exigencias del derecho internacional y del Estado de derecho. R.C. SLYE, “The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?”, *Virginia Journal of International Law*, 2002, n.43 pp. 239-247.

vistos como una continuación de la tradición jurídica colonialista. Siguiendo esta línea de argumentación el proceso penal separaría el conflicto de la sociedad donde se produce y se dirigiría más al castigo del perpetrador que a la reparación de la comunidad. El individualismo que se proyecta en las distintas fases del juicio penal casa mal con culturas fuertemente comunitarias donde la reconstrucción de una sociedad pacífica pasa por la recuperación de los lazos sociales. El proceso judicial parecería aquí una imposición cultural, un instrumento inadecuado y como tal poco útil en el ámbito de sociedades donde la democracia nunca se ha consolidado realmente o carecen de una economía desarrollada. ¿Por qué castigar cuando lo que necesita la sociedad es reparación no sanción? o ¿qué sentido tiene utilizar el castigo cuando lo que perseguimos es la superación de la violencia?

Por otra parte, y dejando a un lado la imposición cultural que podría suponer el proceso, la expansión del derecho penal en el ámbito internacional, verificada desde los juicios de Núremberg hasta nuestro días, solo se explicaría, para algunos críticos, como una expresión más de la corriente neopunitivista que inspira hoy las políticas represivas de la mayoría de los países desarrollados. En las democracias actuales es fácil constatar un uso excesivo y desproporcionado de las sanciones convertidas

estas en el mecanismo central o esencial, en la lucha contra el crimen²⁵.

La justicia transicional, en su dimensión sancionadora, no es desde luego ajena a la influencia de las últimas corrientes doctrinales y políticas. Debemos ser conscientes de que se ha desarrollado en una época de extendido escepticismo frente a lo que podríamos denominar la tradicional “ideología penalista”. Hoy, como sostiene Pier Paolo Portinaro, a la pena se recurre a falta de otras alternativas válidas y con la finalidad de paliar la alarma social generada por el crimen, pero sin creer ya en su capacidad de disuasión²⁶ o en su función rehabilitadora. El

²⁵ Bernardo del Rosal define el punitivismo como un giro en la políticas penales de los países desarrollados «orientado, ahora, a hacer frente, de forma enérgica y decidida, no sólo al delito sino a todo un conjunto de conductas incívicas o antisociales que bordean los límites del Derecho penal, haciendo de la pura represión (preferentemente carcelaria) cuya intensidad en términos de duración de las sanciones se aumenta sin sujeción a límites largamente asumidos, el principal mecanismo de intervención y desentendiendo, casi por completo, la valoración y erradicación de las causas que provocan los comportamientos criminales o antisociales». (B. DEL ROSAL, “¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?” en *RECPC*, 2009, 11-08). Para Daniel R. Pastor el neopunitivismo sería «la corriente político-criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social, hasta el punto de confundir por completo, [...], la protección civil y el amparo constitucional con el derecho penal mismo». (D.R. PASTOR, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Jura Gentium*, 2016, (<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>).

²⁶ Para Pier Paolo Portinaro la justicia penal internacional ha nacido bajo el signo de una triple paradoja. (i) Se ha desarrollado en una época caracterizada por una un fundamental escepticismo frente a la ideología penalista (ii) Se dirige a hacer justicia sobre una pasado a menudo no reciente, descuidando el hecho que de históricamente el derecho no es el instrumento adecuado para remodelar el pasado... (iii) aspira en fin a convertirse en una institución cosmopolita utilizando un insdritumental donde las tradiciones jurídicas de los países no occidentales han sido insuficientemente incorporadas». (Cfr. P.P. PORTINARO, *I conti*

escepticismo no evita, la constante introducción de nuevos tipos penales en los ordenamientos jurídicos, la agravación de la respuesta punitiva de los ya existentes y la relajación de las garantías procesales. Desde este prisma las reivindicaciones de las organizaciones en defensa de los derechos humanos bajo el lema de “la lucha contra la impunidad” parecerían obscurecerse, constituir una manifestación más de ese neopunitivismo que es contrario a los más básicos principios del derecho penal, además de inoperante, y frente al que es legítimo defender otras formas de individualización de la responsabilidad no sancionadoras. De nuevo las comisiones de la verdad o incluso el abandono, a través de amnistías, de la búsqueda de cualquier responsabilidad de los individuos en favor de la reconstrucción de un relato colectivo se nos presentan como las mejores alternativas para una correcta comprensión de la dimensión global del conflicto.

Observamos, así, como la tensión entre lo colectivo y lo individual se convierte en el eje que vertebra todas las consideraciones críticas dirigidas al uso de los procesos penales en tiempos de transición. Es probable que los objetivos colectivos que pretendemos alcanzar a través de la justicia transicional (la asunción de

con il passato. *Vendetta, amnistia, giustizia*, Milán, Feltrinelli, 2011, p. 24)

responsabilidad por la sociedad en su conjunto, la reconstrucción de los lazos sociales, la reconciliación...) no se puedan obtener a través de la suma de procesamientos individuales y sin embargo ¿es legítimo disolver lo individual en lo colectivo? ¿igualar a todos los sujetos de manera indiferenciada haciendo abstracción de la culpa individual?

La tensión entre lo colectivo y lo individual también se manifiesta si en vez de centrarnos en la dimensión de responsabilidad (colectiva e individual) por lo crímenes acontecidos dirigimos nuestra mirada a los bienes jurídicos (individuales o colectivos) que queremos proteger utilizando el derecho sancionador. Y es que tal vez el problema ya se encuentra en la misma descripción de los tipos penales.

En su último libro Phillippe Sands²⁷ rememora las diferencias teóricas entre dos juristas Rafael Lemkin²⁸, “inventor” del término genocidio, y el gran internacionalista Hersch Lauterpacht²⁹ en torno a los tipos penales de

²⁷ P. SANDS, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity*, London, Weidenfeld & Nicolson, 2016.

²⁸ Lemkin creó el término genocidio uniendo el sustantivo griego *genos* ('raza', 'pueblo') al sufijo latino *cide* (de *cadere*, 'matar'). R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944. (Reimpresión The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008).

²⁹ H. LAUTERPACHT y L. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, Vol. 1, Peace (London, D. McKay, 1955), p.744. y H. LAUTERPACHT, “Review of Raphael Lemkin: Axis Rule in Occupied Europe” en *Cambridge Law Journal*, 1945, n. 9, p. 140.

genocidio y lesa humanidad en el mismo momento en que nacen como crímenes del derecho penal internacional. Si el delito de genocidio, como sabemos, protege al grupo en cuanto tal, el de lesa humanidad protege al individuo. Y la distinción no es sólo cualitativa sino también de grado porque lo que parece peor en la escala penal es atentar contra el grupo antes que contra el sujeto individual. Dice Sands que si bien es cierto que normalmente los crímenes masivos se dirigen contra unas personas determinadas porque forman parte de un colectivo, y no por sus características individuales, también es verdad, y aquí adopta la posición de Lauterpacht, que cuando ponemos el énfasis en proteger a un grupo contra la violencia se refuerza el sentimiento de que hay un “ellos” y un “nosotros”, es decir, acentuamos los sentimientos de identidad grupal y hacemos que la reconciliación sea menos probable.

Cabe añadir que a menudo la entidad del colectivo golpeado por la violencia no es más que una construcción en la mente del agresor que establece criterios de pertenencia al grupo con independencia de la propia adscripción personal de los sujetos integrados a la fuerza en él. De manera que si adoptamos la visión grupal de algún modo damos carta de naturaleza a una identidad, la reforzamos, la convertimos en algo jurídicamente relevante, y, (teniendo en cuenta

que el delito de genocidio es el más grave en cualquier orden normativo penal), en el bien jurídico que merece mayor protección. El poder de la identidad y la asociación colectiva de grupo, es un valor importante pero también una fuente de peligros³⁰.

El proceso penal, en definitiva, como instrumento de justicia transicional nos plantea importantes dilemas: ¿qué queremos o qué debemos proteger o restaurar tras el horror? ¿la identidad colectiva o los derechos de la víctima individual? ¿queremos responsabilizar a la sociedad y reforzar la identidad de grupo perseguido o sancionar al actor y reparar a la víctima?

La tarea de hacer justicia tras las violaciones masivas de derechos humanos puede resultar titánica y a los problemas prácticos se suman complejos debates iusfilosóficos o de teoría política y del derecho. El instrumento penal, sin duda, tiene sus límites³¹. No está

³⁰ Advierte Sands, por otra parte, que el crimen de genocidio distorsiona el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y de los delitos contra la humanidad. Pues para muchas personas que han sufrido graves violaciones de derechos humanos, ser etiquetado como una víctima del genocidio se convierte en "un componente esencial de la identidad nacional", como si el reconocimiento del daño causado no fuese completo sin la etiqueta de genocidio, sin que ello contribuya a la resolución de disputas históricas o a hacer que los asesinatos masivos sean menos frecuentes. (Cfr. P. SANDS, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity*, London, Weidenfeld & Nicolson, 2016, pp. 380 y ss).

³¹ Sobre todo si nos ponemos como objetivo el “pensar y practicar” una “justicia no violenta” Cfr.E. BEA, “Referentes culturales y filosóficos de la justicia restaurativa”, *Teoría y Derecho*, n.13, 2013, p. 206.

diseñado para concretar responsabilidades colectivas sino para sustanciar la culpa o la responsabilidad individual. Probablemente tampoco constituye el mejor instrumento para proteger a los grupos, en este sentido podemos entender las distorsiones que el delito de genocidio introduce en la estructura penal como reiteraba Lauterpacht. No cabe duda, entonces, que se debería “reinscribir el genocidio en la categoría de los crímenes contra la humanidad y no convertirlo en el <<crimen de los crímenes>>”³² a la vez que deberíamos ser conscientes de que la reconstrucción de la memoria o la pedagogía social pueden ser las consecuencias de los procesos penales pero no pueden ser su objetivo. Si convertimos el juicio en el escenario donde saldar la responsabilidad colectiva distorsionamos o alteramos los fines del proceso y corremos el riesgo de convertirlo en algo que no es. El proceso podría adquirir un sentido cuasi-religioso allí donde el Estado actúa como un agente moral y la comunidad afirma sus principios fundamentales y se muestra como una

³² A. GARAPON, “Justicia Transicional y justicia reconstitutiva”, trad. cast. de Emilia Bea, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2014, n. 29, p. 27. Para el jurista francés no podemos situar los crímenes masivos en el terreno de la inmoralidad individual como si el mal naciera «de esa ambivalencia que tanto nos vuelve proclives a hacer el bien como nos inclina a cometer actos espantosos. Pero no es el hombre al que hay que mirar sino al régimen político... ¿Por qué buscar en una psicología particular lo que es materia propia del mal político? Desde este prisma el asesinato en masa no difiere si el motivo es la pertenencia a una etnia u otras razones porque «es ante todo el fruto de una política» (*Ibidem*).

comunidad moral viable³³. En este sentido van las críticas que Hannah Arendt dirige al juicio a Eichmann³⁴ o más recientemente las consideraciones de Martti Koskeniemi sobre el procesamiento a Slobodan Milosevic³⁵.

La potente simbología del proceso penal utilizada para fines espurios muestra múltiples contradicciones. Para transmitir una verdad histórica clara a la comunidad en el juicio, por ejemplo, se debería hacer callar al imputado. El proceso se transformaría en una farsa o en un proceso espectáculo. Mientras que la justicia se mostraría como justicia de los vencedores y la condena carecería de valor moral universal. Entender la justicia penal como un instrumento de verdad y de memoria, de divulgación es importante por razones que no tienen que ver con la condena del individuo. Sin duda existe un deber de memoria pero la memoria no es algo que pueda fijarse de manera autoritaria por un proceso

³³ Vid., M. KOSKENIEMI, *La politique du droit International*, trad. fran. de H. Cadet, S. Cassella, G. Hourriez y A. Martineau, Paris, Editions A. Pedone, 2007, p. 236.

³⁴ «No era un hombre el que estaba sentado en el banco de los acusados sino todo un régimen, peor: el antisemitismo» escribe Hannah Arendt en *Eichmann in Jerusalem. Un estudio sobre la banalidad del mal*, trad. cast. de Carlos Ribalta, Barcelona, Lumen, 1999 p. 37.

³⁵ Como nos recuerda el propio Koskeniemi, la reconstrucción de la verdad en el proceso no puede contar con la dócil colaboración del acusado. Para que el proceso sea legítimo, el acusado debe en cierta medida expresarse. Pero en este caso, podrá poner en cuestión la versión de la verdad presentada por el fiscal y relativizar la culpabilidad que le imputa. Dar la palabra al acusado supone tener que oír, a veces, tesis negacionistas o la reafirmación de ideales de violencia (Vid., M. KOSKENIEMI, cit., p. 257).

judicial³⁶. Asignar a la justicia un objetivo extrajudicial, como el de establecer la verdad histórica o recoger el testimonio de las víctimas, significaría adulterar y debilitar la propia justicia³⁷.

5. Niveles de responsabilidad en la tarea de hacer justicia tras masivas violaciones de derechos humanos

Deberíamos entonces redimensionar la capacidad del derecho penal en la ámbito de la justicia transicional y no perder de vista que el proceso penal no agota, ni cubre todos sus objetivos. La justicia de transición es una empresa pluridisciplinar donde es posible diferenciar distintos niveles de responsabilidad y de reelaboración del pasado³⁸. Solo respecto a alguno de esos niveles de responsabilidad puede resultar útil el derecho penal.

³⁶Vid. M. KOSKENNIEMI, cit, p. 261.

³⁷ En este sentido Antoine Garapon insiste en que la única finalidad del acto de justicia es juzgar y no honrar la memoria o impedir la guerra, intentar resolver un conflicto. Cfr. A. GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour un justice internationale*, Paris, Editions Odile Jacob, 2002, p. 277.

³⁸ Cfr. J. HABERMAS, "La revisión del pasado. Del nazismo a la República Democrática Alemana", *Claves de razón práctica*, n. 33, pp. 2-8. Vid. también C. GARCÍA PASCUAL, "Una tragedia de los derechos humanos", *Derechos y Libertades*, n. 29, 2013, pp. 129-153.

El primer nivel de responsabilidad, sin duda, se centra en el ámbito estrictamente individual, el ámbito de los protagonistas, de las víctimas directas y de sus verdugos. Este es el espacio de la culpa en sentido moral y también el de la responsabilidad en sentido jurídico, la que se sustancia en el proceso y que, como bien entendió Hannah Arendt, sólo puede ser individual. Si las violencia masiva y sus consecuencias no se someten a las reglas del derecho, en parte, vivimos aceptado aunque sea como mal menor las reglas de lo que se impuso por la fuerza y en contra de la legalidad.

No obstante podemos dar la razón a los realistas al decir que si no se avanzará más, si solo nos quedáramos en lo individual, obtendríamos una visión deformada de los hechos. No parece posible explicar las muertes de miles de personas acudiendo a los perfiles individuales de sus victimarios cuando estos también se cuentan por miles. Necesariamente la sociedad como un todo tiene que ser llamada a examen. De lo individual debemos pasar pues a lo colectivo. La responsabilidad por lo actuado y el derecho a la reparación del daño sufrido (en el caso en que se hubiera realizado) no se puede alcanzar sino se emprende también un esfuerzo de reflexión, de autointerpretación y autocomprensión ético-política de la sociedad en la que esa orgía de violencia colectiva fue posible. Poco puede decir el proceso penal sobre la

responsabilidad colectiva esa que llama no solo a los que estuvieron presentes en el horror sino a cualquier miembro de la sociedad donde la violencia se hizo presente.

Ambos niveles de responsabilidad por otra parte no se excluyen entre sí, sino que se implican y se complementan. En algunas de las críticas que hemos visto anteriormente, se nos pretende situar ante la falsa alternativa de tener que elegir entre uno u otro. Lo colectivo y lo individual se nos presentan como disyuntivos. Como si no estuviéramos obligados en un proceso de reconstrucción de una sociedad dañada por la extraordinaria violencia a atender a ambas dimensiones de la responsabilidad.

Sostener que a veces coyunturalmente se ha renunciado a juzgar y sancionar a los culpables en pos de la paz social no deja de ser algo obvio o mejor descriptivo de una realidad repetida a lo largo de la historia. Pero deberíamos ser cautos a la hora de extraer de esa realidad lecciones o máximas de deber ser. Deberíamos evitar caer en la falacia de creer que la persecución penal de los grandes crímenes no responde más que a la sed de venganza o a la irracionalidad de determinadas tendencias de política criminal³⁹ Ciertamente no

³⁹ Por ejemplo las de todos aquellos gobernantes que si bien han perdido la fe en la pena privativa de libertad como instrumento de rehabilitación o reinserción del delincuente no dejan de aplicar esa sanción, agravarla e imaginar nuevos tipos penales a los que poder extenderla.

queremos caer en el neopunitivismo. Como nos recuerda Daniel Pastor “*los derechos fundamentales sólo pueden cumplir, respecto del sistema punitivo, una función de control y límite del poder y no de aprobación acrítica y amplificación de ese poder. La indispensable promoción de los derechos fundamentales y la prevención y reparación de sus violaciones debe provenir ante todo de ámbitos no penales, del derecho civil, del amparo constitucional, de la protección de la democracia, de las políticas sociales de prevención (no por vía de represión oficial), del sistema jurídico del trabajo y de la seguridad social y de los regímenes indemnizatorios, no de la pena*”⁴⁰. De ésta solo podemos esperar, entonces, un efecto preventivo que a su vez deber ser relativizado en relación con la comisión de los crímenes masivos.

No obstante aunque aceptemos que la pena no puede ser el mecanismo primero de protección de los derechos y aunque sepamos que la expansión del derecho penal al ámbito internacional no ha servido de freno a los crímenes contra la humanidad no parece

⁴⁰ Daniel Pastor continua «*cuando aparece en escena el derecho penal, porque una persona, cualquier persona, es imputada de haber cometido un delito, entonces el sistema de los derechos fundamentales, los organismos de protección y las asociaciones de activistas sólo puede estar al lado del imputado enfrentado al poder, nunca del lado del poder enfrentado al individuo, pues su tarea, en este último caso, se neutraliza y desaparece, al desvanecerse, como ya fue demostrado, su credibilidad y su autoridad moral*». (D.R. PASTOR, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *cit.*, p. 13)

razonable que el derecho se detenga a la puertas de la extrema violencia. Si la sanción penal tiene algún sentido en nuestras sociedades, si tiene algún sentido respecto de los crímenes ordinarios, creo, que también deberá tenerlo cuando nos enfrentamos a violaciones masivas de derechos humanos especialmente porque la gravedad de esas violaciones y su persistencia es posible a través de las estructuras del Estado o con su connivencia.

Efectivamente si no tenemos argumentos que sostengan la sanción penal contra el crimen ordinario tal vez tampoco los tengamos cuando constituye una parte de la respuesta a los crímenes extraordinarios. Curiosamente en aquellos que critican el punitivismo de la justicia transicional la secuencia de la argumentación no parece ir de lo más pequeño, el homicidio ordinario, a lo más grande, las matanzas masivas, sino al contrario. Pero ¿cómo sostener un sistema penal en el que no se persigue a los autores de masivas violaciones de derechos y sí a aquellos que cometen un homicidio, roban, defraudan al fisco o alteran el orden público? ¿Cómo podríamos justificar un sistema penal así? o ¿con que legitimidad deberíamos perseguir un delito “menor” si al mayor se le reservan mecanismos que se detienen en el mejor (y poco probable) de los casos en el esclarecimiento de la verdad?

Podemos cuestionarnos el sistema penal en su globalidad pero no parece razonable iniciar por los delitos más graves ejecutados por los mas poderosos (órganos del Estado) dentro de una comunidad. El derecho internacional de los derechos humanos y los últimos desarrollos del derecho penal internacional parecen ir en ese sentido al hacer de los grandes crímenes, aquellos que por su especial trascendencia han sido llamados delitos contra la humanidad, objeto de la competencia, de manera subsidiaria, de los órganos jurisdiccionales internacionales. La sanción penal se fundamenta, aquí, como una manera necesaria de prevención, una forma de evitar la reincidencia, y también, podríamos pensar, como una forma de dar sentido al entero sistema jurídico que las masivas violaciones de derechos humanos han puesto en entredicho⁴¹.

Los crímenes extraordinarios cuestionan nuestros conceptos jurídicos y morales mas asentados. Nos muestran el proceso penal al desnudo, sus límites y deficiencias a la hora de constituir un método al servicio no de la retribución sino de la prevención. Parece evidente que la responsabilidad colectiva no se puede sustanciar en un proceso judicial, “una tragedia puede ser tan grande que castigar a un individuo nunca es una respuesta adecuada”, pero a la vez,

⁴¹ C. GARCÍA PASCUAL, “Democracia, impunidad y violaciones masivas de derechos humanos. Caso Gelman contra Uruguay”, *cit.*, pp. 93-134.

debemos ser consciente que, como también sostuvo Hannah Arendt, “donde todos son culpables nadie lo es”⁴². La justicia transicional en su intento de dar cuenta de todos los aspectos del fenómeno de los grandes crímenes no puede prescindir de la persecución penal además de constituir está un mandato del derecho internacional de los derechos humanos.

⁴² H. ARENDT, *Responsability and Judgment*, New York, Schocken books, 2003, p. 28.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B., *The Future of Liberal Revolution*, New Haven, Yale University Press, 1992, pp. 72-73. Existe traducción española de J. Malem, *El Futuro de la Revolución Liberal*, Barcelona, Ariel, 1995.
- ARENDT, H., *Eichmann in Jerusalem. Un estudio sobre la banalidad del mal*, trad. cast. de Carlos Ribalta, Barcelona, Lumen, 1999.
- ARENDT, H., *Responsability and Judgment*, New York, Schocken books, 2003.
- BEA, E. “Referentes culturales y filosóficos de la justicia restaurativa”, *Teoría y Derecho*, n.13, 2013, pp.193-213.
- BENAVIDES VANEGAS, F., *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2011.
- CASSESE, A., “Clemency versus Retribution in Post-Conflict Situations” en *Columbia Journal for Transnational Law*, 2007, n. 46.
- DEL ROSAL, B., “¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?” en *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009, 11-08.
- DORADO, J. “Justicia Transicional”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2015, n.8 marzo
- ELSTER, J., *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- FERRAJOLI, L., “La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías de la paz interna”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 2016, n.10, marzo.
- GARAPON, A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour un justice international*, Paris, Editions Odile Jacob, 2002.
- GARCÍA PASCUAL, C., “Justicia y mal absoluto”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2012, n. XXVIII, pp. 55-77.
- GARCÍA PASCUAL, C., “Una tragedia de los derechos humanos”, *Derechos y Libertades*, n. 29, 2013, pp. 129-153.
- GARCÍA PASCUAL, C., Democracia, impunidad y violaciones masivas de derechos humanos. Caso Gelman contra Uruguay”, *Decisiones básicas en materia de violaciones de derechos humanos*, BOE, 2015.
- GARGARELLA, R., “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman” Mimeo, 2012.
- HABERMAS, J., “Del uso público de la historia. La quiebra de la visión oficial de la Republica Federal de Alemania”, *Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo*, n.24, 2007, p. 79.
- HABERMAS, J., “La revisión del pasado. Del nazismo a la República Democrática Alemana”, *Claves de razón practica*, n. 33, pp. 2-8.
- HUNTINGTON, S., *The Third Wave, Democratization in the Late Twentieth Century*, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1993.
- ICTJ, «What is Transitional Justice», International Center for Transitional Justice, <http://www.ictj.org/en/tj>, 2016.
- Informe del Secretario General* “El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (S/2004/616), párr. 8.
- JUDT, T., *Postwar. A History of Europe since 1945*, Nueva York, Penguin Books, 2005 pp. 61-62. Existe edición cast.: *Postguerra: una historia de Europa desde 1945*, Madrid, Taurus, 2006.
- KOSKENNIEMI, M., *La politique du droit International*, trad. fran. H. Cadet, S. Cassella, G. Hourriez y A. Martineau, Paris, Editions A. Pedone, 2007, p. 236.
- KRITZ, N., en N. KRITZ, ed. *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes*, Washington, United States Institute for Peace, 1995.
- LAUTERPACHT, H., y OPPENHEIM, L., *International Law. A Treatise*, Vol. 1, Peace (London, D. McKay, 1955), p.744.
- LAUTERPACHT, H., “Review of Raphael Lemkin: Axis Rule in Occupied Europe” en *Cambridge Law Journal*, 1945, n. 9, p. 140.
- LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied. Europe. Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*

(Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944) (Reimpresión The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008).

MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, New York: Beacon Press 1998.

MORGENTHAU, H. J. *The Decline of Democratic Politics*. The University of Chicago Pres. Chicago, 1969, pp. 432. Cfr.

MORGENTHAU, H. J., *La Lucha por el Poder y por la Paz*, Buenos Aires Editorial Sudamericana.

NINO, C., *Radical evil on trial*, Yale University, New Haven, 1996, p. vii. Existe traducción española de Martín F. Böhmer, *Juicio al mal absoluto*, Barcelona, Ariel, 2006.

PASTOR, D.R., “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Jura Gentium*, 2016. (<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>)

PORTINARO, P.P., *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Milán, Feltrinelli, 2011.

PORTINARO, P.P., *L’Imperativo di uccidere. Genocidio e demicidio nella storia*, Roma, Laterza, 2017.

SANDS, P., *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity*, London, Weidenfeld & Nicolson, 2016.

SLYE, R.C., “The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?”, *Virginia Journal of International Law*, 2002, n.43 pp. 239-247.

THEIDON, K., «Editorial Note», *The International Journal of Transitional Justice*, 3.3, 2009, p. 1.

UN Security Council Report, 2004, «The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies», S/2004/616.