

TRANSICIÓN, DERECHO PENAL Y AMNISTÍA. REFLEXIONES SOBRE LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN PROCESOS DE TRANSICIÓN

Ezequiel MALARINO

Resumen: El trabajo trata sobre el uso de leyes de amnistía en procesos de justicia de transición. Sostiene que ni consideraciones deontológicas (el autor debe ser penado porque merece pena), ni consecuencialistas (la punición del autor ayudará a la prevención de crímenes futuros; la punición del autor traerá paz a la sociedad) proporcionan justificaciones razonables de la prohibición *absoluta* de leyes de amnistía de crímenes graves. Esas argumentaciones no dan una respuesta convincente a algunas preguntas importantes. ¿Por qué una comunidad debería sacrificar víctimas inocentes actuales para preservar víctimas inocentes futuras (e hipotéticas)? ¿Por qué debería tolerarse la lesión de derechos de inocentes para castigar al autor por el sólo hecho de castigarlo? ¿Sobre qué base puede asumirse que la punición traerá paz a la sociedad? El trabajo concluye que en ciertos casos excepcionales el uso de leyes de amnistía sería permisible.

Abstract : This paper deals with the use of amnesty laws in transitional justice processes. It argues that neither deontological (the criminal must be punished, because he deserves it) nor consequentialist considerations (the punishment of the offender will prevent others from committing crimes; the punishment of the offender will bring peace in society) provide reasonable justifications for *absolutely* prohibiting amnesty laws for serious crimes. They, the paper claims, do not give convincing answers to some important questions. Why a community should sacrifice actual lives of innocent people in order to preserve future (and hypothetical) ones? Why should one tolerate

harm to innocent people in order to punish the offender for the sole sake of punishing him? On what basis can one rightly assume that punishment will bring peace in society? The paper therefore concludes that in some exceptional cases the use of amnesty laws should be permissible.

Palabras clave: Amnistía, transición, justicia, paz, retribución, prevención.

Key words: Amnesty, transition, justice, peace, retribucion, prevention.

1. En las últimas décadas del siglo pasado, la mayoría de los países latinoamericanos han sido 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 auto-defensa 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 —generalmente, aunque no exclusivamente, 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, desapariciones de personas fueron moneda corriente del actuar estatal y signos evidentes de una política de lucha frontal contra el opositor político. Fue especialmente dicha criminalidad de Estado la que marcó 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.

Estudios recientes sobre la justicia de transición en América Latina confirman una observación ya clásica: más allá de ciertas coin-

ciencias, cada experiencia de transición es diferente de las demás¹. Esto se debe a que la elección de los mecanismos concretos de un proceso de transición está condicionada por diversos factores, tales como la magnitud y 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. 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 de los derechos humanos conservan una amplia cuota del poder político o 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 completamente toda cuota de poder, entonces quien diseñe la política de transición (el nuevo gobierno; las potencias vencedoras) 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 delitos².

Esta sujeción de la política de transición a la realidad política concreta —también al contexto social y cultural— no sólo hace que

¹ Cfr. entre muchos otros Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2009, *passim*; Kai AMBOS, *El marco jurídico de la transición* (traducción de Ezequiel Malarino), Temis, Bogotá, 2008, p. 22 Eric POSNER y Adrian VERMEULE, «Transicional Justice as Ordinary Justice», 117 *Harvard Law Review* 761, pp. 769 ss.; Carl STAHN, «The Geometry of Transicional Justice: Choices of Institucional Design», (2005) 18 *Leiden Journal of Internacional Law*, 425, pp. 425 ss.

² Baste aquí con 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. Sólo en épocas recientes, cuando esa cuota de poder de los antiguos gobernantes *de facto* comenzó a resquebrajarse, han iniciado a tener éxito los cuestionamientos judiciales del decreto-ley 2.198 de auto-amnistía. 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, etc.) a una de impunidad (Leyes de Punto Final y Obediencia debida; indultos) para retornar luego a la persecución penal (nulidad de amnistías e indultos).

el repertorio de las medidas utilizadas y la configuración concreta de ellas varíe en cada experiencia de transición y 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 sólo pueden obtenerse al costo de enormes simplificaciones, lo que, en definitiva, pone en duda su utilidad; de otro modo: es posible extraer conclusiones globales basadas en 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 debe tener en cuenta las circunstancias particulares y el contexto global en que ella fue adoptada y ello sólo es posible en el marco de un análisis pormenorizado de un proceso de transición concreto.

Por lo dicho, no describiré aquí de manera general cómo ha sido la transición en América Latina, porque tal grado de generalización no sería de mucho provecho para la discusión sobre justicia de transición, ni tampoco expondré de manera resumida cómo ha sido cada una de las experiencias particulares en la región, pues con ello no haría más que repetir información expuesta con mucha mayor profundidad en innumerables trabajos ya publicados. En este breve ensayo me voy a referir únicamente a un aspecto del problema del rol del derecho penal como herramienta de superación del pasado, a saber, a la cuestión de la tensión, sintomática en los procesos de transición, entre el legítimo reclamo de las víctimas y de la sociedad en su conjunto de que los autores de los crímenes sean perseguidos, juzgados y sancionados y la necesidad de lograr una rápida pacificación de la sociedad, objetivo que, en ciertos casos dramáticos y especiales, puede requerir la concesión de amnistías (o algún otro tipo de favorecimiento en el tratamiento penal). En la discusión corriente esta tensión es enunciada muchas veces como una contraposición entre justicia y paz³. Me ocuparé, por ello, de la tensión entre el ideal de punición y la (contingente) necesidad de impunidad para obtener paz.

³ En esta contraposición, el concepto de «justicia» es utilizado en el sentido específico de castigo a los autores de crímenes y, por lo tanto, se trata de una *justicia como punición*; principalmente, aunque probablemente no sólo, como luego veremos, una *justicia como retribución*. Está claro que éste no es el único sentido de justicia y que también la paz puede explicarse en términos de justicia. Si la paz implica, al menos, una situación de no-guerra (cese de ataques contra víctimas inocentes), entonces el término justicia es probablemente muy adecuado para representar este

2. 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 en ciertos casos de prescindir de la persecución penal (amnistías, etc.) o de garantizar reducciones de pena (derecho penal premial) ocuparon las experiencias de transición latinoamericanas y en los últimos tiempos adquirieron un particular fervor. Dos acontecimientos importantes llevaron a primer plano este tipo de discusiones. El primero, es la aparición el 14 de marzo de 2001 de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Barrios Altos contra Perú* que declaró sin efectos jurídicos a dos leyes de amnistía peruanas, sentando la *doctrina de la no admisibilidad de leyes de amnistía referidas a crímenes que constituyen graves violaciones de los derechos humanos*⁴. Aunque algunos tribunales nacionales latinoamericanos ya se habían ocupado de la cuestión de la validez o admisibilidad de las leyes de amnistía referidas a crímenes internacionales o a crímenes graves⁵, fue a partir de la decisión del tribunal interamericano que la tesis de la inadmisibilidad de leyes de amnistía referidas a crímenes graves se abrió paso decididamente en la jurisprudencia de algunos países⁶. El segundo acontecimiento importante que revitalizó la discusión so-

valor de protección de la población civil. Seguramente no es justo dejar impunes a quienes cometieron crímenes horribles. Pero, ¿es justo arriesgar la vida de víctimas inocentes para cumplir el ideal de punición? Es claro entonces que lo que está en conflicto son dos intereses (merecimiento de punición del culpable o «castigo» vs. necesidad de protección del inocente y pacificación de la sociedad o «paz») que pueden fundamentarse, ambos, en la idea de justicia. En otras palabras, si bien el eslogan *no peace without justice* es empleado siempre en el sentido de «no hay paz si no hay punición de los responsables de crímenes atroces», también podría utilizarse —incluso este uso sería más acorde con nuestra manera de entender la esencia de justicia— en el sentido de «no hay paz si se siguen asesinando civiles inocentes». Con todo, y hecha esta advertencia, utilizaré en lo siguiente el término *justicia* en el sentido limitado de *justicia como punición*, pues éste es el sentido usual con el que se le emplea en las discusiones sobre justicia de transición.

⁴ Cfr. *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo del 14 de marzo de 2001, párrafos 41 ss. Esta jurisprudencia ha sido reiterada por la Corte IDH en numerosas ocasiones, cfr. tan sólo *Almonacid-Arellano et al. contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 26 de septiembre de 2006, párrafos 119 s.

⁵ Cfr. el auto de apertura de instrucción de 18 de abril de 1995 emitido por la jueza Antonia Saquicuray a cargo del 16° 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° 4, secretaria 7 de Buenos Aires en el caso *Simón* y la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago del 30 de septiembre de 1994 en el caso *Uribe Tambley y van Jurick Altamirano* (imputado Romo Mena).

⁶ Cfr. 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*.

bre 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 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.

3. Quiero empezar la discusión sobre el uso del derecho penal en contextos de transición con una afirmación general que probablemente muchos compartirán. Un proceso de transición —y cualquier actividad en general— que quiera tener éxito no debería emprender medidas que pongan en juego el logro de sus objetivos elementales. Un proceso de transición persigue finalidades diversas (pacificación, reconciliación, reparación, democratización, etc.). La importancia relativa de cada una de estas finalidades va a depender del momento y desarrollo en que se encuentra un proceso de transición concreto; pero siempre que el logro de una finalidad sea una condición para el logro de otra, podremos partir de que esa finalidad es primaria respecto a aquella otra que presupone su satisfacción. Creo que la finalidad primaria de todo proceso de transición es lograr y mantener una situación elemental, básica, de «no conflicto» (no guerra; no violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos). Por supuesto, no es una condición suficiente para que podamos calificar a un proceso de transición como exitoso; pero ciertamente es una condición mínima necesaria para que dicho proceso pueda aspirar al éxito. Si el fin más elemental de la transición es superar la situación de conflicto y permitir el paso a y mantener una situación de «no conflicto» —entendida como grado mínimo de convivencia pacífica y de respeto de los derechos humanos—, entonces las posibilidades de acción de la política de transición deberán estar siempre limitadas a las medidas que no pongan en riesgo ese objetivo. De ahí que toda medida que ponga en peligro ese objetivo —básicamente, que ponga en riesgo la paz conquistada (transición posconflicto) o que busca conquistarse (transición durante el conflicto) con la salida del régimen autoritario (transición a la democracia) o la finalización de la guerra (transición a la paz)— deba considerarse fuera del marco de una verdadera política de transición. Ésta 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 exitosa. Puedo resumir la idea con la siguiente fórmula: *tanta justicia como paz, lo permita*, es decir, sólo debería haber persecución y castigo penal si ello no pone en peligro la paz (entendida en el sentido mínimo de mera situación de 'no conflicto'), finalidad básica de la transición y condición indispensable para el desarrollo de cualquier forma elemental de convivencia social. 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 delante), o bien entre un modo «idealista» (todo quien cometió un delito debe ser castigado) y otro «político» (habrá castigo sólo si con ello no se compromete la transición) de encarar el problema⁷, me ubique del lado de los últimos. Considero preferible el logro y la conservación de la paz —incluso de esta paz mínima como situación de «no conflicto»— a la pena y el derecho penal. Seguramente el calificativo de «político» —utilizado, a veces, desde el lado de sus contrincantes de manera peyorativa— no suena tan bien al oído del jurista y del ciudadano en general como el de «idealista», pues una vez que un delito se ha cometido todos queremos ver a la política lejos de los tribunales y a quien infringió las más importantes reglas de conducta del derecho penal, castigado por sus hechos. Sin embargo, el ideal de castigo, compartible en las situaciones de normalidad, pierde fuerza en situaciones límite en las cuales la punición —o su intento— pondría en riesgo la paz y con ello la vida y los derechos esenciales de los ciudadanos. En estos casos, el castigo del autor, que indudablemente representa un ideal de *justicia* por el merecimiento de pena del autor, generaría situaciones de *injusticia* (continuación o reanudación del conflicto; lesiones de derechos de víctimas inocentes). Visto de este modo, lo que se menciona como idealismo en este contexto 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*⁸. Es por ello

⁷ Esta misma contraposición a veces es presentada como «pragmatismo» versus «fundamentalismo», cfr. 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*, Vicepresidencia de la República-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007, p. 97.

⁸ Por ello, no debemos dejarnos confundir por las etiquetas. Los calificativos con los que se designan 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 artilugios retóricos. Esto lo demuestra el hecho de que la misma posición es señalada a veces como «idealista» —con una clara connotación positiva— y

que los ordenamientos jurídicos suelen contar con ciertos institutos, como las amnistías, ideados para operar en situaciones excepcionales, en las cuales hacer lo que en situaciones normales se debe hacer, esto es, castigar al culpable, puede implicar daños sociales mayores como lesiones a bienes esenciales (vida, integridad física, etc.) de la población.

Para evitar cualquier tipo de malentendido, es preciso dejar en claro que 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.

En contra del argumento que aquí se está haciendo se suele alegar que sin punición no puede haber paz duradera. El argumento se convirtió en eslogan: *no peace without justice*. A pesar de su gran difusión, no es un argumento fuerte. Ante todo, no es cierto que la punición sea una condición necesaria de la paz y la reconciliación; y en ciertos casos es cierto, en cambio, que una punición puede perjudicar la obtención de estos objetivos. Las experiencias de muchos países que cerraron las puertas a la justicia penal luego de crímenes estatales gravísimos, como sucedió, por ejemplo, en España en relación con los crímenes del franquismo y en Italia con los crímenes nazi-fascistas, muestran que la ausencia de punición no fue un obstáculo para la pacificación y reconciliación. Antes bien, la renuncia a la pena y las amnistías en esos países son consideradas, con frecuencia, como medidas que ayudaron a la pacificación y esta pacificación posibilitó con el tiempo la recomposición del tejido social⁹.

otras como «fundamentalista» —con connotación negativa— (ver la distinción de OROZCO ABAD, *op. cit.*). 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 que valor está detrás de la visión pragmática o política. El resto es pura retórica.

⁹ No estoy sugiriendo que la punición de esos crímenes no sea deseada por algunos sectores de las sociedades española e italiana, sino solamente que esa punición no fue necesaria para la pacificación y recomposición de los vínculos sociales en esos países. Cfr., sobre la transición italiana, Emanuela FRONZA, «Italia», en Ambos, Malarino y Elsner, *op. cit.*, pp 503 ss y, sobre la transición española, Alicia GIL GIL, «España», en Ambos, Malarino y Elsner, *op. cit.*, pp 471 ss.

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»¹⁰ de los problemas sociales. La consecución de la paz, la reconciliación social y la democracia deben buscarse principalmente con otros medios. Son, más bien, ciertas condiciones económicas, sociales y culturales las que hacen que estos valores sean deseados, aceptados y respetados. Es cierto que el derecho penal *contribuye* a garantizar un orden social pacífico a través de predisponer una reacción ante la lesión de valores elementales de convivencia (reafirmación de la vigencia de la norma; prevención) y que sin derecho penal en absoluto probablemente la vida pacífica en comunidad no sea posible. Pero el derecho penal no es el principal y no es siempre un mecanismo adecuado para el logro de este objetivo. Aun quien le asigne a la pena una función principalísima en la conservación de la paz, 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 justificado¹¹. ¿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*. No sólo la pena no es una condición necesaria para la obtención y conservación paz, sino que a veces puede frustrar estos objetivos.

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. Superior porque no hay comparación posible entre los bienes que se protegen con la paz (vida, integridad física, etc.) y el bien de la punición (especialmente si es entendida como pura «retribución»)¹². Superior también porque su obtención y conservación es un presupuesto para el

¹⁰ La frase es de Daniel R. PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 75.

¹¹ Ezequiel MALARINO, «La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*», punto 19, en *Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, V (2009) 1 (<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/malarino.htm>).

¹² Más adelante volveré sobre este argumento y también me referiré al argumento de la «prevención».

éxito del proceso de transición. En efecto, esta paz mínima, definida negativamente como situación de «no conflicto», «no guerra» o de «no violaciones sistemáticas a los derechos humanos», es el primer pilar que debe construir un proceso de transición, 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 sólo pueden lograrse si ésta está garantizada. La reconciliación social, a través de la reanudación de las relaciones y 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 este objetivo sólo 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.

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»¹³ debería estar presupuesto que esa persecución penal no daña la paz, pues sin ella no es posible ningún tipo de reconciliación. Dicho crudamente: mientras llueven balas y caen bombas no hay lugar para la reconciliación. Es cierto que una paz sostenible sólo es posible si hay reconciliación, pero también lo es que sólo puede haber reconciliación si hay paz, al menos, paz entendida como ausencia de agresión. Es por ello que el primer objetivo que debe buscar un proceso de transición es la consecución de una situación de paz mínima, 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 sólo sobre ella podrá comenzar a construirse un Estado de derecho¹⁴.

¹³ Ambos, *op. cit.*, pp. 16 s (notas omitidas). En el mismo sentido, Darryl ROBINSON, «Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court», (2003) 14 *European Journal of International Law* 481, p. 489; Héctor OLÁSULO, «The prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: A quasi-judicial or a political body?», (2003) 3 *International Criminal Law Review* 87, p. 139 y Rodrigo UPRIMNY y María Paula SAFFON, «Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades», en Angelika Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Ediciones Unianandes, Bogotá 2005), pp. 211, 224 y especialmente 229.

¹⁴ El concepto de Estado de derecho es muy complicado y sumamente ambiguo. Utilizo aquí el término en un sentido general para hacer referencia a un Es-

Estos son los motivos por los cuales estimo, en contra de una opinión muy difundida, que no puede haber un equilibrio, compromiso o ponderación 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»¹⁵ 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 (de la punición). En la idea del equilibrio, el compromiso, la transacción o la ponderación entre justicia y paz está implícito, 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. Esto es algo que ningún Estado de derecho debería permitir si no quiere poner en juego la base sobre la cual asienta su existencia. Sin lugar a dudas que la punición de los responsables de hechos atroces es socialmente importante; pero el respeto de la vida y de los derechos básicos de la población es prioritario. No existe un derecho humano al castigo que pueda vencer al derecho humano a no ser injustamente asesinado, lesionado, etc.

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 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

tado en donde en amplia medida son respetados los derechos fundamentales y las reglas de convivencia establecidas por las autoridades, especialmente por los parlamentos legitimados democráticamente. Sobre la evolución y diferentes significados del concepto de «Estado de derecho», «*rule of law*», «*Rechtsstaat*» y «*État de droit*» véanse las distintas contribuciones contenidas en Pietro COSTA y Danilo ZOLO (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Feltrinelli, Milán, 2002). Véase también Erns-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», en Böckenförde, *Staat, Gesellschaft und Freiheit. Studien zur Staatslehre und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1976, pp. 65 ss. y Alessandro BARRATA, «Zur Entwicklung des modernen Rechtsstaatsbegriffs», en Friedrich-Wilhelm Bauer-Kaupert, Georg Leistner y Henning Schweiger (eds.), *Liber Amicorum B.C.H. Aubin. Festschrift für Bernard C.H. Aubin zum 65. Geburtstag*, Hegel, Kehl am Rhein-Estrasburgo, 1979, pp. 1-14.

¹⁵ Ambos, *op. cit.*, pp. 22 s y pp. 75 ss.

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 (punción). 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, etc.).

4. Sin embargo, el mejor argumento a favor de no ceder tan sólo un ápice en exigencias de punición, no es el argumento de la retribución o de un supuesto derecho de las víctimas al castigo, sino el argumento de la prevención. Se dice que el castigo ineludible de los responsables de los crímenes actuales tendría un efecto disuasivo sobre futuros dictadores: al saber éstos lo que les espera, se abstendrían de comportamientos criminales¹⁶. Es un mejor argumento que el argumento de la punición como retribución (deber de perseguir y castigar por el merecimiento de pena del autor), porque aquí ya no se trata de una confrontación entre bien retribución versus el bien vida, sino entre vidas salvadas versus vidas sacrificadas. Pero también este argumento presenta serios problemas. Por un lado, 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 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 pena¹⁷. Es una visión muy optimista creer que quien lleva las riendas de una

¹⁶ Cfr. ROBINSON, *op. cit.*, p. 489; AMBOS, *op. cit.*, p. 36; UPRIMMY y SAFFON, *op. cit.*, pp. 425 s. También, pero desde un punto de vista crítico, James FEARON, «Comentarios acerca del problema del antes y el después en la justicia transicional», en Elster, Jon *et al*, *Seminario Internacional* cit., p. 136 y Danilo ZOLO, «Peace through Criminal Law?», (2004), 2 *Journal of International Criminal Justice* 727, p. 732.

¹⁷ Ver la objeción usual en contra de prevención general negativa tan sólo en Günter STRATENWERTH y Lothar KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 5. Auflage (Colonia, Carl Heymanns Verlag, 2004), pp. 12 s. (en la traducción castellana de Manuel Cancio Melia y Marcelo A. Sancinetti de la 4.^a edición

dictadura criminal —especialmente en el momento de apogeo— 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 buscado¹⁸. Por el otro, en 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 daños futuros eventuales al costo de exponer a otras a daños actuales ciertos.

5. 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 donde la propia supervivencia del Estado de derecho está comprometida y por ello, bien puede ser concebida como una *cláusula de supervivencia* del Estado¹⁹. Aunque es un instrumento que pone en

de STRATENWERTH, *Derecho Penal, parte general I, El hecho punible* (Buenos Aires, Hammurabi, 2005), p. 42).

¹⁸ Friedrich DENCKER, «Crímenes de lesa humanidad y derecho penal internacional. Observaciones críticas», en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 636 s. Por tal razón, la Corte Penal Internacional debe ser muy prudente al evaluar si inicia una investigación cuando existen tratativas o acuerdos de paz en curso. Pues, si ella 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 si los dictadores no pueden confiar en que la palabra dada en una mesa de negociaciones será respetada, probablemente preferirán luchar hasta el fin a sentarse a negociar.

¹⁹ En situaciones normales el Estado debe perseguir los delitos y por ello sí podrían existir reglas que excluyan de la amnistía a delitos comunes tales como el homicidio, el robo, etc., 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 finalizada a 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

evidencia que el Estado no puede hacer lo que debe hacer o puede hacerlo sólo con costos altísimos, la amnistía es una herramienta valiosísima para un Estado de derecho, pues protege la condición sin la cual éste 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 negociadores²⁰. En mi opinión, este objetivo no tiene grandes posibilidades de éxito y, en ciertos casos, puede ser incluso contraproducente. Por más bien intencionado que sea el tratar de establecer reglas jurídicas preestablecidas, incluso estándares internacionales, acerca de cómo debe ser una transición o bien qué medidas puedan emplearse y con qué presupuestos, condiciones o requisitos, en definitiva tales reglas serán seguidas sólo allí donde la relación de fuerzas entre el viejo sistema y el nuevo, entre quienes serán objeto de las medidas la transición y quienes las diseñan, lo permita. Establecer que una amnistía sólo 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 más, 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 Corte IDH 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 es hecha para justificar la quiebra de principios constitucionales— en situaciones donde el conflicto quedó atrás y quienes cometieron crí-

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 bajo 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*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1984, pp. 11 ss.

²⁰ Cfr. el Informe del Secretario General de la ONU, *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, *op. cit.*, pp. 25 s

menes 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 están dispuestos a avanzar hasta derrocar el gobierno constitucional e incluso abrir fuego contra la población civil si no consiguen garantías de impunidad por crímenes pasados? En una situación así sólo un mártir principista (porque no cede al principio retribucionista de «a cada cual lo que se merece») e irresponsable (porque haciendo ello 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 rol del mártir principista) o serán 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 hacia el idealismo retribucionista—). Tales límites absolutos al dictado de amnistías sólo tendrán éxito —con éxito me refiero sólo a que no comprometen la paz— si son utilizados de manera atemporal, esto es, si se los aplica para anular una amnistía en un momento en que la situación crítica de conflicto ya no existe, como en la sentencia de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón* de la Corte Suprema argentina. Aquí el problema no es político (no hay ya riesgo de una reanudación de la guerra o de una vuelta del Estado criminal), sino en muchas ocasiones jurídico, pues el derribamiento de amnistías puede implicar como costo la lesión de principios básicos del orden constitucional²¹. 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).

Sólo las circunstancias del 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 pena, a cuánto de pena y bajo qué condiciones para conservar la paz. Por ello, en ciertas ocasiones extremas puede estar justificada una amnistía total por crímenes

²¹ Éste es un problema diferente que aquí no será abordado. Sólo 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 cfr. MALARINO, *op. cit.*, *passim*.

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 con una amnistía parcial que abarque sólo 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 donde la contribución al proceso de transición (en forma de aportes a la reconstrucción de la verdad, desarme y desmovilización, reparación a la víctima, etc.) sea premiada con descuentos de pena²². Finalmente, también habrá casos en los que la persecución de los responsables 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. Ésta es una dificultad propia del proceso de transición; es un riesgo que sólo 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 el retorno o la no salida de una situación de conflicto, pues la paz como situación de «no conflicto» es una condición mínima indispensable para el desarrollo de cualquier forma elemental de convivencia social.

Pérdida de la paz significa guerra, sea abierta o encubierta, y guerra significa muerte y violaciones masivas de derechos. La obtención, conservación y protección de la paz es la función primordial de un Estado moderno, pues su deber primario 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 perse-

²² No voy a referirme aquí a los problemas jurídicos que puede conllevar un derecho penal de premios, pues esto excedería en mucho el marco de este trabajo.

cución 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.

Las corrientes modernas que anatematizan la amnistía, imponiéndole límites absolutos precisamente en el ámbito central de aplicación, desconocen los beneficios que este instrumento aporta, a través de colaborar a crear o mantener una situación de «no conflicto», a la convivencia social²³. Estas corrientes modernas olvidan que sancionar sin excepciones podría implicar en ciertos casos «el sufrimiento, la miseria y la muerte de muchos seres humanos»²⁴.

²³ Me refiero, obviamente y como ya quedó claro de la exposición, únicamente a las amnistías conciliadoras y no a las auto-amnistías. Véase algunas de las razones de la prohibición de auto-amnistías en MARXEN, *op. cit.*, pp. 38 ss.

²⁴ DENCKER, *op. cit.*, p. 637.