

CLARA RAMÍREZ BARAT

*Hacia una interpretación expresivista
del castigo en el ámbito penal internacional*

Resumen. Partiendo del desarrollo que ha experimentado durante las últimas décadas el Derecho penal internacional, y en especial cómo tal marco jurídico se ha venido empleando en los contextos de la llamada justicia transicional, este capítulo busca examinar en qué medida los argumentos de corte preventivo que normalmente se han utilizado para justificar los juicios a perpetradores de abusos de Derechos Humanos en procesos de democratización, pueden hacer frente a las críticas que se han venido realizando, de manera recurrente y desde diversos flancos, sobre su adecuación y eficacia en contextos nacionales. Admitiendo que, efectivamente, la versión disuasoria de justificación del castigo, no logra dar cuenta satisfactoriamente de algunas de las críticas más importantes planteadas, en este texto, sin embargo, trato de argumentar, aún de manera tentativa que, abandonando dichos presupuestos consecuencialistas y adoptando una versión expresivista de la justificación del castigo en el contexto internacional, es posible resolver algunos de estos problemas.

Palabras clave. Derecho penal internacional, justicia transicional. teorías del castigo. teoría expresivista del castigo. teoría disuasoria del castigo. corte penal internacional. paz contra justicia.

Durante las últimas décadas hemos sido testigos de la emergencia de la justicia transicional en situaciones de posconflicto o post-autoritarismo, entendida como un conjunto de medidas de carácter fundamentalmente legal que, en su conjunto, buscan responder a los abusos de Derechos Humanos de la etapa anterior y, al mismo tiempo, contribuir a la reconstrucción del sistema democrático, fomentar la reconciliación social y prevenir la recurrencia de este tipo de violaciones en el futuro.

Dentro de este paradigma –y probablemente relacionado con el hecho de que las prácticas de justicia transicional hayan sido principalmente promovidas por activistas y defensores de los Derechos Humanos directamente vinculados con el ámbito legal internacional– merece la pena destacar el importante desarrollo que ha experimentado en los últimos años la justicia penal. Esto no significa solamente que la justicia penal se haya venido convirtiendo en el mecanismo de responsabilización por excelencia para hacer frente a los abusos de Derechos Humanos de la etapa anterior, sino también que, de forma paralela, haya ido cobrando una importancia capital dentro del contexto internacional. De esta forma, y significativamente tras la creación de los tribunales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda a mediados de los 90, han venido sucediéndose en cadena toda una serie de procesos penales que habrían usado fórmulas diversas en su realización, como la aplicación de la jurisdicción internacional en casos como los de PINOCHET o HISSÈNE HABRÉ, la creación de los tribunales híbridos como los de Timor del Este, Kosovo o Sierra Leona, y finalmente, el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

Así, podríamos decir que desde las primeras experiencias en América Latina y los debates iniciales en la literatura sobre si las jóvenes democracias tienen el deber de castigar a los responsables de abusos de Derechos Humanos cometidos en el pasado¹ y sobre el llamado *dilema entre la paz y la justicia*,² la justicia penal habría experimentado un desarrollo fundamental en un contexto en el que el papel de la comunidad internacional habría evolucionado también de manera significativa. Las dos manifestaciones más visibles de este cambio serían, por un lado, una mayor disposición de actuar en los procesos de democratización de acuerdo con la prohibición en el Derecho internacional contra la concesión de amnistías por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y, por el otro, aunque relacionado con el primero, el establecimiento de la Corte Penal Internacional que, por lo menos, cuestiona en términos internacionales los efectos de una amnistía nacional por esos crímenes³. Todos estos desarrollos delimitan una nueva comprensión del contexto legal internacional a los ojos de aquellos que depositan su esperanza en el avance del sistema de justicia global y la erosión del sistema post-wesfaliano de soberanía de los Estados cuando se trata de cuestiones relacionadas con la protección y garantía de los Derechos Humanos. Así, lo que hace unos años se consideraba una cuestión que dependía fundamentalmente de la discreción de los Estados, se ha convertido en un

-
- 1 Sería representativo de este tipo de preocupaciones la agenda de la conferencia patrocinada por el *Aspen Institut* en 1988, *State Crimes: Punishment or Pardon* que, según su organizadora, A. H. HENKIN, tenía como objetivo “discutir los asuntos morales, políticos y jurisprudenciales que surgen cuando un gobierno ha participado en graves violaciones de derechos humanos, es sucedido por un régimen más inclinado a respetar dichos derechos” (Queenstown, Aspen Institute, 1989, p. 1). La bibliografía sobre esta cuestión es, en cualquier caso, muy extensa. En relación al papel del derecho internacional sobre la obligación de perseguir este tipo de crímenes pueden verse, en general, D. F. ORENTLICHER. “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *The Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, pp. 2537-2615; C. EDELENBOSC. “Human Rights Violations. A Duty to Prosecute?”, *Leiden Journal of International Law*, 1994, vol. 7, Iss. 2, pp. 5-22 y el conjunto de artículos publicados en el volumen especial dirigido por M. C. BASSIOUNI. “Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, 1996, vol. 59, Iss. 4.
 - 2 Casi todos los textos que tratan el tema de la responsabilidad jurídica por los abusos de derechos humanos en procesos de transición democrática tocan esta problemática. Puede verse un planteamiento del problema en A. NEIER. “What Should be Done about the Guilt?”, *The New York Review of Books*, 1990, vol. 37, pp. 32-35; J. BENOMAR. “Confronting the Past. Justice after Transitions”, *Journal of Democracy*, 1993, vol. 4, pp. 3-14; L. HUYSE. “A Devil’s Choice: Dilemmas of Backward-Looking Justice”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, vol. 2, pp. 120-40, y J. DUGARD. “Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?”, *The Third Manfred Lachs Memorial Lecture*, 1999.
 - 3 P. DE GREIFF. “Contributing to Peace and Justice – Finding a Balance Between DDR and Reparations”, en *Building a Future on Peace and Justice International Conference*, Nüremberg, 25-27 de junio de 2007, p. 1.

tema de relevancia internacional, de tal manera que habría dejado de estar en manos de los primeros decidir qué hacer con los perpetradores de abusos de Derechos Humanos al mismo tiempo que se habría avanzado hacia la constitución de un *ethos* internacional, más o menos compartido, sobre cómo actuar en estos casos⁴.

Ahora bien, este desarrollo del ámbito penal internacional no ha estado exento de problemas ni ha sido ajeno a toda una diversidad de críticas que se han venido levantando desde los flancos más variados. Así, a los recelos tradicionales contra cualquier concepción normativa de la relaciones internacionales expresados por los defensores de la *realpolitik* se han añadido, más recientemente, los de aquellos que se muestran escépticos ante la relación que se establece entre los ámbitos internacional y nacional en relación a la justicia penal y los límites del primero para intervenir adecuadamente en los márgenes del segundo. Las presiones internacionales a favor de la justicia penal suscitan problemáticas de índole diversa, tanto en lo que a su aplicación procedimental se refiere, como a su relación con otros programas y la correspondiente competición por los recursos materiales, y, finalmente, aquellas que derivan de la autoridad de los procesos internacionales, importantes no sólo en la medida en que se habla de injerencia en los asuntos internos de cada Estado, sino también en términos de eficacia.

Si bien todas estas críticas, algunas de naturaleza exclusivamente práctica, deben ser evaluadas en su justa medida, es posible identificar una preocupación compartida que vuelve a poner en la palestra, desde una óptica novedosa, un viejo problema que ya preocupaba a finales de los ochenta a autores como ZALAUQUETT y NINO cuando se preguntaban por el papel que debía tener el Derecho internacional a la hora de delimitar el ámbito de acción de una joven democracia en las situaciones de posconflicto⁵. Más allá de las posturas escépticas

4 Precisamente bajo el marco de la ONU han venido elaborándose una serie de documentos que delimitan con bastante precisión estos parámetros. Así, por ejemplo, Organización de Naciones Unidas. Informe del Secretario General. “El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, Doc. ONU S/2004/616; Organización de Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, 8 de febrero de 2005. “El conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad”, Doc ONU. E/CN.4/2005/102/Add.1, y, finalmente, Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 60/147, del 21 de marzo de 2006. “Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Doc. ONU A/RES/60/147.

5 Del primero, cfr. J. ZALAUQUETT. “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints”, en A. H. HENKIN. *State Crimes*, cit., pp. 23-69, y del segundo, C. S. NINO. “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context. The Case of Argentina”, *The Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, pp. 2619-40.

o realistas, este tipo de planteamientos esconden recelos más sutiles que, lejos de poner duda el valor normativo del discurso internacional de protección de los Derechos Humanos, se muestran preocupados por la relación que se establece entre el contexto legal internacional y los procesos de democratización nacionales, abogando por formas alternativas de entender la interacción entre ambos y resaltando el margen de actuación que debería tener una democracia sobre las decisiones que afectan a su propio futuro. Si bien la pregunta última que se esconde detrás de este debate tiene que ver directamente con la autoridad (normativa y fáctica) que cabe atribuir al sistema internacional de derecho y su relación con la autoridad de los regímenes democráticos, es posible abordar el problema de manera preliminar analizando los presupuestos de corte consecuencialista que se encuentran detrás de la justificación del castigo imperante en el contexto internacional. Aquí me gustaría argumentar que, abandonando dichos presupuestos y adoptando una versión expresivista de la justificación del castigo a nivel internacional, es posible resolver algunos de estos problemas.

El presente trabajo está organizado en cuatro apartados. En el primero se introducirá, de manera esquemática, el desarrollo del marco normativo internacional en relación con el individuo a partir de la gestación de la doctrina internacional de los Derechos Humanos y de la responsabilidad penal internacional, así como su relación con las situaciones de posconflicto o postautoritarismo. En el segundo apartado se recogerán en líneas generales los rasgos que caracterizan a la versión disuasoria del castigo en el contexto internacional, para mostrar, en el tercer apartado, algunas de los problemas que dicha trama de justificación plantea. Finalmente, un cuarto y último apartado propondrá, de manera aún tentativa, una forma alternativa de justificación del castigo en el contexto internacional a partir de una concepción expresivista del mismo y tratará de esbozar cuáles son las consecuencias más importantes que de la misma se siguen.

I. EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS SITUACIONES DE JUSTICIA TRANSICIONAL

El Derecho Internacional es un complejo entramado de normas jurídicas producido en el seno de la Comunidad Internacional que regula el comportamiento de los Estados en relación con una gran diversidad de materias que afectan a los intereses compartidos o enfrentados de éstos y cuyo último objetivo sería mantener y garantizar el orden mundial. Si antes de 1945 el individuo no existía como sujeto de derechos en el sistema internacional de derecho y, por tanto, las normas sólo funcionaban a nivel interestatal, la situación cambia tras el final de la Segunda Guerra Mundial. Es a partir de este momento, y podemos decir en

parte también como resultado del horror que supuso la experiencia de la guerra, que se introducen en el panorama legal internacional un conjunto de estándares normativos que afectan directamente a los individuos a través de dos procesos diferentes.

Por una parte, la promulgación de la *Carta de las Naciones Unidas* mediante la cual, por primera vez, se reconocen en el contexto internacional los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, marca el inicio del desarrollo del sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, según el cual el sujeto amparado por la norma pasa a ser la persona individualmente considerada y, por tanto, los Estados a tener la obligación de cumplir el Derecho también en relación con ella. La responsabilidad del Estado entra en juego en tanto que éste tiene la obligación de respetar y asegurar el cumplimiento de los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos sobre la base de los tratados de Derechos Humanos internacionales o el Derecho internacional consuetudinario, especialmente en relación con las normas con carácter perentorio⁶.

Pero además, por otra parte, el fin de la Segunda Guerra Mundial inaugura un capítulo en la historia del Derecho internacional, significativamente a partir de los juicios de Nüremberg, cuando el sujeto pasa también a ser depositario de responsabilidad penal internacional. Este tipo de responsabilidad supone que hay una serie de crímenes que se consideran internacionales, prohibidos por el Derecho internacional, y que, en consecuencia, pueden ser juzgados internacionalmente, o bien por un tribunal internacional que tenga jurisdicción sobre los mismos de manera permanente o *ad hoc*, o bien por un tribunal nacional de otro Estado que se arrogue en ejercicio de la jurisdicción internacional. De esta forma, el Derecho penal internacional se convierte en un mecanismo que permite la intervención internacional en los asuntos internos de los Estados cuando se trata de una serie de crímenes, los llamados crímenes internacionales que, históricamente conformados por constituir crímenes aberrantes, condicionan el margen de discreción que tienen los Estados a la hora de hacer frente al legado de los abusos cometidos en el pasado y prohíben el uso de amnistías, indultos y otro tipo de mecanismos políticos que tradicionalmente se habrían empleado en los procesos de resolución de conflictos. Este avance del marco normativo internacional establece así una situación novedosa que se vuelve clave para el desarrollo de las situaciones de posconflicto o postautoritarismo, en la medida

6 T. VAN BOVEN. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe final, presentado en el ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión sobre la prevención de la discriminación y protección de las minorías, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1993/8, p. 16.

en que impone una serie de directrices sobre la forma de proceder con los perpetradores de abusos de Derechos Humanos de la época anterior en los procesos transición democrática, los cuales habrían estado tradicionalmente movidos por las retóricas de reconciliación, acompañadas de amnistías generales, indultos y otras formas de exoneración de culpas.

Ahora bien, por otra parte, es importante tener en cuenta que las situaciones transicionales presentan una serie de rasgos excepcionales que dificultan una interpretación tradicional del Derecho y que, además, nos advierten, a la hora de pensar en la aplicación de la justicia penal, de lo difícil que resulta hacer transferencias automáticas desde un domino de justificación ordinario a otro que podríamos denominar *extraordinario*. Como han puesto de relieve muchos autores, todos los sistemas legales trabajan sobre el supuesto de que el comportamiento que rompe las normas y causan un perjuicio a las víctimas es más o menos excepcional⁷. Es decir, presuponen que hay, en primer lugar, un cumplimiento generalizado de las normas. Por ello, un sistema de justicia penal puede ser viable y eficaz en momentos normales en los que se respeten de manera generalizada los presupuestos del Estado de derecho. Sin embargo, esta comprensión ordinaria de la justicia penal no parece poder proporcionar el marco jurídico ideal para resolver problemas de naturaleza colectiva y de gran magnitud. Las situaciones de transición democrática suelen estar caracterizadas por la necesidad de hacer frente a un legado de violaciones masivas y sistemáticas de Derechos Humanos. Hablamos de momentos en los que las estructuras estatales suelen estar seriamente erosionadas, haciendo costoso, muchas veces, el cumplimiento de la justicia por motivos simplemente físicos. Además, suelen ser momentos en los que hay cierta urgencia de tomar decisiones y los recursos materiales son limitados, de manera que las distintas políticas que puedan llevarse a cabo compiten muchas veces directamente entre sí. Por si esto no fuera poco, los episodios de abusos de Derechos Humanos en manos de las fuerzas estatales, suelen dejar detrás de sí un número muy elevado de perpetradores (y, por ende, de víctimas); procesar de manera justa a todos y cada uno de esos perpetradores puede suponer el colapso del sistema penal de un país. Y, finalmente, tampoco debemos olvidar que estamos hablando de sociedades que se encuentran fuertemente escindidas por motivos políticos en las que no hay una visión compartida del bien común, ni una lectura unánime del pasado. Y esto

7 Cfr. JO. M. PASQUALUCCI. "Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: a Critical Assessment of Current Practice and Procedure", *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, 1996, pp. 1-58, y P. DE GREIFF. "Justice and Reparations", en id. *The Handbook of Reparations*, New York, Oxford University Press, 2006, pp. 451-477.

no sólo es importante en términos prácticos, sino también normativos en la medida en que un proceso de transición democrática reconoce la importancia de lograr una serie de metas que se consideran, además, legítimas y que, sin embargo, establecen entre ellas una relación compleja, cuando no problemática: la necesidad de superar las divisiones sociales (reconciliación), la necesidad de reconstruir el Estado de derecho y el sistema democrático (democracia), y la importancia prevenir la recurrencia de este tipo de violaciones o garantizar la paz futura (paz).

En esta situación la pregunta sobre la justificación o finalidad del castigo se vuelve relevante en un contexto novedoso; es decir, ya no sólo se trata de esgrimir una justificación plausible sobre por qué debemos castigar a los responsables de abusos de Derechos Humanos, sino que tal justificación se aplica a un dominio de funcionamiento diferente al habitual que es, como ha señalado Pablo de Greiff, *muy imperfecto*⁸. Así pues el reto sobre la propiedad de castigar a los responsables de abusos de Derechos Humanos no sólo refleja una tensión entre la teoría y la práctica, por otra parte habitual en los asuntos políticos y morales, que nos alerta de la necesidad de ejercer el juicio prudencial en cada situación particular, sino que también pone en evidencia que la posibilidad de poner en práctica ciertos mecanismos afecta a la forma de entender teoría misma y exige, por tanto, que seamos capaces de pensarlas de forma conjunta. De esta manera, si bien sería inadecuado supeditar la relevancia de los principios normativos a cuestiones meramente prácticas, la complejidad que deben enfrentar estas situaciones, y precisamente en la medida en que nos preocupan las consideraciones de justicia, si que nos llama a ejercer cierta dosis de prudencia o cautela. Se trata pues de reconocer que hay una diferencia entre lo que podría contar como una justificación ordinaria del castigo y lo que podríamos denominar la justificación del castigo en situaciones excepcionales en las que la propiedad de poner en marcha juicios penales no sólo depende de la teoría del castigo en general que utilicemos, sino que también debe tener en cuenta las circunstancias particulares y concretas siendo capaz, por tanto, de dar cuenta de la finalidad del castigo en las mismas pero, al mismo tiempo, también de sus limitaciones. Es decir, no sólo se trata de saber por qué castigamos, sino también de entender por qué castigamos a los perpetradores de abusos de Derechos Humanos en situaciones de posconflicto y postautoritarismo.

8 P. DE GREIFF. "International Courts and Transitions to Democracy", *Public Affairs Quarterly*, 1998, vol. 12, Iss. 1, pp. 79-99.

Pero, además, en la medida en que introducimos el marco de lo particular en nuestro marco de reflexión general dos consideraciones adicionales se vuelven importantes a la hora de pensar la justicia internacional: primero, debemos tener cuidado con distinguir el dominio de justificación internacional y el nacional cuando hablamos de justicia penal, siendo también cuidadosos de no trasladar de manera automática y acrítica el funcionamiento de la justicia de uno a otro; y, segundo, es importante también pensar la relación que se establece entre los dos marcos en ambas direcciones, es decir, ya no trata sólo de plantear el problema del castigo desde la perspectiva internacional, sino también, desde la perspectiva nacional. Desde esta segunda óptica la pregunta no es ya qué debe hacer una democracia para cumplir las directrices establecidas por el Derecho internacional, sino más bien, de qué manera puede el Derecho internacional contribuir de manera más satisfactoria al establecimiento de una democracia en ciernes.

II. LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Como decíamos más arriba, si bien es cierto que hay antecedentes históricos en la responsabilización penal individual⁹, el enjuiciamiento de personas por crímenes de Derecho internacional es algo relativamente novedoso. El sistema penal internacional vigente tiene un claro antecedente en el desenlace y las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, que no sólo se plasmó en la celebración de los juicios de Núremberg, en los que los altos mandatarios del nazismo fueron juzgados por emprender una *guerra de agresión*, sino que, precisamente, marca la creación de la ONU como un sistema de organización internacional entre Estados con el objetivo principal de mantener la paz y la seguridad mundiales. Así, podríamos decir que la creación de la ONU coincide en el tiempo con la cristalización de una suerte de noción de justicia global que vinculaba los objetivos de la paz y la seguridad mundiales con el principio de humanidad, tal y como emergió en el seno de la comunidad internacional en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial y como consecuencia de la toma de conciencia colectiva de que los horrores que en ella fueron cometidos no debían volver a repetirse nunca en ningún lugar del mundo.

9 Cfr., por ejemplo, J. CHINCHÓN. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid, Ediciones Parthenon, 2007, pp. 71-88; también se puede cfr. H. BALL. *Prosecuting War Crimes and Genocide. The Twentieth-Century Experience*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999.

A partir de aquel momento se empieza hablar de crímenes contra la humanidad entendidos como aquellos que representan conductas que, por su naturaleza misma y por su gravedad, ofenden a la humanidad en su conjunto. Pero, además, estos crímenes, y precisamente en la medida en que ofenden a la humanidad en su conjunto, pueden ser juzgados por un tribunal internacional. Así, como dice DIANE ORENTLICHER, *el principio de universalidad* en el que se basaba la aserción de jurisdicción de los aliados sobre los criminales de guerra nazis, inauguraba una rama del Derecho internacional que reconocía y protegía los Derechos Humanos¹⁰.

Ahora bien en la doctrina internacional este principio de universalidad va mas allá de establecer la jurisdicción internacional sobre una serie de crímenes que se consideran intereses fundamentales de la comunidad mundial, dado que, además, como argumenta JAVIER CHINCHÓN, los valores que protegen deben tener prioridad sobre cualquier otro interés o exigencia nacional.

De este modo la trascendencia internacional de ciertos crímenes encuentra una justificación clara que aboga porque la responsabilidad de los autores de tales crímenes supere los ámbitos estatales y se sitúe en la esfera internacional. Será entonces dentro de la misma donde hay que terminar cuándo y de qué forma esos crímenes deben ser perseguidos y sancionados¹¹.

Este argumento nos advierte que cierto tipo de violaciones o crímenes, por sus propias características (*principio de humanidad*), son objeto de preocupación internacional (*principio de universalidad*). Sin embargo, y aún admitiendo la fuerza moral de este razonamiento, todavía quedan algunas preguntas abiertas que este planteamiento debe responder. En primer lugar, podemos suponer que lo que hace que ciertos crímenes sean considerados de trascendencia universal es algo que necesita algún tipo de respuesta. Si bien una contestación inmediata estaría en la existencia del consenso internacional que tipifica ciertas conductas como crímenes, es evidente que, en el momento que hablamos de autoridad de la ley, el simple consenso no aporta una respuesta completamente satisfactoria. Así, y sin entrar en la cuestión de qué significa ese consenso internacional, merece la pena notar que la inmoralidad de ciertas conductas no parece ser suficiente para que se consideren de trascendencia internacional; de hecho, existen un sinnúmero de conductas inmorales que, en el sistema internacional actual, se consideran sólo incumbencia de los Estados. Sería completamente razonable

10 D. F. ORENTLICHER. "Settling Accounts", cit., p. 2557.

11 J. CHINCHÓN. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, cit., p. 160.

pues que nos preguntáramos qué conductas, y por qué éstas y no otras, son consideradas bienes jurídicos de incumbencia internacional. Pero, además, y en segundo lugar, precisamente en la medida en que no toda conducta inmoral en el interior de un Estado justifica la intervención de terceros Estados, también es necesario responder por el funcionamiento del principio de universalidad, máxime en la medida en que parece establecer una prioridad sobre la soberanía de los Estados, avalando el ejercicio de la jurisdicción internacional.

En resumidas cuentas, aunque fuera posible determinar un criterio de selección que vaya más allá del mero consenso histórico y que también sea éste el que confiera autoridad para juzgar ciertos delitos, es importante que notemos que los principios de universalidad y humanidad por sí solos no constituyen un argumento a favor de la justicia penal o del castigo, sino que nada más establecen el dominio de trascendencia de la ofensa en cuestión. Sin embargo, la doctrina penal internacional no sólo tipifica una serie de conductas como crímenes internacionales, sino que también establece cómo deben ser tratados, es decir, impone la necesidad de castigo. O mejor, pensando ahora en el caso que nos ocupa, el Derecho penal internacional establece qué debe hacer en un período de transición política una joven democracia en relación con los abusos de Derechos Humanos cometidos en el pasado. Aquí aparece un nuevo reto de justificación, ya que no sólo se trata de determinar por qué cierto tipo de crímenes tienen una trascendencia internacional o quién tiene autoridad para juzgarlos, sino también por qué el castigo es la mejor respuesta a los mismos y, por tanto, se hace necesaria la elaboración de una teoría del castigo. Pero, además, si recordamos ahora lo que decíamos más arriba sobre la excepcionalidad de las situaciones de transición democrática, parece razonable, y en la medida en que queramos saber cómo puede el Derecho internacional ayudar a esta joven democracia en ciernes a fomentar la causa de la justicia, que tal teoría pueda acomodar las dificultades específicas que se presentan en tales circunstancias.

Si bien la doctrina internacional dispone de diversas teorías a las que podría recurrir a la hora de justificar la pertinencia del castigo, hay dos ideas, estrechamente relacionadas además con el surgimiento histórico de la doctrina penal internacional, que cobran una relevancia especial a la hora de hacerlo: la impunidad y el mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales. Así, por ejemplo, en el preámbulo al Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia leemos que, “en la circunstancias particulares que reinan en la ex-Yugoslavia, la creación por el Consejo de Seguridad de un tribunal internacional, como medida *ad hoc*, y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario [...] contribuirían

a la restauración y el mantenimiento de la paz”¹². El Estatuto de la Corte Penal Internacional sostiene, igualmente, que los crímenes de Derecho internacional “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” y que están “[D]ecididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”. Adoptando un argumento de corte consecuencialista, los textos legales establecen así un claro vínculo entre la justicia y la paz.

Efectivamente, estas ideas han sido recogidas y desarrolladas por los defensores de la justicia penal internacional. Así, por ejemplo, en un artículo ya clásico en la literatura de justicia transicional, DIANE ORENTLICHER trataba de argumentar, en medio del debate de los años 90 sobre el dilema entre la paz y la justicia, que el Derecho internacional contribuye a garantizar la supervivencia de las democracias frágiles en la medida en que su firme declaración saca ciertos crímenes atroces del contexto limitado de la política interna de un país y los ubica directamente dentro de un ámbito de preocupación internacional y conciencia de todas las personas civilizadas. Desde este punto de vista el eje central de la argumentación a favor de la sanción penal sería que ésta es la garantía más efectiva contra las violaciones futuras, en la medida en que el enjuiciamiento penal puede disuadir a los agresores potenciales e inocular a la sociedad en contra de las tentaciones futuras de colaborar con la violencia de Estado. La versión negativa de este argumento cobra más fuerza, y apuntala la validez de su versión positiva, en la medida en que resalta que si fallamos en castigar las violaciones de Derechos Humanos en el pasado estaríamos transmitiendo un mensaje de impunidad que pudiera llegar a constituir una amenaza a la paz y la seguridad de la humanidad. Así, ORENTLICHER concluye que “en la medida en que la lógica de la disuasión justifica el castigo de los crímenes de Estado, el objetivo subyacente está mejor servido si el Derecho internacional impide la posibilidad de la impunidad”¹³.

12 Consejo Seguridad ONU. *Resolución 827*, 25 de mayo 1993, UN Doc. S/RES/827, énfasis. Dicha afirmación se repite en el estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda: “Expresando una vez más su profunda preocupación por los informes que indican que se han cometido en Ruanda genocidio y otras violaciones sistemáticas, generalizadas y manifiestas del derecho internacional humanitario. Habiendo determinado que esta situación sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Decidido a poner fin a esos crímenes y a tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia a los responsables. Convencido de que, en las circunstancias particulares de Ruanda, el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario permitiría alcanzar este objetivo y contribuiría al proceso de reconciliación nacional y al restablecimiento y el mantenimiento de la paz”. Consejo Seguridad ONU. *Resolución 955*, 8 de noviembre de 1994, UN Doc. S/RES/955, énfasis.

13 D. F. ORENTLICHER. “Settling Accounts”, cit., p. 2545. Cfr. también N. ROHT ARRIAZA. “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”, *California*

Ahora bien, tras reconocer en él una lógica consecuencialista basada en la disuasión como forma de garantizar la paz y proteger la seguridad de la humanidad, es importante notar que este argumento es sumamente complejo en la medida en que tiene un marco de justificación más amplio, temporal y territorialmente, que el que está centrado en un proceso de cambio político concreto, asentándose, en última instancia, sobre la creencia de la capacidad que tiene la ley internacional para hacer valer una serie de principios que representan ciertas normas universales. Esta realidad introduce otro elemento en nuestro análisis que no debe, en absoluto, ser pasado por alto, y que no será otro que resaltar lo lejos que está hoy en día el sistema internacional, a pesar de su fuerza moral, de ser un sistema de protección y garantía de derechos capaz de secundar de forma autoritativa, igualitaria y eficaz esos valores.

III. PROBLEMAS CON LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Como veíamos más arriba, la teoría empleada en el contexto internacional para justificar la propiedad del castigo vincula los principios de humanidad y universalidad con el mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales, arguyendo, precisamente, que éste es una herramienta capaz de prevenir nuevos crímenes; tanto es así, que sería posible justificar también la injerencia internacional en los asuntos internos de los Estados. Ahora bien, es evidente, que este argumento plantea una serie de problemas.

En primer lugar, y pensando en el tipo de crímenes que caracterizan a las sociedades democráticas, sería razonable que nos preguntáramos en qué medida el orden y la paz mundiales se ven amenazados por la conducta que un Estado determinado muestra hacia sus propios ciudadanos. Como supone CHARLES BEITZ no es difícil imaginar gobiernos que son opresivos internamente, pero cuya conducta internacional no es “agresiva y peligrosa”. Y lo que es aún más importante, el estatus normativo de los Derechos Humanos no depende del interés estratégico de la estabilidad internacional. Es decir, la razón por la cual las personas tienen derecho, por ejemplo, a no ser torturadas, no parece que dependa del hecho de que los regímenes que torturan son peligrosos para otros

Law Review, 1990, vol. 78, pp. 451-513; M. C. BASSIOUNI. “Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, 1996, vol. 59, pp. 1-28, y P. AKHAVAN. “Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?”, *American Journal of International Law*, 2001, vol. 95, pp. 7-31.

regímenes¹⁴. Una idea parecida encontramos en el trabajo de NINO, quien llama la atención sobre el hecho de que si fuera cierto que los juicios a los violadores de Derechos Humanos pudieran disuadir futuros golpes de Estado –aún siendo de forma indirecta una forma de prevenir violaciones masivas de Derechos Humanos– no estaría claro que esta lógica justificara el castigo en todos los escenarios posibles, entre otras cosas porque sería posible alcanzar los mismos objetivos criminalizando los actos de rebelión en lugar de hacerlo de manera indirecta criminalizando las conductas –las violaciones de Derechos Humanos– que normalmente son consecuencia de la rebelión¹⁵.

Pero, además, en segundo lugar, este argumento, debe hacer frente a otro problema suscitado por la estructura causal, y por ende empírica, que se establece entre la paz y la justicia, a partir de la idea de que esta segunda, en tanto que lucha contra la impunidad, promueve la paz futura. Ahora bien, antes de examinar esta cuestión resultaría oportuno trazar una diferencia entre dos conceptos de impunidad que, a menudo, no son claramente diferenciados en la literatura y que nos permiten distinguir dos escenarios diferentes que son relevantes a la hora de considerar el papel disuasorio del castigo. En primer lugar podríamos hablar de una suerte impunidad general o un clima de impunidad respecto a los abusos de Derechos Humanos en el contexto internacional y distinguirlo, en segundo lugar, de lo que se ha denominado, especialmente en relación con la experiencia de América Latina, *la cultura de la impunidad*, un concepto que refleja las consecuencias de las sociedades posconflicto, y que, a mi modo de ver, esconde un problema mucho más complejo en relación el funcionamiento general de las estructuras estatales, erosionando de forma generalizada el grado de confianza cívica en un país.

Pero empecemos analizando esa primera noción de impunidad más general. Si bien es cierto el efecto disuasorio del castigo no puede ser completamente descartado cuando tratamos de evaluar la importancia de la justicia penal como respuesta a los actos de violación de los Derechos Humanos, a la hora de la verdad, no se trata de la mejor forma de justificar la propiedad de la justicia penal en los procesos transicionales. Y es que la pregunta de si el castigo puede ser una forma eficiente de prevención, es, a fin de cuentas, una pregunta de carácter contingente. Considerar el efecto que tanto el castigo como la impunidad puedan tener sobre el futuro es fruto, solamente, de una suposición probable. No

14 C. BEITZ. "Rawls' Law of Peoples", *Ethics*, 2000, vol. 110, pp. 669-696, p. 685.

15 C. S. NINO. *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 145.

existe manera de predecir el comportamiento futuro de los actores implicados¹⁶. Si la evidencia empírica sobre la efectividad de la disuasión en los sistemas de justicia penal nacionales es poco concluyente, es aún más difícil demostrar ese impacto en el contexto de las violaciones masivas de Derechos Humanos. Según AUCKERMAN, existe un debate dentro de algunos círculos académicos, sobre si los crímenes y los criminales que están tras las violaciones masivas de abusos de Derechos Humanos pueden ser de alguna forma disuadidos. Y es que, en este sentido, el cálculo de costes y beneficios que opera en un contexto de crimen ordinario, pasa a ocupar un lugar diferente tanto por el contexto como por la naturaleza y alcance de los crímenes¹⁷. El problema de esta teoría es que confía demasiado en un cálculo racional en el comportamiento de personas que están dispuestas a cometer actos irracionales. Pero además, en tales decisiones intervienen muchos otros componentes, aparte de la eventual posibilidad del castigo, que reflejan, sin lugar a dudas, una situación mucho más compleja de lo que la teoría está dispuesta admitir. Precisamente porque la teoría disuasoria se apoya en un cambio de actitud basado en un análisis de costes-beneficios, la posibilidad de disuadir actúa sobre unos supuestos de probabilidad, en el caso de actos como empezar una guerra o llevar a cabo un golpe de Estado, muy difuminada. Y es que la percepción que dichos líderes tienen de la posibilidad de que sean puestos en manos de la justicia en dicho momento es altamente remota¹⁸. Por otra parte, como dice JON ELSTER siguiendo esta misma lógica, aquellos dictadores que están en el poder tratarán de permanecer más tiempo en él aplicando incluso métodos más violentos para retenerlo, como sucedió en Uruguay ante los juicios en Argentina¹⁹.

Por otra parte, también es importante considerar a quién se quiere disuadir. Como sostiene MALAMUD-GOTI, mirando al caso argentino, el efecto disuasorio se atenúa entre el grueso de la comunidad militar, donde factores organizativos y temporales interferían con los efectos disuasorios del castigo, en tanto que el fuerte sentido de lealtad a los camaradas debilita el efecto del castigo a medida

16 J. MÉNDEZ. "In Defense of Transitional Justice", en J. McADAMS. *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1997, pp. 1-26, p. 3, y J. MÉNDEZ. "National Reconciliation, Transnational Justice, and the International Criminal Court", *Ethics and International Affairs*, 2001, vol. 15, Iss.1, pp. 25-44.

17 M. J. AUKERMAN. "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, 2002, vol. 15, pp. 40-97, p. 69. Cfr. también D. GRAY. "An Excuse-centered Approach to Transitional Justice", *Fordham Law Review*, 2006, vol. 74, pp. 2662-2680.

18 J. ELSTER. *Ulises y las Sirenas*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979.

19 J. ELSTER. *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 50.

que uno desciende por la escala militar²⁰. Pero, disuadir a los futuros dictadores o líderes represivos parece una empresa aún más difícil. Y es que hay que pensar que, en dichos contextos, un futuro dictador racional puede pensar que los beneficios de adquirir el poder exceden a los costes de no conseguirlo, cuando no sentirse justificado en la comisión de sus delitos no llegando a percibirlos como tales o, peor aún, en casos aún más extremos de fanatismo y egolatría –piénsese en un líder talibán o en un personaje como HITLER– incluso el futuro dictador puede no dar importancia a su destino personal en relación a la empresa que está llamado a acometer.

Consideremos ahora el segundo escenario, en el que la lucha contra la impunidad no se refiere ya a ese ámbito global más ambicioso, sino simplemente a los límites establecidos de un determinado país en el que se supone que la acción de la justicia internacional tendrá un grado considerable de impacto en el mantenimiento de la paz. El problema es que en estos casos, y a no ser que construyéramos un concepto de paz de carácter fundamentalmente normativo, sería tan factible argumentar esto como lo contrario. Es decir, que sería posible sostener que, en un conjunto de circunstancias dado, el objetivo de la prevención se logra mejor a partir de una política de perdón y olvido²¹. De hecho, este es precisamente el argumento que utilizan a menudo los abogados de la *realpolitik* para defender las amnistías.

Pero, además, otra cosa que llama la atención en este argumento es la confianza que deposita en la capacidad que tiene el castigo para reformar las estructuras internas de un país en un momento de posconflicto; y esto de dos maneras: primero, simplificando la complejidad de la situación real en la que opera el castigo en las sociedades transicionales; y, segundo, otorgándole a éste más funciones de las que en realidad tiene. La estabilidad y el buen funcionamiento de una democracia están vinculados con toda una serie de factores complejos relacionados con el Derecho penal que va más allá del mantenimiento de un Estado policial. Ningún teórico del castigo ha argumentado hasta la fecha que éste pueda poner fin a la cultura de la impunidad en sociedades sin ley, y es que, de hecho, resulta complicado pensar que tal deba ser su cometido. El castigo sólo es el eslabón final de una cadena muy compleja, siendo la prueba última, podríamos decir, de que el sistema funciona. Pero, también hay que notar que, el hecho de que el sistema funcione no exige por sí solo que la forma de tratar los crímenes en

20 J. MALAMUD-GOTL. "Dignity, Vengeance, and Fostering Democracy", *The University of Miami Inter-American Law Review*, 1998, vol. 29, pp. 417-50, p. 424.

21 J. MÉNDEZ. "National Reconciliation, Transnational Justice, and the International Criminal Court", cit., p. 31.

una sociedad sea a través del castigo, ya que sería posible imaginar un sistema democrático que funcionara perfectamente con un modelo que tratara con la criminalidad social a partir de un sistema de corte restaurativo.

Ahora bien, por otra parte, también es cierto que esta objeción no debería ser en exceso sólida ya que el hecho de que la justicia penal no pueda probar su eficacia a la hora de poner fin a la cultura de la impunidad, no invalida el valor que ésta pueda tener a la hora de hacer responsables a los perpetradores de abusos de Derechos Humanos. Sin embargo, el problema es que tal y como está planteado el argumento consecuencialista precisamente la fuerza normativa del castigo descansa sobre su eficacia, haciendo al mismo tiempo una delicada extrapolación desde el dominio de justificación internacional al nacional que hace más complejos los problemas de autoridad de la propia ley, que se construye, además, como algo externo a cada contexto nacional dado. Y es aquí donde el general establece una compleja relación con el particular, en la medida en que el primero se impone desde fuera, olvidando de paso, lo que cada situación tiene de único y especial en sus características. En este sentido, el problema ya no reside exclusivamente en la tensiones que las presiones internacionales puedan generar en un proceso de democratización concreto, sino también en el hecho de que, simplemente, hay veces en las que ciertos mecanismos, más aún si son impuestos desde fuera, no funcionan como pudiera esperarse y, por tanto, pueden tener nulas o nefastas consecuencias para el país en el que se implementan, convirtiéndose al mismo tiempo en puros formalismos vacíos de contenido que acaban, además, por socavar el valor que como medidas de justicia pudieran tener. Y esto, sobre todo, si tenemos en cuenta que iniciar un proceso cuando no se dispone de medios adecuados para llevarlo a buen término puede ser pernicioso, no sólo porque genera expectativas que no se verán cumplidas sino porque, una vez perdida la oportunidad del momento, reabrir el proceso o iniciar otro nuevo será aún más difícil durante un período razonable de tiempo.

Ejemplos de esto no faltan; entre ellos estarían las comisiones de la verdad de Guatemala y el Salvador. En este último caso, precisamente el hecho de que la comisión fuera internacional, fue usado por el gobierno de la nación una semana después de la publicación del informe para declarar una amnistía general por abusos de Derechos Humanos. Este acto, no sólo sería contrario a la obligación de perseguir cierto tipo de crímenes sino que, al mismo tiempo, restaba credibilidad al propio trabajo de la comisión y, por ende, a la importancia o papel que pueden jugar este tipo de mecanismos en el futuro. También podemos pensar en la incapacidad que han demostrado los tribunales de Yugoslavia y Ruanda de involucrar a la población en el proceso de adscripción de responsabilidad

a los genocidas²². En Yugoslavia, a veces, incluso la población ha manifestado más apoyo hacia los mismos, como reacción a lo que sería una percepción de *intrusismo* extranjero²³.

IV. DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA TEORÍA 'EXPRESIVISTA' DEL CASTIGO

Si recordamos todo lo dicho hasta ahora, la doctrina penal internacional combina los principios de humanidad y universalidad con una teoría consecuencialista de la justificación del castigo que incide no sólo en la fuerza de la disuasión sino que, en la medida en que éste apoya sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales, tiene problemas para acomodar la relación entre el particular y el universal que, además, se vuelven más complejos cuando se ponen de relieve la cuestión de la autoridad y la eficacia de la ley internacional en el ámbito nacional. Esta justificación se hace débil ante la crítica empírica y al serlo pone también en evidencia el valor del fin que persigue haciéndolo más susceptible de ser visto como una imposición externa. La fuerza de este argumento, apelando al mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales, acaba por convertirse en su debilidad desde el momento en que falla²⁴.

Sin embargo, existe otra forma de entender la dimensión internacional del Derecho penal que, perdiendo fuerza en relación con sus aspiraciones, no la pierde, sin embargo, en términos del valor de sus normas, ni debilita el compromiso que debería tener la comunidad internacional en su mantenimiento,

22 Cfr. a este respecto los trabajos de J. E. ÁLVAREZ. "Crimes of State/Crimes of Hate", *Yale Journal of International Law*, 1999, vol. 24, pp. 365-392, y E. STOVER y H. M. WEINSTEIN (eds.). *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

23 J. SNYDER y L. VINJAMURI. "Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice". *International Security*, 2003, vol. 28, pp. 5-44, p. 21. Es importante notar que, entre otras cosas, precisamente la constitución de tribunales híbridos tras las experiencias de Ruanda y Yugoslavia que tenían prioridad jurisdiccional, ha sido un intento de respuesta a muchos de estos problemas.

24 Resulta evidente que sería plausible argumentar, entonces, a favor de una teoría retributivista del castigo. Ésta es probablemente la senda que, de hecho, se ha tomado en el derecho internacional durante los últimos años en el momento en que se ha defendido la importancia del castigo apelando al reconocimiento que merecen de las víctimas. Siendo éste un tema especialmente delicado, e independiente de los problemas que tiene toda teoría retributiva del castigo, creo que hay buenas razones para desvincular el reconocimiento de las víctimas de cualquier versión de la justificación del castigo que manejemos. Tratar el tema con la propiedad que merece excede los propósitos del presente trabajo. Este problema lo he tratado con más detalle en C. RAMÍREZ BARAT. *La justicia en el tiempo. Una aproximación al concepto de justicia en los procesos de transición la democracia*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2007, pp. 182-192.

logrando, al mismo tiempo, ser más sensible a las circunstancias particulares y construyendo una lectura diferente del *principio de universalidad*. Si bien aquí no hay espacio suficiente para desarrollar estas ideas con propiedad, si que resulta necesario avanzar algunos de los argumentos principales, que deberán, sin embargo, ser refinados en otro lugar.

Así, a la hora de evaluar la pertinencia del castigo internacionalmente sancionado podríamos echar mano de otro tipo de teorías que, además, dan especial cuenta del contexto político y social en el que se desarrollan las prácticas punitivas, atendiendo a su carácter simbólico y expresivo, según las cuales: primero, el castigo constituye una forma de reprobación social de los abusos del pasado y, segundo, articula los valores morales que se encuentran bajo las leyes fomentando la cohesión social. Las teorías *expresivistas* entienden el castigo como la expresión de una condena, más que como un instrumento de disuasión o una forma de incapacitar a los perpetradores. Pero, además, piensan que esa expresión no sólo captura el significado del castigo, sino también, justifica, en sí misma, dicha práctica. Es J. FEINBERG quien introduce esta idea de una función expresiva para distinguir las meras sanciones del castigo dentro del marco de la justicia penal. Según él, “[E]l castigo es un mecanismo convencional para expresar actitudes de resentimiento e indignación y juicios de desaprobación y reprobación, tanto por parte de la autoridad que castiga misma, como de aquellos ‘en cuyo nombre’ el castigo es infligido. En pocas palabras, el castigo tiene una significación simbólica, de la que carecen en gran parte otro tipo de sanciones”²⁵. En el centro de la propuesta de FEINBERG estaría articulada la idea de que al tratar de elaborar una definición del castigo deben ser consideradas tanto la idea del “tratamiento duro” como la de la función reprobadora, aunque cada uno de estos aspectos dé lugar a diferentes tipos de preguntas sobre la justificación del castigo en tanto que práctica general. Pero lo específico de la propuesta de FEINBERG, frente a autores como HART, es que piensa que el acto de condena y las consecuencias desagradables esenciales de la respuesta punitiva no serían elementos separados, sino más bien que, precisamente, este tratamiento duro habría devenido el símbolo convencional con el que expresar nuestra condena de cierto tipo de actos²⁶.

25 J. FEINBERG. *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970, p. 98.

26 Esta brecha entre el castigo y la reprobación es algo que tratan de cerrar todos los teóricos expresivistas del castigo. Sin embargo, como ha mostrado P. DE GREIFF, hay buenas razones para sostener que se mantengan separados. Cfr. P. DE GREIFF. “Deliberative Democracy and Punishment”, *Buffalo Criminal Law Review*, 2002, vol. 5, n.º 2, pp. 373 a 403.

Ahora bien, es importante notar que propuesta de justificación del castigo, y aún asumiendo que éste responde a ciertos fines sociales, no depende estrictamente de las consecuencias del mismo, como veíamos, ocurría con la teoría disuasoria. Las teorías expresivistas otorgan un valor regulativo al castigo que reconoce que la eficacia y la validez de la ley dependen, como no podría ser de otra forma en un contexto legal, de su aplicación. El castigo es necesario por el valor que tiene para una sociedad la norma que prohíbe cierto tipo de actos. La justicia penal se convierte, desde esta perspectiva, en el mecanismo institucional más adecuado —aunque no en el único y sólo en la medida en que se dirige a la ofensa como trasgresión del marco público de convivencia— que existe en nuestra cultura legal para reforzar algunas normas morales, contribuyendo a la comprensión común de que cierto tipo de comportamiento está mal, que es, en definitiva, inaceptable. Y, en este sentido, la labor del castigo no consiste únicamente en reflejar ciertos valores morales, sino que, de manera importante, contribuye también a darles forma.

El orden mundial actual es resultado de un proceso histórico de convergencia sobre la validez de una serie de normas en el seno de la comunidad internacional. Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo de la doctrina internacional de los Derechos Humanos y del Derecho penal internacional, marcan el establecimiento de un conjunto principios que regulan unos estándares normativos mínimos con los que evaluar la actuación de los distintos gobiernos de cara a sus ciudadanos y en tal medida establecen también ciertos límites a la doctrina de la soberanía nacional. Es importante subrayar tanto el origen histórico de este consenso como el significado del mismo y la estrecha relación que hay entre ambos; es decir, como, con la intención de proteger a los individuos más allá del marco nacional al que pertenecen, la comunidad internacional establece ciertos límites a la conducta de los Estados sobre sus ciudadanos. De esta manera, para que cierto tipo de conducta se considere un crimen de trascendencia internacional debe ser, frente a los crímenes ordinarios, un crimen, que se ha llamado, de Estado. La intuición que se esconde tras las conductas internacionalmente criminalizadas es que existen ciertos límites sobre las formas en las que los Estados pueden hacer uso de su autoridad y, lo que es más importante, asume que se trata una cuestión de preocupación y relevancia mundiales, que afecta al conjunto de la comunidad internacional y que, en consecuencia, no sólo cobra sentido, sino que también se hace necesaria una condena mundial de los responsables que refleje el valor que la comunidad internacional otorga a dichos límites. Se trata así de reforzar la creencia de que ciertos crímenes —los crímenes de Estado y en tanto que crímenes— son reprochables y que en nin-

gún caso puede justificarse el ejercicio abusivo del poder que viola los Derechos Humanos más fundamentales.

Desde esta perspectiva, y recuperando la intuición de las teorías expresivistas del castigo, es posible argumentar que el Derecho penal internacional es una forma que tiene la comunidad internacional de construir un discurso normativo que expresa la condena más fuerte posible de cierto tipo de conductas, una condena universal. Así, la importancia de internacionalizar la criminalización de ciertos actos se justifica por el valor que tiene para la propia comunidad internacional la norma que los prohíbe. Y es precisamente la existencia de un conjunto de estándares normativos lo que crea la comunidad internacional como entidad normativa, dibujando una dimensión expresiva del castigo que trasciende fronteras nacionales. De hecho, es posible imaginar la creación de la Corte Penal Internacional como la constitución de un foro capaz de conformar el tipo de universalidad en cuyo nombre se expresa esta condena.

Si bien el argumento expresivista pierde fuerza imperativa frente al de corte consecuencialista, descansando sobre presupuestos fundamentalmente normativos, sin embargo, es capaz de superar los problemas de rigidez que veíamos en el primero, avanzando una posible reinterpretación del principio de universalidad. Una teoría expresivista del castigo reconoce los límites de la justicia penal y esto no sólo ofrece un espacio más amplio para elaborar comprensiones más complejas de la justicia transicional (es decir, la importancia e interdependencia de las diversas medidas que la conforman) sino que, al dejar de lado el elemento disuasorio, la importancia del castigo no sólo puede explicarse con independencia de su eficacia, sino que, además, ya no es el marco internacional el que determina el dominio prioritario de justificación del castigo y por ende el estatus normativo de los Derechos Humanos se desvincula completamente del interés estratégico de la estabilidad internacional. Este movimiento, además, permite reconocer el propio interés de cada marco nacional concreto a la hora evaluar la adecuación de poner en marcha procesos penales, recuperando la centralidad de cada proceso de cambio y del bien que se quiere proteger, es decir, la creación de una democracia. Este cambio de perspectiva, y la centralidad del proceso de democratización como proceso normativo y fáctico, introduce en el debate sobre las cuestiones de justicia penal consideraciones sobre qué es lo que tiene más posibilidades de promover el desarrollo y afianzar las actitudes e instituciones democráticas. La pregunta que cabe hacerse pues desde el Derecho internacional, ya no es en abstracto qué se exige a cada país en materia de Derechos Humanos, sino, como decíamos más arriba, de qué manera puede el Derecho internacional ayudar y asistir a las jóvenes democracias en sus esfuerzos por hacer justicia con el pasado. Este cambio de perspectiva, enfatiza la dimensión particular de cada

caso y subraya la importancia de tener en cuenta la inexistencia de directrices rígidas que puedan adecuarse de igual manera a todo tipo de circunstancias. Se reconoce pues, como sostenía NINO, que

... el conocimiento necesario de las circunstancias fácticas de cada caso, y en la medida en que se busca encontrar soluciones justas y prudentes, excluye la actitud epistemológica elitista de intervención directa por parte de poderes externos, al mismo tiempo que permite la existencia del tipo de presiones que incitan a la gente a discutir y decidir por ellos mismos la mejor manera de proteger sus propios derechos²⁷.

Por otra parte, estas afirmaciones tampoco deben entenderse de forma que los principios de soberanía y autogobierno –y lo mismo podríamos decir de cierto tipo de particularidades culturales– puedan utilizarse de forma automática y acrítica como excusa para no emprender medidas de justicia penal favoreciendo la promulgación de amnistías generales en los procesos de transición a la democracia. En este sentido, es necesario subrayar la importancia de la existencia de un contexto internacional último que establezca, no sólo el tipo de condena que cierto tipo de crímenes merecen atendiendo a esa comprensión expresivista del castigo, sino también un marco referencia al que puedan recurrir los Estados a la hora de emprender procesos penales internos, solventar problemas como los de la retroactividad de las normas y solicitar asistencia.

Pero, además, la existencia de ese marco internacional también es importante en la medida en que permite argumentar, no ya sobre la existencia de una obligación de los Estados a enjuiciar a los responsables de abusos de Derechos Humanos en el pasado, sino a favor de un *derecho* de la comunidad internacional a procesar dentro de los foros internacionales, como la Corte Penal Internacional, cierto tipo de crímenes que, por sus propias características, tienen una relevancia internacional²⁸, al mismo tiempo que subraya la necesidad de que la comunidad internacional se comprometa de forma efectiva en la defensa de los valores que quiere proteger. De esta manera, el principio de universalidad deja de ser visto como un mecanismo de *prioridad jurisdiccional e intervención* y se

27 C. S. NINO. *Radical Evil on Trial*, cit., p. 189.

28 Para desarrollar con mayor precisión el estatus de este derecho sería necesario, como veíamos en la introducción de este capítulo, construir una interpretación de la autoridad de la ley en el contexto internacional que, además, pueda tener en cuenta el lapso que existe en la actualidad entre la dimensión moral y política de la comunidad internacional. Este desarrollo es fundamental a la hora de articular de forma completa una teoría expresivista del castigo, en la medida en que éste expresa precisamente los juicios morales de cierta comunidad; si bien no cuento aquí con el espacio para ampliar estas ideas y completar la panorámica que aquí se presenta, ellas deberán ser recogidas en otro lugar. De momento, a este respecto cfr. R. A. DUFF. *Criminal Responsibility, Municipal and International*, manuscrito, 2008.

convierte en uno de *asistencia* según el cual se establece un deber, no ya sobre los Estados, sino sobre la propia comunidad internacional que se ve comprometida en el cumplimiento de las normas que ella misma ha creado, tanto a través del respaldo material, financiero y técnico a un previamente creado sistema judicial interno *ad hoc* que dé preferencia al enjuiciamiento de los crímenes de Derecho internacional y las violaciones de Derechos Humanos del pasado; como mediante su colaboración en la creación de tribunales híbridos y mixtos²⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- AKHAVAN, P. "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?," *American Journal of International Law*, 2001, vol. 95.
- ÁLVAREZ, J. E. "Crimes of State/Crimes of Hate", *Yale Journal of International Law*, 1999, vol. 24.
- AUKERMAN, M. J. "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, 2002, vol. 15.
- BALL, H. *Prosecuting War Crimes and Genocide. The Twentieth-Century Experience*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999.
- BASSIOUNI, M. C. "Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability", *Law and Contemporary Problems*, 1996, vol. 59, Iss. 4.
- BEITZ, C. "Rawls' Law of Peoples", *Ethics*, 2000, vol. 110.
- BENOMAR, J. "Confronting the Past. Justice after Transitions", *Journal of Democracy*, 1993, vol. 4.
- CHINCHÓN, J. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid, Ediciones Parthenon, 2007.
- Consejo Seguridad ONU. *Resolución 827*, 25 de mayo 1993, UN Doc. S/RES/827.
- Consejo Seguridad ONU. *Resolución 955*, 8 de noviembre de 1994, UN Doc. S/RES/955, énfasis.

29 Cfr. J. CHINCHÓN. *Derecho Internacional*, cit., p. 487.

- DE GREIFF, P. "International Courts and Transitions to Democracy", *Public Affairs Quarterly*, 1998, vol. 12, Iss. 1.
- DE GREIFF, P. "Deliberative Democracy and Punishment", *Buffalo Criminal Law Review*, 2002, vol. 5, n.º 2.
- DE GREIFF, P. "Justice and Reparations", en *id.* *The Handbook of Reparations*, New York, Oxford University Press, 2006.
- DE GREIFF, P. "Contributing to Peace and Justice – Finding a Balance Between DDR and Reparations", en *Building a Future on Peace and Justice International Conference*, Nürtemberg, 25-27 de junio de 2007.
- DUFF, R. A. *Criminal Responsibility, Municipal and International*, manuscrito, 2008.
- DUGARD, J. "Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?", *The Third Manfred Lachs Memorial Lecture*, 1999.
- EDELENBOSC, C. "Human Rights Violations. A Duty to Prosecute?", *Leiden Journal of International Law*, 1994, vol. 7, Iss. 2.
- ELSTER, J. *Ulises y las Sirenas*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- ELSTER, J. *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- FEINBERG, J. *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970.
- GRAY, D. "An Excuse-centered Approach to Transitional Justice", *Fordham Law Review*, 2006, vol. 74.
- HENKIN, A. H. (org.). *State Crimes: Punishment or Pardon*, Queenstown, Aspen Institute, 1989.
- HUYSE, L. "A Devil's Choice: Dilemmas of Backward-Looking Justice", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, vol. 2.
- MALAMUD-GOTI, J. "Dignity, Vengeance, and Fostering Democracy", *The University of Miami Interamerican Law Review*, 1998, vol. 29.
- MÉNDEZ, J. "In Defense of Transitional Justice", en J. McADAMS. *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1997.

- MÉNDEZ, J. "National Reconciliation, Transnational Justice, and the International Criminal Court", *Ethics and International Affairs*, 2001, vol. 15, Iss. 1.
- NEIER, A. "What Should be Done about the Guilt?", *The New York Review of Books*, 1990, vol. 37.
- NINO, C. S. "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context. The Case of Argentina", *The Yale Law Journal*, vol. 100, 1991.
- NINO, C. S. *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- ORENTLICHER, D. F. "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *The Yale Law Journal*, 1991, vol. 100.
- Organización de Naciones Unidas. Informe del Secretario General. "El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", Doc. ONU S/2004/616.
- Organización de Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. "El conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad", Doc ONU. E/CN.4/2005/102/Add.1.
- Organización de Naciones Unidas. Resolución 60/147, del 21 de marzo de 2006. "Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", Doc. ONU A/RES/60/147.
- PASQUALUCCI, JO. M. "Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: a Critical Assessment of Current Practice and Procedure", *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, 1996.
- RAMÍREZ BARAT, C. *La justicia en el tiempo. Una aproximación al concepto de justicia en los procesos de transición la democracia*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2007.
- ROHT ARRIAZA, N. "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law", *California Law Review*, 1990, vol. 78.
- SNYDER, J. y L. VINJAMURI. "Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice". *International Security*, 2003, vol. 28.
- STOVER, E. y H. M. WEINSTEIN (eds.). *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

VAN BOVEN, T. “Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, Informe final, presentado en el ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión sobre la prevención de la discriminación y protección de las minorías, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1993/8, en p. 16.

ZALAQUETT, J. “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints”, en A. H. HENKIN (org.). *State Crimes: Punishment or Pardon*, Queenstown, Aspen Institute, 1989.