

# Justicia penal internacional y violaciones masivas de derechos humanos

Roberto Gargarella<sup>1</sup>

## Introducción

En este trabajo, quisiera reflexionar sobre la difícil cuestión acerca de cómo actuar, desde el derecho, frente a la comisión de violaciones masivas de derechos humanos,<sup>2</sup> teniendo en cuenta la notable evolución que ha caracterizado al derecho internacional de los derechos humanos en los últimos años.<sup>3</sup> Para ello, partiré en mi análisis de tres casos paradigmáticos en la materia. El primero de ellos, el caso “Pinochet,” disparó una serie de cruciales interrogantes acerca de la posibilidad de que un tribunal de otro país juzgara a un criminal (en este caso, el ex dictador chileno Augusto Pinochet) por las ofensas que éste hubiera cometido en el suyo. Los otros dos –los casos “Barrios Altos” y “Simón”- resultan, en cierto modo, derivados del primero, así como uno del otro. “Barrios Altos” se refiere a una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), frente a una masacre cometida en Perú, y promovida desde el Estado, durante el gobierno de Fujimori; mientras que “Simón” es una decisión de la Corte Suprema de la Argentina, que en parte es tributaria de las dos decisiones anteriores, y que declara la invalidez de las leyes de impunidad dictadas en la Argentina, a favor de los militares más comprometidos en la violación de derechos humanos, durante el período 1976-1982. Estas decisiones, según entiendo, nos permiten tener un buen panorama sobre las principales discusiones actuales en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aquí, me interesará desafiar y discutir muchos de los presupuestos y soluciones que son propias de tales casos. Para el desarrollo de mi análisis, partiré de una perspectiva “comunicativa” del derecho penal (Feinberg 1965, Hampton 1984, Duff 2001), inscrita en el marco más general de una concepción deliberativa de la democracia (Habermas 1996, Nino 1996b). Frente a los teóricos que han abrazado un enfoque “comunicativo” del derecho penal, destinado a pensar el proceso penal, propondré un marco teórico más abarcador, que nos permite examinar críticamente, también, las normas penales que quedan bajo análisis dentro de ese proceso penal, y el contexto y la dinámica institucionales dentro del cual ese proceso penal se inscribe.

## Tres Casos

### *i) El caso Pinochet.*

<sup>1</sup> Gracias a Leonardo Filippini y a Juan Bertomeu por sus siempre generosos y agudos comentarios.

<sup>2</sup> En lo que sigue, y en la medida en que pueda, concentraré mi atención en el análisis de situaciones de violaciones masivas de derechos humanos provocadas a través del uso del aparato coercitivo estatal (una idea que podemos reconocer más o menos acabadamente, desde el sentido común), dejando de lado la definición más técnica de “delitos de lesa humanidad” con la que a veces se describen aquellas violaciones masivas. Realizo esta distinción para tratar de dejar entre paréntesis, por ahora, las complicaciones que vienen aparejadas a partir de la utilización de aquella definición más técnica.

<sup>3</sup> Asumo, por tanto, que este tipo de crímenes masivos plantean para el derecho penal problemas muy especiales: ellos pueden requerir el juzgamiento de un número muy alto de personas, normalmente con poder político y poder de influencia; lo anterior puede implicar también riesgos para la estabilidad democrática de la comunidad -que entonces, y según algunos, puede sentirse obligada a escoger entre “justicia” o “estabilidad política-” que involucran el análisis de temas sobre los cuales la sociedad puede estar gravemente dividida, y cuyo tratamiento puede reabrir heridas demasiado dolorosas en mucha gente; etc.

El 4 de julio de 1996, la Unión de Fiscales Progresistas de España (UPF) inició una demanda contra los ex miembros de la Junta de Gobierno militar chilena, apoyándose en disposiciones del propio derecho español que permiten iniciar acciones contra cualquier gobierno extranjero responsable de genocidio o torturas.<sup>4</sup> La denuncia fue presentada entonces en la ciudad de Valencia, contra la Junta presidida por el ex líder de la dictadura, Augusto Pinochet, por los delitos de terrorismo y genocidio, que involucraban a ciudadanos españoles viviendo en Chile. Movilizado por dicha iniciativa, en Chile, el abogado y presidente de la Fundación Presidente Allende, Joan Garcés, decidió promover una nueva querrela contra Pinochet, en su país. Poco después, y en ocasión de viajar a Madrid en busca de información sobre el caso, Garcés solicitó al Juez español Baltasar Garzón que llamara a declarar a Pinochet,<sup>5</sup> particularmente en relación con su participación en el llamado “Plan Cóndor.”<sup>6</sup>

Aunque Garzón comenzó a ocuparse del caso chileno en 1996 (ya desde antes había estado trabajando sobre el caso de la dictadura militar argentina), fue el 16 de octubre de 1998 cuando encontró la oportunidad ideal para llamar a Pinochet a presentarse ante su juzgado. Ello ocurrió cuando Pinochet viajó a Londres a los fines de iniciar un tratamiento médico. Estando en una clínica londinense, y a pedido del juez español, Pinochet fue detenido a raíz de un reclamo urgente formulado por aquél ante Interpol Madrid.

Dicha iniciativa, por lo demás, generó un aluvión de nuevos movimientos jurídicos, de los cuales mencionaríamos sólo dos, especialmente significativos. Por un lado, en Londres, la *High Court* consideró que Pinochet seguía gozando de inmunidad en relación con las conductas que habían sido llevadas a cabo mientras él se encontraba presidiendo los destinos de Chile. Esta decisión, sin embargo, fue apelada, y luego objeto de una serie de decisiones muy importantes por parte de la Cámara de los Lores inglesa, quien (luego de un primer intento impugnado),<sup>7</sup> insistió en su postura de que Pinochet había perdido inmunidad diplomática. Luego de producida esta última decisión, el gobierno inglés decidió conceder la extradición de Pinochet a España.<sup>8</sup> Finalmente, sin embargo, y por motivos de salud –la defensa de Pinochet alegó que el ex dictador se encontraba en estado de “senilidad,” por lo cual le resultaría imposible seguir el juicio de modo apropiado- el Ministerio del Interior británico autorizó la vuelta de Pinochet a su país, interrumpiendo así el proceso de extradición.

<sup>4</sup> Cabe recordar, además, que el Estatuto de Roma, en su Preámbulo, sostiene que “los más serios crímenes que conciernen a la comunidad internacional como un todo no deben quedar sin castigo y debe asegurarse su efectiva prosecución”

<sup>5</sup> Por ese entonces, Garzón acababa de probar la participación del Estado español en la formación de escuadrones secretos, para la persecución ilegal de dirigentes del grupo terrorista vasco ETA. Lo ocurrido en Chile reflejaba, en escala ampliada, un entramado similar, con objetivos y metodologías también similares, aunque todavía más difíciles de justificar.

<sup>6</sup> “Operación Cóndor” es el nombre con el que se conoció el plan de coordinación de acciones entre las dictaduras militares presentes en el Cono Sur durante la década del 70 (incluyendo a las dictaduras gobernantes en la Argentina, Bolivia, Chile, Brasil, Paraguay y Uruguay). A través del mismo, los gobiernos de varios países del Sur de América organizaron la práctica del terrorismo de Estado a nivel regional, actividad que tuvo como resultado la desaparición y muerte de numerosos opositores.

<sup>7</sup> La primera decisión de la Cámara de los Lores, denegando inmunidad a Pinochet, resultó impugnada y finalmente dejada de lado a partir del hecho –invocado por los defensores de Pinochet- de que uno de que la esposa de uno de los que se habían pronunciado en la Cámara a favor de tal resultado era activa militante en el organismo *Amnesty International*.

<sup>8</sup> Cabe señalar, presidido entonces por el laborismo, y ya no por el conservadorismo con el cual había sabido colaborar Pinochet, cuando se encontraba en el poder

Por otro lado, la comunidad internacional se vio conmovida por los incidentes recién expuestos y, en un corto tiempo, se presentaron nuevas órdenes de arresto contra Pinochet en Alemania, Francia, Noruega, Suecia, entre otros países. En Latinoamérica, y a continuación del caso, se produjeron una serie de decisiones –a nivel internacional con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pero también a nivel local- dirigidas a dar fuerza a las disposiciones internacionales vigentes en materia de derechos humanos (veremos más adelante algunas de esas decisiones). Mientras tanto, en Chile, y de modo más relevante aún, la vuelta de Pinochet luego del escándalo internacional suscitado por el proceso de extradición produjo un extraordinario vuelco político-jurídico sobre la situación de relativa pasividad hasta entonces reinante en la materia.<sup>9</sup>

*ii) El caso “Barrios Altos.”*

El 3 de noviembre de 1991, se produjo la llamada “masacre de Barrios Altos,” en un barrio popular de Perú. Gobernaba el país, por entonces, el presidente Alberto Fujimori. La masacre tendría un efecto devastador sobre su gobierno, y pasaría a simbolizar el máximo ejemplo de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante ese período. “La masacre de Barrios Altos” se refiere al asesinato de quince personas (otras cuatro fueron heridas), por parte de un grupo para-legal proveniente de las Fuerzas Armadas peruanas. Las víctimas se encontraban entonces realizando una actividad social destinada a recaudar fondos para reparar el edificio en el que vivían. Sin embargo, los atacantes armados –ex miembros del llamado Grupo Colina, que realizara actividades antiterroristas-, confundieron a los pobladores en cuestión con activistas de la organización guerrillera Sendero Luminoso (activistas que, aparentemente, se alojaban provisoriamente en el piso de arriba).

Fue tal la conmoción generada por este hecho, tanto dentro como fuera del país, que el Congreso Nacional Peruano comenzó una investigación al respecto. Sin embargo, la misma no pudo llegar a buen término, en razón del tristemente famoso auto-golpe dado por el presidente Fujimori, que concluyó con la disolución del Congreso por entonces vigente. Al poco tiempo, el órgano encargado de reemplazar a aquél decidiría dejar de lado la investigación iniciada por su antecesor, en relación con los sucesos de “Barrios Altos.”

De modo todavía más grave, en 1995, el Congreso dictó una ley (la n. 26479) definiendo una amnistía general para todos aquellos que hubieran estando investigados por violaciones de derechos humanos cometidos luego de mayo de 1980. La medida en cuestión siguió a la confesión hecha por varios miembros disidentes del Ejército, referida a la participación directa de grupos afines al gobierno en la “masacre de Barrios Altos.” A través de la ley de amnistía, por lo demás, el Congreso impidió lo que parecía inminente: la apertura de las instancias judiciales en torno al caso.

En el año 2000, de todos modos, y luego de que el régimen fujimorista llegara a su término, la ley de amnistía resultó derogada, la justicia pudo ponerse en marcha, y

<sup>9</sup> Allí, y enfrentando a la política del olvido que parecía impulsada por el gobierno del presidente Frei, se reactivó el movimiento social a favor de los derechos humanos; se presentaron, en corto tiempo –y sólo en 1998- diecisiete nuevas querellas en contra del ex dictador; y se produjo un súbito cambio en la opinión pública, que luego de años de relativa indiferencia frente a la cuestión, apareció masivamente favorable a la detención y juzgamiento de Pinochet. Ver, por ejemplo, Loveman et al, 2002.

varios de los acusados resultaron entonces detenidos. Fujimori fue presentado en ese momento como responsable directo de la tragedia, dados los estrechos vínculos que asociaban a su gobierno con el grupo armado responsable de la matanza.

El 14 de marzo del año 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el caso “Barrios Altos vs. Perú.” El fallo apareció entonces en un nuevo contexto internacional en materia de derechos humanos, decididamente marcado por el episodio Pinochet antes mencionado. Dentro de Latinoamérica, por lo demás, y según veremos, la sentencia estaría llamada a ejercer una influencia notable. Por el momento, conviene decir que, entre otras cuestiones, la Corte sostuvo –citando los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969- que las leyes de amnistía, prescripción, y similares, destinadas a excluir la responsabilidad de agentes estatales acusados de violaciones graves de derechos humanos, estaban prohibidas por contradecir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y que todos los Estados tenían el deber de tomar las medidas necesarias para que nadie fuera sustraído de la protección judicial.<sup>10</sup>

### *iii) El caso “Simón.”*

Entre los años 1976 y 1983, la Argentina vivió bajo una feroz dictadura, que dejó a su paso miles de muertos, además de un país asentado sobre nuevas bases económicas, socialmente más excluyentes. La estrategia principal de los militares, en sus enfrentamientos contra los individuos o grupos a los que identificaba como enemigos, fue la “desaparición” de personas. Jorge Rafael Videla, el primer presidente del período dictatorial, defendió explícitamente dicha estrategia, que consistía en “desaparecer” los cuerpos de las personas a las que se eliminaba, como forma de evitar las críticas internas y externas que una política de fusilamientos podría traer consigo.

Al final de la dictadura, el gobierno militar saliente dictó una norma de *auto-amnistía* que el nuevo gobierno democrático, a cargo del presidente Raúl Alfonsín, supo declarar inválida –una medida insólita y de excepcional importancia en el contexto de la todavía frágil democracia argentina. Al mismo tiempo, el gobierno entrante comenzó una exitosa e inédita política de juzgamiento de los principales responsables de la

---

<sup>10</sup> La Corte mantuvo además que el Estado peruano había violado el derecho a la verdad de los afectados, amparado en los artículos mencionados sobre protección judicial, más el art. 13.1 de la Convención, referido al derecho a buscar y recibir información. En su decisión final, además, la Corte dispuso reparaciones para las personas afectadas, y la obligación del Estado peruano de investigar las violaciones del caso, para determinar quiénes fueron los responsables efectivos de la matanza. Los artículos citados por la Corte decían lo siguiente: Artículo 1.: Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Artículo 2: Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” La Corte citó, además, al art. 8 de la Convención, que se refiere a las garantías judiciales que le corresponden a cada individuo (en particular, el derecho de toda persona a ser oída en un juicio justo), y el art. 25, referido al derecho a un recurso sencillo y rápido contra actos que violen sus derechos más básicos.

organización de las tareas represivas (que acompañó con la creación de una comisión de “personalidades notables” -la CONADEP- destinada a recoger información acerca de la represión llevada a cabo en los años de la dictadura). El famoso “juicio a las juntas,” culminó con la condena y prisión de los principales líderes militares. Luego de ello, sin embargo, continuaron los juicios hacia oficiales de menor jerarquía, lo que provocó fuertes resistencias dentro de las filas de las Fuerzas Armadas y, finalmente, la rebelión e insurrección de diversos grupos hostiles hacia la política de derechos humanos promovida por el gobierno de Alfonsín. Sometido a presiones cada vez más crecientes, y temeroso de un quebrantamiento del régimen democrático, el nuevo presidente decidió impulsar, entre otras medidas, el dictado de la Ley 23.492 o “de punto final (que puso un plazo final para la presentación de demandas contra los militares involucrados en actividades represivas);” y luego -a partir del fracaso de la primera- la Ley 23.521 o “de obediencia debida” (destinada a limitar las posibilidades de persecución penal contra los militares todavía bajo la amenaza de un proceso judicial).<sup>11</sup> Más tarde, el gobierno de Carlos Menem iría todavía más lejos, indultando por decreto a los militares y participantes de organizaciones armadas que habían sido condenados durante el gobierno de Alfonsín (Nino 1996). Este difícil marco, sin embargo, no sirvió para desalentar a juristas y activistas de derechos humanos, que continuaron adelante con sus tareas en contra de la impunidad en materia de derechos humanos. Fue así como, luego de una larga serie de eventos, se llegaría a una decisión clave por parte de la Corte Suprema de la Argentina, producida en el caso “Simón” –a través del cual la Corte se desdeciría de su previa decisión en “Camps,” en donde reconociera la validez de las leyes de impunidad ahora nuevamente cuestionadas<sup>12</sup>

En “Simón, Julio Héctor y otros s/ Privación ilegítima de la libertad.” la Corte tuvo oportunidad de examinar la actuación de personal del Estado involucrado en la represión ilegal, pero que preservaba su impunidad gracias a los beneficios de las leyes de impunidad. Simón había sido detenido, tiempo atrás, por uno de los pocos casos no

---

<sup>11</sup> La primera de tales leyes extinguía las acciones penales contra aquellos militares y guerrilleros que no hubieran sido citados a declarar dentro de los 60 días de promulgada la ley. La segunda, mientras tanto, establecía una presunción sin prueba en contrario de que quienes se habían desempeñado como subalternos de las fuerzas de seguridad durante la época de la represión, habían actuado bajo “obediencia debida,” por lo cual no eran punibles. Ambas leyes excluían de su ámbito de aplicación a delitos tales como la sustracción de menores.

<sup>12</sup> En efecto, pesar de las insistentes medidas tomadas para promover una política de “olvido y perdón,” las actividades legales contra los responsables de las violaciones masivas de derechos humanos siguieron adelante irrefrenablemente: desde entonces, no sólo se mantuvieron las presentaciones judiciales, sino que también hubo “juicios de la verdad” que siguieron obligando a personal comprometido con aquellas violaciones de derechos a asistir a los tribunales (aunque se supiera que luego no podrían ser condenados); a la vez que continuaron ininterrumpidamente los procesos contra los militares que habían incurrido en crímenes no cubiertos por las mencionadas leyes de impunidad (por ejemplo, y de modo muy especial, los juicios contra quienes se habían apropiado ilegalmente de menores de edad hijos de las víctimas de la represión, o de bebés nacidos en cautiverio). Dentro de ese marco, conviene mencionar la sucesión de tres novedades de extraordinaria importancia. En primer lugar, la Corte Suprema Argentina dictó el fallo “Camps” (“Ramón J.A.Camps y otros,” Fallos 310:1162) declaró la validez constitucional de la ley de obediencia debida, a la que consideraba un producto legítimo de la decisión de las ramas políticas del gobierno, orientada a obtener la pacificación y la unión nacionales. En segundo lugar, corresponde mencionar que, a partir de un favorable cambio de clima político, la desaparición de las presiones provenientes de las fuerzas armadas, y la persistente e incansable labor de los organismos de derechos humanos, el Congreso Nacional decidió, el 26 de marzo de 1998, derogar las dos polémicas leyes de impunidad (“punto final” y “obediencia debida”), lo cual, en principio, representó un hecho meramente simbólico, dado que tal derogación sólo venía a ejercer efectos para el futuro, dejando incólumes la situación legal de los beneficiados por dichas normas. Aquí es cuando se produce el tercer hecho saliente -el caso “Simón.”

excluidos del análisis y la condena judicial por parte de las leyes de perdón: la apropiación de menores por parte de los funcionarios comprometidos con la represión (Simón se había apropiado de la menor Claudia Poblete, hija de una pareja secuestrada). Sin embargo, un juez federal (Gabriel Cavallo) había declarado la nulidad de las leyes de impunidad, y ampliado el procesamiento de Simón bajo los cargos de secuestro y tormentos al matrimonio Poblete-Hlaczik.

Enfrentada al análisis de este caso (y contradiciendo a su propia decisión en “Camps”), la Corte consideró inconstitucionales las leyes de “punto final” y “obediencia debida.” Las razones fueron muy diversas dada la enorme dispersión de opiniones que puede encontrarse en el fallo (por lo cual es muy difícil reconocer cuál es la “posición de la Corte” sobre el tema. Ver Fernández Valle 2007). Hubo, obviamente, importantes referencias a una sucesión de hechos y normas acaecidas en el derecho local.<sup>13</sup> Sin embargo, todos ellos (la decisión tuvo un sólo voto en contra, por parte del juez Carlos Fayt) consideraron decisiva la normativa internacional e interamericana existentes en materia de Derechos Humanos; el *ius cogens* (aparentemente opuesto a toda iniciativa destinada a extinguir la acción penal contra delitos de lesa humanidad); y especialmente fallos como el citado “Barrios Altos,” que vinieron a establecer la “inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos” (conforme al voto del juez Petracchi, considerando n. 30). Lo que resaltaría entonces –lo que me preocupa del fallo, en todo caso- es (sobre todo, pero no exclusivamente, en opiniones como las de Petracchi) la invocación indiscriminada, poco matizada y autoritativa del derecho internacional.<sup>14</sup> El juez Fayt, que votó en disidencia, señaló en cambio que decisiones como la señalada no resultaban aplicables al caso argentino, dado que en la situación peruana los propios beneficiarios de esa ley habían dictado las normas que los favorecían (se trataba, entonces, de una auto-amnistía). Fayt señaló además que, en el caso peruano, las normas de perdón no habían sido presentadas debidamente en público ni debatidas colectivamente -algo que sí había ocurrido en la Argentina, y que dotaba de legitimidad mayor a las normas de perdón locales.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> La Corte citó también su propio (y novedoso) criterio al respecto, avanzado en el caso “Arancibia Clavel,” CSJN “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n. 259). También hubo referencias a la decisión que en su momento tomara el Congreso Nacional, anulando las leyes de impunidad, en 2003; al voto disidente que emitiera el Juez Jorge Bacqué, en 1986, en ocasión de examinar las leyes de impunidad; al art. 29 de la Constitución; etc. Agradezco a Leonardo Filippini haberme insistido con este punto.

<sup>14</sup> Por ejemplo, si Petracchi habló de la necesidad “imperativa” de aplicar “Barrios Altos;” la jueza Highton acompañó ese particular énfasis con iguales términos; el juez Lorenzetti habló de la exigencia de aplicar la jurisprudencia de “Barrios Altos;” mientras que el juez Zaffaroni también sostuvo que la “clara jurisprudencia de 'Barrios Altos' exige...(oponerse a las leyes de impunidad).” Idénticas opiniones pueden encontrarse en la doctrina argentina favorable al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que hizo referencia a la “obligación” de decidir en el modo hecho en “Simón,” dados los cambios que se habían producido, muy especialmente, en el ámbito internacional de los derechos humanos; y admitió, aprobatoriamente, que el fallo de la Corte argentina había tenido que ver, casi de modo exclusivo, con los términos impuestos por ese derecho internacional. En el caso “Espósito, M.” del 2003, Petracchi y Zaffaroni admitieron también que a partir de la progresiva afirmación del derecho internacional en la materia, “el ámbito de decisión de los tribunales argentinos” había quedado “considerablemente limitado.” Tomo muchas de estas referencias de Filippini (2006) y Abramovich (2007). Ver también Guebbe (2005).

<sup>15</sup> El súbito cambio en la doctrina de la Corte resultó sorprendente, en particular si se presta atención al voto de su entonces presidente, Enrique Petracchi, quien había estado presente en la decisión de “Simón,” y ahora (tal vez por ello mismo), presentaba uno de los votos más enfáticos en dirección contraria, exigiendo una absoluta prioridad para la doctrina establecida por los organismos supranacionales de

## Cómo Pensar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

Casos como los mencionados hasta aquí generan numerosos interrogantes, difíciles de responder: Cuál es la fuerza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? De dónde surge la misma? Qué textos u opiniones o prácticas deben tomarse como normas autoritativas, dentro de ese derecho? Cuál debe ser la relación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el derecho local, y cuál de ellos debe primar, en caso de conflicto? Deben considerarse los principios básicos de ese derecho internacional como “válidos en todo tiempo y lugar,” aún si, por caso, el país en cuestión ha dado aceptación formal al tratado u organismo internacional pertinente *luego* de cometidos los crímenes sujetos a examen judicial? Cuándo es que debe considerarse que las acciones de juzgamiento llevadas a cabo por el Estado en cuestión resultan insuficientes a la luz de las exigencias de no-impunidad definidas por el orden internacional de los derechos humanos? Quién tiene la autoridad para decidir que lo obrado por el Estado “local” resulta insuficiente o inválido? Por qué? Qué organismos internacionales deben ser obedecidos por los Estados de la comunidad internacional, y hasta qué punto, y de dónde es que ellos obtienen legitimidad para tomar las decisiones que quieren tomar? Cuál es y cuál debería ser la fuerza de tales decisiones? Cuándo es que puede considerarse que las autoridades propias de un cierto Estado tienen jurisdicción para juzgar los crímenes cometidos (tal vez fuera de su territorio) por un ciudadano proveniente de otro país? Qué procedimientos, en tal caso, deben seguirse para llevar adelante un juicio capaz de constituirse en legítimo para todas las partes? Entonces, otra vez, cuál es la legitimidad de dicha autoridad extranjera, y hasta dónde puede llegar su poder de acción (puede su decisión, por caso, desplazar a la que eventualmente hubiera tomado el derecho “local”? Cuándo? Y de qué modo? Y hasta qué punto?).

Los interrogantes pendientes, según vemos, son numerosos y difíciles de abordar. En este trabajo, obviamente, no será posible dar cuenta de ellos. Más bien, procuraré concentrar mi atención en algunas cuestiones “fundacionales” -referidas, finalmente, a la autoridad y validez de las normas penales, internacionales y locales- que pueden servir para pensar mejor sobre buena parte de los problemas citados.

El objetivo propuesto implica desafiar, en primer lugar, algunas ideas que parecen querer instalarse como el “sentido común” dentro de la jurisprudencia y doctrinas vigentes en el área. En efecto, podría decir, buena parte de las autoridades – políticas, judiciales, académicas, expertas en derechos humanos- parecen coincidir en una visión estrictamente dogmática sobre la cuestión, para responder a interrogantes tan importantes y cruciales como los anteriores a partir de la mera cita de ciertas fuentes de autoridad normativa internacional –entre las que citáramos, podemos encontrar al Estatuto de Roma; al *ius cogens*; a la Convención Americana de Derechos Humanos; y también a ciertos organismos internacionales que gozan de una extendida autoridad – por caso, la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Este tipo de respuestas resultan poco atractivas, sin embargo, en la medida en que no son capaces de responder a ninguna de nuestras inquietudes fundamentales

---

Derechos Humanos. Conforme a lo que expusiera en su voto, el Estado no se encuentra autorizado a “tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza” (considerando n. 14, que conviene contrarrestar con la referida argumentación de la Corte en “Simón”).

yendo más allá de ciertos reclamos e invocaciones de autoridad. Y –agregaría- ninguna respuesta resulta promisorio en la materia, si ella no es capaz de mostrar de qué modo las respuestas que se quieren dar remiten (no a una fuente de poder, sino) a razones que todos podemos ser capaces de aceptar y suscribir. Las cosas, según entiendo, tampoco mejoran en demasía diciendo que la autoridad de los tribunales internacionales depende básicamente de la equidad de los procedimientos a partir de los cuales actúan, y no de la autoridad que les confiera algún país. Intentos como el citado (propuestos, para mencionar un caso reciente e interesante), por autores como David Luban, se muestran mejor articulados teóricamente (no parecen renunciar a la teoría, como en los casos anteriores), pero también nos dejan enfrentados a interrogantes y problemas muy difíciles de subsanar, conforme veremos (Luban 2004, Macedo 2003).

Frente a este tipo de respuestas, uno de los intentos más recientes e interesantes de avanzar una visión filosóficamente justificada del accionar de los tribunales internacionales, es el realizado por Antony Duff –un esfuerzo que resulta consistente con el enfoque penal “comunicativo” que viene desarrollando en la materia, desde hace años. Aunque su postura al respecto recién comienza a esbozarse con trazo más fino, es posible reconocer al menos cuáles son los rasgos salientes de la misma. Lo que voy a hacer a continuación, entonces, es describir brevemente cuál es la visión de Duff en este respecto, para luego referirme a algunos de sus límites, y a algunos posibles cambios en cuanto a su contenido esencial (Duff 2008).

Para Duff, una respuesta meramente dogmática (como la que se expresa a través de la mera invocación de fuentes de autoridad) o teóricamente huérfana resulta obviamente insatisfactoria,<sup>16</sup> pero lo mismo ocurre con respuestas como las de Luban. Para Duff, aún si los tribunales de un país extranjero fueran capaces de ofrecer un “*champagne-quality due process*,” frente a la incapacidad propia del Estado local para hacer lo mismo, ello tampoco le terminaría por otorgar a la corte extranjera el derecho de juzgar al criminal en cuestión, que ha cometido un crimen en su propio país; del mismo modo en que esa limpieza procesal no le otorga a las cortes internacionales la autoridad que de otro modo carecerían.

## **Duff: Autoridad y Responsabilidad en el Derecho Penal Internacional**

### *i) Comunidad y derecho penal*

Para presentar resumidamente la posición de Antony Duff en relación con la actividad persecutoria de los tribunales internacionales, partiría de un sencillo ejemplo que él mismo toma como punto de partida. Duff nos propone pensar en el siguiente caso: un grupo de vecinos, cansados de la declinación en los niveles de la fidelidad marital, deciden conformar un grupo para llamar a los adúlteros frente a sí, de modo tal de exigirles explicaciones de lo que hacen. Organizados a partir de dicha finalidad, los vecinos dirigen su atención sobre la persona P, aparentemente un adúltero. P puede estar de acuerdo con sus compañeros de barrio en que es un adúltero, y puede inclusive admitir que el adulterio está mal. Sin embargo, agrega Duff (en nombre de P), nada de eso les otorga autoridad a los vecinos para inmiscuirse con la vida de P, o para llamarlo

---

<sup>16</sup> Una respuesta de este tipo representa, para Duff, una equivocada reacción de tipo “austino,” que no encaja bien en el marco de una democracia liberal, guiada por el ideal del autogobierno. En el primer caso, los individuos que cometen una falta son llamados a responder ante el soberano, porque -se alega- han desobedecido sus órdenes, que tiene autoridad indiscutible sobre ellos.



a declarar frente a ellos. Más todavía: ellos carecerían del derecho de llevar adelante ese juzgamiento aún si el procedimiento que hubieran escogido para reprochar a P por lo que hace fuera impecable (imaginemos: se escucha al acusado, se le permite presentar pruebas, se le facilita un abogado si es que no lo tiene, etc.). De allí que, para Duff, cuestiones como las referidas a la *equidad procesal* de un cierto tribunal (vecinal, nacional, internacional) no pueden resultar nunca separadas de otras referidas a la *autoridad* de ese mismo organismo. Para Duff, este modo de entender al derecho penal internacional “no comienza con el pensamiento impersonal que dice ‘ellos deben ser castigados,’ sino con el pensamiento personalizado (y colectivo) que afirma que ‘debemos convocarlos a que den cuenta de lo que han hecho’: esto muestra por qué es que los procesos judiciales son importantes; y esto –en la medida en que nos preguntemos quiénes es el “nosotros” que convoca convocamos al acusado- puede mostrarnos también por qué es que los tribunales internacionales pueden tener la autoridad que reclaman.” La pregunta que aparece entonces es una sobre el *standing* de aquellos que llaman a alguien a declarar frente a sí -una pregunta sobre la legitimidad que tiene dicho individuo, grupo u organismo para hacer ese llamado. Ellos deben ser capaces de responder a la fundamental cuestión que pueden plantearles los convocados a dicha presentación, al inquirir, simplemente: “¿Qué derecho tiene usted para llamarme ante sí y juzgarme?”

En el caso del adulterio, la esposa del adúltero o, quizás, la Iglesia a la que el adúltero pertenece (y frente a la cual –podemos suponer- él se ha comprometido a ser fiel en su vida familiar), pueden representar el “público relevante” para juzgar la conducta en cuestión. De modo similar, en el caso de una conducta grave por parte de un profesor, ese público puede estar constituido por sus estudiantes y colegas del profesorado. Pero, se pregunta Duff, en el caso de una conducta criminal ¿quiénes constituyen ese público relevante? Su respuesta es que en ese caso, y para los crímenes domésticos, el público está constituido por los conciudadanos con quienes se conforma la comunidad -los miembros de esa comunidad política a la que el acusado pertenece. Se trata de faltas que “todos compartimos en virtud de nuestro carácter de miembros de la misma comunidad.”<sup>17</sup>

Aparece aquí, entonces, una conexión fundamental para Duff: la que relaciona a un cierto crimen con una comunidad particular y las convicciones y aspiraciones de sus miembros. Lo que está en juego, entonces, es una conducta que la comunidad relevante, colectivamente, ha considerado un crimen: por eso es que el crimen les incumbe, y por eso es que tienen derecho a ejercer su reproche frente al mismo. La duda fundamental que aparece entonces es si ese “nosotros” que parece relativamente claro al nivel de una cierta comunidad, definida geográficamente por límites reconocidos, puede trasladarse a un “nosotros” universal, de un modo que no sea puramente retórico. Duff entiende que sí, dado que -y esto también es importante marcarlo- la noción de comunidad con la que trabaja es relativamente “estrecha,” es decir, “no involucra la existencia de vínculos cercanos entre sus miembros, o de estructuras profundas de ricos intereses compartidos.” En definitiva, y para él, compartimos una humanidad común que hace que cada individuo tenga, frente a todos los demás, un reclamo en relación con su consideración y respeto, por el simple hecho de nuestra humanidad compartida.

## *ii) Proceso judicial y comunicación.*

---

<sup>17</sup> Y –aclara Duff- no se trata de que las faltas en cuestión constituyan daños sobre lo público, sino que conciernen apropiadamente a todos los miembros de la comunidad relevante.

A partir de consideraciones como las citadas, Duff entiende que se torna posible comenzar a hablar sobre las características que deben distinguir al proceso judicial en cuestión, y al mismo tiempo reconocer su importancia. Para él, iniciar un proceso contra alguien, dentro de un marco social como el descrito, constituye una manera de “tratar (al acusado) como un miembro de la comunidad normativa bajo cuyas leyes es juzgado y castigado.” Es sólo en ese marco que puede decirse que llamar a alguien a responder por la conducta criminal de la que se lo acusa representa un modo de apelar a ese individuo como un conciudadano. Pero ese llamado de la comunidad al responsable de una conducta reprochable sólo puede tener sentido real si el procedimiento en cuestión toma un cierto carácter. Básicamente, dicho proceso debe estar basado en la certeza de que el acusado comprende y acepta los valores a partir de los cuales es acusado. El acusado debe tener, a la vez, la oportunidad de ser escuchado, y su testimonio debe ser tomado en serio por los responsables del proceso. Iniciar un proceso contra alguien representa, de este modo, una manera de mostrar respeto hacia el acusado, tomándolo como un igual

Por otra parte, y de modo también muy relevante, corresponde decir que, para Duff, el proceso en cuestión debe ser *comunicativo*. Decir “comunicativo” no es decir, meramente, “expresivo”: se trata aquí de un proceso de “dos vías,” de “ida y vuelta,” en donde una parte procura activamente involucrarse con la otra, apelando a su razón (y no, por ejemplo, a la extorsión por el miedo). El carácter “comunicativo” del proceso en cuestión se advierte de diversas formas, de entre las cuales podemos destacar las siguientes. Por un parte, y desde el comienzo del proceso, el acusado debe tener la oportunidad de escuchar las acusaciones de que es objeto, y debe ser capaz, también, de entenderlas. El acusado debe tener la capacidad y posibilidad de responder a esas acusaciones. El veredicto final, también, tiene que estar marcado por este carácter deliberativo -en este caso, se trata de un mensaje que se dirige tanto al acusado como al público en general. La sentencia debe verse, entonces, no sólo como una indicación al acusado referida al reproche que recibe: se trata también de un mensaje público de censura que el condenado, se espera, debe poder entender y aceptar.

Lo dicho resulta, en principio, extensible asimismo al ámbito internacional, y frente a los responsables de crímenes masivos. Tales responsables también merecen ser llamados a responder por las faltas que han cometido. No, sin embargo, en su carácter de “enemigos o peligrosas amenazas que deben ser destruidos y reducidos a la impotencia, sino como miembros de la comunidad normativa que son llamados por sus conciudadanos a responder por aquello que han hecho.”

Los acusados por violaciones masivas de derechos humanos deben responder, en primer lugar, ante los miembros de su particular comunidad política, dentro de la cual han cometido sus crímenes. Duff da el caso de Pinochet quien, en primer lugar, debía responder “ante el pueblo de Chile por los crímenes cometidos contra ellos, de modo individual y colectivo.” De modo supletorio, sin embargo, él admite que la comunidad internacional se involucre en el juzgamiento de los responsables de crímenes masivos. Ello, cuando el juzgamiento por parte de sus conciudadanos “no es posible o es improbable”: claramente, es difícil que un régimen persiga a sus propios oficiales, y los someta a juicio. Por lo demás, en ocasiones puede ocurrir que tampoco el régimen que suceda al régimen criminal se anime a llevar a cabo dicha persecución. En tales casos, concluye Duff, “y si los crímenes en cuestión revisten la seriedad tal como merecer que

se asuman los costos involucrados en dicha operación, puede resultar apropiado para un tribunal internacional reclamar jurisdicción o, en caso de no existir dicha corte, que los tribunales de otros estados reclamen su jurisdicción en nombre de los ciudadanos cuyos tribunales los han abandonado.”

### **Hacia una Teoría de la Deliberación Democrática**

Comparto con Duff una mayoría de los puntos expuestos. Entre tales múltiples coincidencias, destacaría las siguientes: creo, como él, que la pregunta sobre la autoridad –el *standing*- de quien juzga, es crucial; suscribo el valor de cierta idea de comunidad a la hora de pensar sobre el castigo y el derecho penal; definiendo la importancia de los valores (dworkinianos) de la “igual consideración y respeto;” reivindicó la importancia especial de la comunicación, como principio guía del proceso penal; critico con él a la extorsión y la mera violencia, cubierta o encubierta, como respuestas de reproche a quien ha cometido alguna falta públicamente relevante; considero absolutamente necesario que el acusado en el proceso sea capaz de entender y aceptar la censura que el Estado dirige hacia él; suscribo la idea de que ningún acusado –aún un acusado de haber cometido los crímenes más horrendos- deba ser visto como enemigo, sino como un igual a quien se debe tratar de persuadir de la gravedad de lo que ha hecho; y entiendo de modo similar el papel supletorio que deben jugar los tribunales penales internacionales, en relación con los tribunales del lugar en donde se ha cometido el crimen en cuestión.

Mis diferencias con su postura son relativamente menores y la mayoría se originan, según creo, en que pretendo anclar mi visión sobre el problema en juego en una teoría más robusta y exigente sobre la deliberación democrática. La propuesta de esta teoría, conforme entiendo, me lleva a destacar especialmente ciertos rasgos del Derecho Penal Internacional; me inclina a mirar de modo algo diferente el proceso penal; y me insta a llamar la atención sobre ciertos problemas propios del apoyarse en las decisiones de organismos internacionales para la resolución de problemas domésticos.

Según dijera, coincidí esencialmente con un punto crucial en Duff para la justificación de su postura, cual es el vinculado con el carácter comunicativo que debe tener el procedimiento penal. Sin embargo, encuentro dificultades en reconocer cómo es que él fundamenta su postura comunicativa. Tal vez porque mi formación se vincula mucho más primariamente con dicha teoría comunicativa, tiendo a acercarme a la cuestión del castigo, en general, y al derecho penal en particular, desde dicha óptica. Duff, en cambio, hace “nacer” a la misma sólo a la hora de pensar el proceso penal, con su sentencia. Él parece derivar a dicha concepción comunicativa del compromiso con la igual consideración y respeto para cada uno de los miembros de la comunidad –lo cual no me parece en absoluto objetable. De todos modos, sí entiendo que termina generando diferencias de enfoques el hecho de que se incorpore a la teoría deliberativa “desde arriba” –para el análisis de toda la disciplina relacionada con el castigo- y no “desde abajo,” a la hora de examinar los rasgos que deben distinguir al proceso penal.

Curiosamente o no, en los últimos años han sido varios los autores que han comenzado a pensar sobre el castigo y el derecho penal desde una óptica comunicativa y, más particularmente, desde una concepción deliberativa de la democracia. Carlos Nino fue pionero en la tarea de pensar al castigo desde una óptica filosófica amplia, y al

derecho en general desde una visión deliberativa de la democracia (ver Nino 1983, 1986, 1996b). Lamentablemente, sin embargo, y tal vez en razón de su temprano fallecimiento, Nino no llegó a hacer tan explícitas las conexiones entre su visión deliberativa de la democracia y sus planteos sobre filosofía penal, como bien lo marcara Pablo de Greiff, un autor que se ocupó explícitamente de establecer aquel puente de conexión que Nino no había establecido entre teoría deliberativa y filosofía penal (dejando de explorar una posibilidad que en cambio sí había analizado profundamente en relación con otras áreas del derecho -típicamente, el derecho constitucional).<sup>18</sup> De todos modos, y según veremos, Nino sí se ocupó de mostrar algunas implicaciones prácticas derivadas de su enfoque “deliberativo-epistémico,” a la hora de analizar ciertos temas fundamentales sobre la la creación legislativa penal (ver Nino 1996).

Posiblemente, quien ha ido más lejos en este entrecruzamiento entre filosofía del castigo, derecho penal y teoría de la deliberación democrática ha sido Philip Pettit, quien primero llegó a convertirse en uno de los pioneros y más influyentes teóricos de la concepción de la deliberación democrática, y luego ingresó directamente y de un modo muy sólido al examen de la problemática criminal (Pettit 1997). El punto más alto de aquellas conexiones lo encontramos en su excepcional libro *Not Just Deserts* que co-escribiera con su colega y connacional John Braithwaite. Dicha obra es una muestra extraordinaria del modo fructífero en que puede utilizarse la teoría comunicativa y la noción de democracia deliberativa a la hora de pensar cuestiones muy concretas de política pública (Braithwaite & Pettit 1990).

He elogiado mucho, hasta ahora, a la teoría deliberativa, pero he dicho muy poco sobre ella, sobre su contenido, y sobre por qué es que la considero tan importante. Creo que las razones por las que valoro a la teoría en cuestión son, finalmente, idénticas a las que apela Duff: nos interesa la deliberación pública como paradigma, porque nos interesa tomar a todos como iguales; porque tenemos una racionalidad limitada y estamos permanentemente sujetos a decidir de modo equivocado (a partir de la ignorancia de información fáctica relevante, o por desconocer puntos de vista valorativos que podrían hacernos cambiar de opinión); y porque reconocemos que nadie tiene en su poder la capacidad -y así, la autoridad- para decidir sobre todos y en lugar de todos, de un modo apropiado para todos, acerca de qué es lo que corresponde hacer frente a los principales problemas públicos que enfrentamos. Frente al *hecho del desacuerdo* que marca nuestra vida en común (Waldron 1999), nos queda poco más que sentarnos a discutir, intercambiar ideas, corregirnos mutuamente, para finalmente decidir del modo que sea más respetuoso posible de nuestra diversidad. En este sentido (y retomo aquí la argumentación de Nino), la deliberación pública aparece teniendo un valor epistémico: establecemos así un procedimiento que incrementa las posibilidades de la corrección mutua y la aparición de información relevante; y que a la vez nos fuerza a poner nuestras posiciones de modo tal que nuestras propuestas puedan resultar aceptables para los demás. A la vez, agregaría, este procedimiento deliberativo promete educarnos en la práctica de escuchar a los demás, reconociendo que ellos pueden tener siempre algo importante para decirnos.

---

<sup>18</sup> Como sostuviera Pablo de Greiff, “la postura de Nino sobre el castigo... quiere fundar una teoría sobre el castigo sólo a través de premisas morales, sin dejar un papel claro para su visión sobre la legitimidad democrática... El consenso que es crucial en su posición no es el consenso que resulta importante para los teóricos de la democracia deliberativa, sino un consenso más amplio, o una licencia, que los individuos dan a partir de las implicaciones que se siguen de sus actos bajo un sistema de reglas” (de Greiff 2002, 383).

Aunque la idea de la democracia deliberativa ha sido objeto de versiones muy diferentes entre sí, la que propondré aquí retoma dos de los rasgos más habitualmente defendidos por los impulsores de esta postura (y pienso, con sus matices, en los trabajos de Habermas 1996; Pettit 1997; o Nino 1996). De acuerdo con la visión que sostendré en las próximas páginas, en una democracia organizada en torno a la idea de deliberación democrática, i) las decisiones deben tomarse a partir de la intervención de *todos los potencialmente afectados* por la norma en juego; y ii) dicho proceso de toma de decisiones debe tener en su centro un proceso *amplio discusión colectiva* organizada bajo condiciones de *igualdad*. Estas condiciones definen el “ideal regulativo” en el que voy a pensar cuando haga referencia, en las próximas páginas, a la democracia deliberativa.

La deliberación democrática aparece así, y por un lado, como un modo de dotar de legitimidad a las decisiones colectivas. Tales decisiones van a apoyarse ahora en el acuerdo más amplio y meditado posible. Por otro lado, la deliberación fortalece decisivamente la justificación de tales decisiones, en la medida en que se haya hecho el máximo esfuerzo para convencer a todos los demás, y particularmente a los que se oponían a ellas, del valor de la decisión propuesta. Para los defensores de la deliberación democrática, la ausencia de alguna de las condiciones citadas aumenta los riesgos de crear normas sesgadas a favor de unos pocos: aún un grupo que pretenda actuar, de buena fe, en nombre de los demás, va a tener problemas para comprender y sopesar adecuadamente los puntos de vista del resto (Nino 1996). En definitiva, el sistema de la democracia deliberativa considera que sólo a partir de una discusión inclusiva, entre iguales, puede maximizarse el carácter imparcial de las decisiones públicas en juego.

### **Deliberación, Castigo y Proceso Penal**

Dentro de los estudios sobre el castigo y el derecho penal, el llamado enfoque “comunicativo” –emparentado claramente con la teoría de la democracia deliberativa– encuentra excepcionales trabajos introductorios como los de Joel Feinberg (Feinberg 1965) y Jean Hampton (Hampton 1984). Una de las versiones más actuales del mismo es la que ha presentado el propio Antony Duff, (Duff 2001), para quien el proceso penal debe orientarse fundamentalmente a entablar un *diálogo moral* con el ofensor, a fin de comunicarle el reproche social hacia lo que hizo.<sup>19</sup>

Así, para él, si voy a tratar al ofensor como un “agente moral, como un miembro de la comunidad moral a la cual los dos pertenecemos, mi objetivo no puede ser simplemente hallar métodos eficientes para que su conducta se ajuste a lo que requiere la moral –que pague su deuda, por ejemplo, o diga la verdad. Tal objetivo podría ser alcanzado por... métodos que no lo tratasen como un agente moral... Mi objetivo debería ser que la persona hiciese lo que es correcto *porque a ella le parece correcto*; e, implícitos en ese objetivo, están los métodos a través de los cuales podría ser alcanzado –sólo a través de un proceso de una persuasión moral racional” (Duff 2001, 81). Necesitamos entonces fortalecer sus vínculos con el resto de nosotros, y convencerlo de que hay razones importantes para que obedezca al derecho (lo cual presupone que él o

---

<sup>19</sup> Este abordaje no debería ser clasificado como consecuencialista porque, como sostienen Duff y Garland, se propone emprender este esfuerzo comunicativo aun cuando estuviéramos seguros de que el ofensor permanecería incólume y no se reformaría a través de nuestras expresiones (Duff y Garland 1994, 15).

ella tiene razones para reconocerse como autor del mismo derecho que hoy se aplica sobre él). De eso se trata el proceso penal comunicativo.

Ahora bien, aunque en lo personal suscribo plenamente el crucial valor de enfoques comunicativos como el citado, quisiera llamar la atención sobre la importancia de inscribir a este tipo de análisis dentro de un esquema deliberativo más amplio, desde donde pensar todo el fenómeno relacionado con el castigo. Para ello, me aproximaré a la cuestión tomando en cuenta los dos rasgos principales que he asociado con la teoría de la deliberación democrática, es decir, la inclusión y el debate público. Trataré de mostrar, entonces, algunas de las principales implicaciones que podrían derivarse sobre el fenómeno del castigo, si partimos de una perspectiva teórica deliberativa. Para el estudio que sigue, me basaré en algunos ejemplos (tomados de los examinados en la primera parte de este escrito), y mostraré de qué modo podemos enriquecer dicho análisis si es que pensamos sobre los mismos desde el ideal regulativo descripto. Primero, veré algunos ejemplos a la luz de la exigencia del ideal de “inclusión” (me preguntaré entonces por el grado de inclusividad -de todos los potencialmente afectados- mostrado por la decisión bajo análisis, y veré algunas consecuencias que pueden seguirse de ello), y luego haré lo mismo al examinar otros casos a la luz del ideal del “debate” (me preguntaré entonces si esa decisión fue objeto o no de un debate público adecuado).<sup>20</sup>

#### *i) Inclusión*

Antes de comenzar este examen, y como punto preliminar del mismo, partiría de lo señalado por Duff, en relación con la importancia de no tratar al acusado como enemigo, reservándole en cambio un lugar central en el proceso penal. Con él, afirmaría que ese proceso comunicativo no tiene sentido si el acusado no juega en el mismo un papel central: la imparcialidad de la decisión final requiere que se lo tome en cuenta como un igual, y que se le den razones aceptables para él mismo acerca del tipo de reproche que se le va a hacer.<sup>21</sup> Es decir, reivindico con Duff esta conexión entre imparcialidad y la presencia y participación activa del acusado durante el proceso en que se lo juzga.

Sin embargo, dicho esto, quisiera ir más allá de ese punto, para señalar por qué resulta importante mirar más allá del proceso penal, hasta llegar a evaluar la imparcialidad completa del sistema penal teniendo en mente ese tipo de parámetros deliberativos (según dijera, la inclusión y participación activa de los afectados en el proceso de toma de decisiones que conducen a la construcción de las normas penales). En particular, me interesará prestar atención a la validez de las normas penales destinadas a aplicarse en ese proceso penal.

---

<sup>20</sup> Una aclaración importante: el objetivo final de las páginas que siguen es el de resaltar el valor analítico del ideal de la democracia deliberativa, para el estudio de casos relacionados con violaciones masivas. Siendo que este ideal tiene –según la definición propuesta- dos componentes esenciales (inclusión y deliberación), no deberá extrañar que los casos que a continuación estudie bajo el acápite “inclusión” puedan figurar también, sin mayores problemas, bajo el acápite “deliberación.” Llevo adelante esta división en secciones -“inclusión” primero, “debate” después-, con el único objeto de llamar la atención especialmente sobre cada uno de tales aspectos, uno por vez.

<sup>21</sup> Esta preocupación indeclinable por apelar a la razón del culpable, tratando de convencerlo acerca del carácter inaceptable de los males que ha causado, implica rechazar una conclusión como aquella a la que Hannah Arendt llegara, en su discurso imaginario contra Eichmann -la de que “no puede esperarse de nadie, de ningún miembro de la raza humana, que quiera compartir la tierra con usted” (Arendt 2006).

La idea de la que partiré en mi análisis es, simplemente, la siguiente: conforme a la teoría de la deliberación democrática examinada, la ausencia de los potenciales afectados del proceso de toma de decisiones incrementa el riesgo de que las normas en cuestión resulten sesgadas en favor de unos pocos -aquellos que sí intervienen activamente en la creación de las mismas. Este riesgo merece ser evitado en todo tipo de normas (típicamente, en las vinculadas con la distribución de recursos), pero muy especialmente en relación con las normas penales: en este caso, lo que está en juego es el recurso al modo más crudo de la violencia estatal. Aquí se definen nada más y nada menos que los alcances y límites del uso del aparato coercitivo del Estado.

El principio general enunciado toma en éste ámbito -el ámbito penal- un color especial: para los defensores de la teoría deliberativa (y, seguramente, no sólo para ellos), si las normas penales terminan siendo redactadas exclusivamente por una elite, luego, los riesgos de que dicho grupo termine auto-favoreciéndose a través de la distribución del uso de la violencia se incrementan peligrosamente. Es decir, a partir de entonces se torna esperable que los decisores seleccionen para castigar ciertos delitos en los que ellos no suelen incurrir, y/o que le quiten peso a faltas respecto de las cuales pueden sentirse más cercanos.

Y diría algo más, particularmente relevante en el ámbito latinoamericano, aquí bajo especial análisis: en condiciones de fuerte desigualdad social, como las que predominan en varios de los países que resultan principal objeto de referencia en este texto, aquellos riesgos se tornan todavía más serios. En tales contextos, el derecho penal aparece como una herramienta excepcional para preservar ese estado de cosas desigual, asegurando la utilización de la fuerza estatal en protección del mismo. De allí que deba verse a la legislación penal, siempre, y especialmente en estos casos, con el escrutinio más estricto. La pregunta sobre quién creó dicha legislación -la pregunta, en primer lugar, sobre las condiciones de inclusividad que distinguieron a su elaboración- debe estar siempre presente entre aquellos preocupados por la imparcialidad del derecho. Por supuesto, es imposible determinar cuál es el grado exacto de inclusividad exigible para dar valor a una norma, como es obvio que nos podemos encontrar con “zonas oscuras” sobre cuál es el grado de aceptabilidad que merece una cierta norma, dados los problemas que pueden afectarla en cuanto a sus orígenes. Todo esto, sin embargo, no niega que puede haber una amplia gama de casos que caigan en el “área luminosa.” Quiero decir, prestar atención a los niveles de inclusividad de los que gozó la norma, en su génesis, puede ser extremadamente útil a la hora de pensar en la fuerza de la misma. En este sentido, expondré a continuación dos ejemplos tomados de los casos expuestos al comienzo de este trabajo, que pueden resultarnos muy valiosos para ilustrar lo que digo y, así, ayudarnos a reconocer la importancia del factor “inclusividad” para el análisis penal.

En primer lugar, tomaría el caso de la Ley 22.924, o “ley de auto-amnistía,” dictada por el gobierno militar argentino -en ese entonces encabezado por el general Bignone- el 23 de septiembre de 1983. Dicha norma fue presentada en su momento por el gobierno militar como un modo de asegurar la pacificación y la reconciliación nacionales. Ella aseguraba una amplia amnistía a todos por todos los actos subversivos y anti-subversivos cometidos durante mayo de 1973 y junio de 1982, y se extendía a todos quienes habían colaborado en tales actividades. Excluía, en cambio, a los miembros de organizaciones terroristas no residentes por entonces en la Argentina, o a

quienes continuaban desarrollando actividades subversivas. Los interrogatorios judiciales contra los implicados en tales actividades también quedaban prohibidos.

Para los partidos que competían para ocupar el poder a través de las elecciones democráticas, una vez terminada la dictadura, dicha ley representaba un obstáculo severo para llevar a cabo procesos penales justos y necesarios, contra las autoridades salientes. El peronismo, que aparecía por entonces como el principal partido con aspiraciones a ser electo democráticamente, se había comprometido a respetar dicha norma de “auto-perdón.” El otro partido con posibilidades de ganar -el radicalismo, que finalmente se alzaría con las elecciones- se había comprometido en cambio a desafiar dicha ley de auto-amnistía. Notablemente, los dos principales intelectuales que trabajaron en la justificación de lo que luego se haría (la anulación de la auto-amnistía a través del nuevo parlamento democrático), fueron dos reconocidos filósofos del derecho. Uno fue Genaro Carrió, conocido abogado, traductor e introductor de la filosofía analítica en la Argentina, quien propuso la derogación de la ley de auto-amnistía alegando que dicha norma había implicado una violación de la Constitución argentina, que prohíbe el otorgamiento al Ejecutivo de poderes extraordinarios. El otro jurista que intervino en dicho proceso fue Carlos Nino -como vimos, uno de los pioneros en defender una concepción deliberativa de la democracia.

El argumento de Nino, por entonces, fue plenamente consistente con su postura teórica: él propuso el directo desafío de toda la legislación de facto, en virtud de su teoría epistémica de la democracia: para él, “sólo las normas que gozan de un origen democrático pueden gozar de una presunción de aceptabilidad moral,” dado que ellas se crean con la intervención de todos los afectados (Nino 1996). Decir lo contrario, sostuvo, resultaba un mero ejercicio de un positivismo dogmático, es decir, un inútil intento destinado a conferirle validez a una ley por el solo hecho de que la misma forma parte del derecho vigente -por el solo hecho de que ella se encuentra respaldada por la fuerza estatal.

En definitiva, el punto central de Nino era que, en general, las normas dictadas por una dictadura no podían gozar de una presunción de validez, como la que venían gozando dentro de la tradición doctrinal y jurisprudencial del derecho argentino (tradición desde donde se tendió a asimilar a las normas *de iure* y *de facto*). Por el contrario, afirmaba Nino, cuando los principales afectados por ese tipo de normas no habían podido participar de ningún modo relevante en la creación de las mismas, tales normas perdían toda presunción de validez. En nuestros términos, ausente por completo el requisito de la “inclusión” en el proceso creativo de la norma, luego, no se podía predicar la autoridad de la misma, tal como se lo venía haciendo hasta el momento: la norma no podía gozar de autoridad *prima facie* siendo que ella había sido dictada a partir de una práctica excluyente en un modo extremo.

Alegando criterios como el propuesto por Nino, basado en una concepción deliberativa de la democracia, el nuevo Congreso democrático terminó por anular, de modo unánime, la ley militar de auto-amnistía, a través de la ley nulificatoria 23.040. De ese modo, se dio el puntapié inicial para el juzgamiento de las atrocidades cometidas por la dictadura.

El otro ejemplo que quería citar tiene que ver con el argumento dado por el Juez Carlos Fayt, de la Corte Suprema de la Argentina, en el citado fallo “Simón,” acerca del



valor de la decisión en “Barrios Altos” como antecedente desde donde leer el derecho en casos sobre violaciones masivas de derechos humanos. Por entonces, la Corte de la Argentina debatía acerca de la validez de las leyes de impunidad que habían beneficiado a Simón y que, aparentemente, obstaculizaban el enjuiciamiento que los activistas de derechos humanos querían llevar adelante frente a los líderes de la represión militar. Cabe recordar, por lo demás, que las normas de perdón que se encontraban entonces bajo análisis -a diferencia de la ley de “auto-amnistía” dictada por el propio gobierno militar- habían sido aprobadas por sucesivos gobiernos democráticos, que llegaron al poder luego del final de la dictadura militar. Lo que sostuvo Fayt, entonces, fue que precedentes como “Barrios Altos” –que, como viéramos, consideraban que la aplicación de leyes de amnistía para los acusados de violaciones masivas a los derechos humanos contradecía el Derecho Internacional de los Derechos Humanos- no eran aplicables apropiadamente al caso argentino. En la Argentina, sostuvo Fayt, las normas de perdón (“obediencia debida” y “punto final”) habían sido el resultado, bueno o malo, de un proceso democrático, también a diferencia de lo que ocurriera en Perú, en donde la amnistía para las fuerzas armadas involucradas en la “masacre de Barrios Altos” había sido dictada por un Congreso fuertemente viciado en su legitimidad, luego de que Fujimori disolviera el Parlamento, en 1992.

Personalmente, el argumento dado por Fayt no me persuade (por las propias razones que subyacen a su razonamiento), pero aún así creo que él invoca una distinción importante: a la hora de juzgar la validez de las normas penales, es crucial concentrar la atención en las condiciones más o menos democráticas de producción de las mismas -y en este caso, particularmente, en su componente inclusivo- antes que en su sola vigencia y fuerza. Para la producción de las decisiones que llevaron a la impunidad, en Perú, debió –entre otras medidas- cerrarse el órgano con mayor potencia representativa, y quitarse a la cuestión bajo análisis de la esfera pública. La impunidad, finalmente, fue decidida por la elite de aquellos beneficiados por la impunidad, sin permitir que se escuchen las voces del resto de la sociedad y, muy especialmente, las de aquellos opuestos a la medida en cuestión. Es decir, la impunidad se creó en condiciones de abierta exclusión.

En definitiva, ambos ejemplos nos llaman a reflexionar sobre el mismo punto, relacionado con la respetabilidad especial que ganan las normas que surgen de un proceso de creación inclusivo, *vis a vis* aquellas que no cuentan con dicho respaldo. Nino supo impugnar la validez de la ley de auto-amnistía dictada por los militares, a partir de dicha razón; y Fayt, en su voto en “Simón,” acertó al señalar a dicho elemento como uno de los que marcaban una diferencia crucial entre fallos como “Barrios Altos” y casos como el argentino (en donde las leyes de impunidad surgieron de un proceso mucho menos viciado que en el primero).<sup>22</sup> Desconocer esas diferencias de origen –no darle importancia a las implicaciones de crear una norma a partir de un proceso de exclusión- es perder de vista una información crucial para todo el análisis que se quiera hacer posteriormente, en torno a la imparcialidad, validez y aplicación de esas mismas normas.

## *ii) Deliberación*

<sup>22</sup> Fayt notó, por caso, que las leyes de impunidad en la Argentina habían sido dictadas por un nuevo gobierno, y no por el imputado por los delitos en juego; que las mismas habían sido debatidas por el Congreso y la opinión pública, a diferencia de lo ocurrido en Perú; o que ellas, otra vez a diferencia de lo ocurrido en el país vecino, habían sido tramitadas siguiendo todos los procesos formales necesarios, y pasando todos los controles exigibles (un buen análisis al respecto en Filippini 2006).

El otro aspecto central a tomar en cuenta, para una teoría de la deliberación democrática, es el relacionado con la discusión colectiva que antecedió o no a la norma en cuestión, y el grado en que se dio la misma. Duff, como otros autores involucrados en la defensa de una postura deliberativa, remarcan este aspecto en relación con las características que deben distinguir al proceso penal. Para él, dicho proceso no debe orientarse a asegurar que las personas, meramente, “obedezcan sus demandas, sino que entiendan y acepten lo que se requiere de ellos como ciudadanos.” El objetivo final del proceso, entonces, no es el de que la persona cuestionada deje de causar daños a otros por temor, sino porque ella misma considera que es lo que corresponde. Esta postura considera que el castigo no puede justificarse nunca en la medida en que aparezca como un intento coercitivo destinado a “aplacar a los golpes” a la voluntad del criminal (Duff 1986, 272).

Coincidiendo con Duff en este aspecto crucial de la deliberación, quisiera introducir otros dos modos posibles de la misma, especialmente relevantes para quienes parten de una concepción deliberativa, para pensar sobre la problemática penal. Uno de ellos tiene que ver con la deliberación entre el órgano judicial -que ocupa un lugar obviamente central en el proceso penal- y los demás órganos en que se divide el poder democrático-representativo en una comunidad. El otro se relaciona con la deliberación entre los órganos de la creación de decisiones públicas a nivel nacional, y las fuentes de autoridad internacionales en materia de derechos humanos. Según entiendo, estos aspectos de la deliberación, que trascienden a la deliberación que debe darse “al interior” mismo del proceso penal, van a permitirnos reconocer mejor el valor de las iniciativas internacionales existentes en materia de derechos humanos, tanto como sus límites; a la vez que van a ayudarnos a pensar mejor cuáles son los criterios apropiados para la decisión judicial, en este tipo de casos.

Dividiré entonces mi análisis en dos partes, la primera referida a la deliberación al interior de una comunidad política democrática (considerando al poder judicial como uno de los ejes de la misma); y la segunda relacionada con la deliberación que merece darse entre los órganos de decisión locales y las fuentes de autoridad internacionales en lo concerniente a la protección de derechos humanos.

#### *ii) Deliberación con otras fuentes de autoridad extranjeras*

La visión que quiero defender dice que, en casos donde están en juego derechos humanos básicos, y cómo lidiar con ellos, resulta especialmente importante abrirse al conocimiento de otras experiencias y otros criterios, que pueden iluminarnos acerca de principios, problemas y soluciones que, encerrados en nuestros propios asuntos, podemos dejar de ver. Esta postura reivindica los avances que se han dado en la reflexión internacional sobre los derechos humanos, sin desconocer ni subordinarse a la autoridad fáctica de los organismos y tratados internacionales hoy vigentes. En todo caso, se resiste a tomar a los acuerdos internacionales hoy dominantes como autoritativos por el solo -aunque crucial- hecho de que los mismos cuenten con respaldo positivo estatal (volveré sobre el punto más abajo). Según entiendo, un criterio como el recién expuesto -consistente con la visión deliberativa antes expuesta- nos permite comenzar a desembarazarnos de dos fuertes posiciones alternativas con las que solemos encontrarnos en la materia. La primera es la que rechaza enfáticamente la injerencia de

fuentes de autoridad extranjeras, en materia de derechos humanos; y la segunda es la que reivindica enfáticamente a esas mismas fuentes.<sup>23</sup>

La primera versión, la del rechazo enfático al derecho internacional, encuentra algunos notables respaldos contemporáneos, como el del Juez Scalia, de la Corte Suprema norteamericana quien, en el caso *Printz v. U.S.*, sostuvo que “el análisis comparativo resulta inapropiado para la tarea de interpretar la Constitución, aunque por supuesto fue relevante a la hora de escribirla.” La interpretación de las cuestiones constitucionales más básicas, para él, debe vincularse con el análisis de los términos usados por la Constitución, a la luz de lo que se entendía originalmente por ellos, al momento en que se escribiera tal documento. La ya famosa crítica que hiciera Scalia al uso del derecho internacional encuentra versiones diferentes en la discusión sobre la aplicación de la normativa vigente en materia de derechos humanos, en Latinoamérica. Hay quienes, por caso, han analizado el caso Pinochet a la luz de la ideología colonial española, y las tensiones que ella genera con la actitud persecutoria hacia criminales como el dictador chileno (Valdés 2000). Similar, aunque no idéntico, es el caso de quienes objetan a las persecuciones penales motorizadas “desde fuera,” asumiendo que ellas resultan normalmente insensibles a las complejidades de la situación social y política de la comunidad a la que pertenecen los acusados (Malamud Goti 1996, 2003).

La versión de la afirmación enfática del derecho internacional, mientras tanto, puede encontrarse en buena parte de los comentaristas y jueces que han tomado partido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La citada opinión del entonces presidente de la Corte Suprema argentina, Enrique Petracchi, en el caso “Simón,” resulta un buen testimonio de dicha postura. Petracchi cambió entonces la opinión que él había defendido años antes, sosteniendo la validez de las leyes de impunidad, por otra en donde rechazaba esa validez. Para ello, se basó en el hecho de que la nueva Constitución argentina daba rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, y el hecho de que “la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos...ya no autoriza al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica” (considerando 14).

Contra el criterio que aquí propongo, la primera versión (la del rechazo enfático al derecho internacional) se niega a reconocer tanto la posibilidad como el valor de aprender de las experiencias de otras comunidades. Esto es, de hecho, lo mismo que dijeron sus crítico al juez Scalia, aún en el citado fallo *Printz v. U.S.* Allí, el Juez Breyer, en su voto disidente, sostuvo justamente que “(la experiencia de otras naciones) puede...echar luz empírica sobre las consecuencias de distintas soluciones frente a problemas jurídicos comunes.”<sup>24</sup>

<sup>23</sup> En su análisis del caso “Pinochet,” Paul Kahn destaca una tensión similar entre dos tipos de enfoques: la respuesta negativa de parte de quienes reivindican el auto-gobierno de la comunidad política del caso (y para quienes el juzgamiento de las violaciones masivas de derecho allí cometidas es una tarea que incumbe a los propios afectados -en este caso a los ciudadanos chilenos- que deben resolver por sí mismos qué quieren hacer con los acusados de violaciones masivas), y la visión más bien optimista de quienes celebran la “maduración del régimen internacional de los derechos humanos,” y consideran que responder a los abusos de los derechos humanos “es una obligación moral” que alcanza a todos los individuos, como miembros de la humanidad; además de una “obligación legal” que llega a todos los Estados, aún aquellos poco vinculados con la comunidad en donde se han cometido los crímenes (Kahn 1999).

<sup>24</sup> Algo similar puede leerse en la opinión del Juez Guido Calabresi en *U.S. v. Then*, en donde defendió la importancia de que los Estados Unidos comenzaran a prestar atención a los desarrollos institucionales

Mientras tanto, la segunda versión (la de la adhesión enfática al derecho internacional), toma a las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como autoridad incuestionada, y no como base para la reflexión crítica. Es decir, no va al derecho internacional en busca de razones, sino de mandatos. Este último problema es especialmente serio, por diversos motivos. Por un lado, nadie -siquiera los expertos en la materia- pueden determinar claramente, para tomar un ejemplo, cuál es el contenido y cuáles los contornos del *ius cogens* -el derecho de cumplimiento obligatorio y que no admite comportamiento en contrario del derecho internacional. Todos, además, tendemos a disentir cuando nos ponemos a pensar acerca de la mejor interpretación acerca del alcance de ciertos compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Todo ello genera el enorme riesgo de que una comunidad termine invocando como indiscutible un mandato cuyo contenido no es claro para nadie, y por lo tanto quedando en manos del intérprete o traductor de ese derecho. El problema más importante, sin embargo (uno finalmente conectado con el anterior), tiene que ver con los déficits de legitimidad que suelen afectar a todas las autoridades invocadas como fuente en el derecho internacional.<sup>25</sup> El caso de la Cámara de los Lores que se pronunciara sobre el enjuiciamiento a Pinochet, por tomar un ejemplo, resulta claro: cuál puede ser la autoridad, en un país extranjero, de una Cámara compuesta por miembros de la aristocracia inglesa? Pero el problema resulta, en verdad, mucho más vasto que lo que sugiere este ejemplo. Para mencionar un caso, podríamos decir que la enorme mayoría de la ciudadanía latinoamericana desconoce la existencia, la misión, las funciones, o la composición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Como suele ocurrir con los tribunales internacionales, los miembros de la CIDH no son elegidos popularmente y tampoco son removibles por la ciudadanía. Más todavía, la ciudadanía carece de toda forma razonable y a su alcance para desafiar las decisiones de

aparecidos en comunidades finalmente inspiradas en el sistema norteamericano: “Los padres más sabios no dudan en aprender de sus propios hijos” -mantuvo. Pueden leerse algunas reflexiones al respecto en Epstein & Knight 2003, o Tushnet 1999.

<sup>25</sup> Mi colega, y especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Víctor Abramovich, reconoce la certeza de algunas de las críticas que aquí se avalan, por ejemplo, la poca publicidad de las decisiones de los organismos internacionales; la insuficiente participación de actores locales en dicho ámbito; y los déficits existente en la crítica y sistematización de la doctrina internacional. Sin embargo, resiste a las mismas afirmando, sobre todo, que las mismas tienden a basarse en el desconocimiento de la dinámica de creación del derecho internacional, y en la subestimación de los procesos locales tendientes a darle mayor peso a dicha jurisdicción internacional. Abramovich ejemplifica entonces con alguna experiencia local, que muestra la existencia de diferentes decisiones, de distinto nivel (desde la aprobación política de ciertos tratados de derechos humanos, a decisiones judiciales como las revisadas), que marcarían ese compromiso político. Contra ello cabría decir que, por un lado, como el propio Abramovich admite algunos párrafos más adelante, muchas de las decisiones en cuestión “no fueron fruto de un amplio y profundo debate público.” Pero además, su visión supone que la acción de los órganos de gobierno en comunidades como las que aparecen en su ejemplo, están libres de los reproches que él reconoce frente a aquellos. Más todavía, lo estarían al punto tal de librar de todo reproche a los órganos internacionales, gracias a su benéfica intervención (son los órganos locales los que han hecho esa invitación, *ergo* la actividad de los órganos internacionales es irreprochable). Sin embargo, el problema que tenemos frente a nosotros (sobre todo para alguien que, como Abramovich, presenta un análisis basado en el funcionamiento de “la práctica punitiva real” antes que en la “pura teoría”), es que esa legitimidad formal de origen en absoluto acaba con el problema sobre el que a ambos nos interesa pensar: que en todo este tipo de debates la ciudadanía parece desaparecer completamente de una escena dominada por elites económicas, políticas o doctrinarias. Lo que nos debe interesar es reflexionar acerca del modo en que, en el día a día, la ciudadanía puede intervenir para elaborar, criticar, desafiar y cambiar aquellas decisiones. Y aquí, parece obvio, hay una brecha demasiado amplia entre quienes deciden y quienes se benefician o perjudican de esas decisiones, y eso es importante marcarlo siempre, por más que, coyunturalmente, podamos compartir la orientación valorativa de las decisiones de los organismos internacionales (Abramovich 2007, v-viii).

ese tribunal. Y además, las decisiones de tal tribunal suelen ser objeto de interpretaciones que quedan en manos de órganos que, nuevamente, merecen ser señalados por sus problemas de legitimidad. Como resultado de lo dicho, simplemente, señalaría la necesidad de transitar un camino más largo que el habitual, antes de simplemente aceptar o validar la autoridad de decisiones provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>26</sup>

Decir esto implica negar, por tanto, la afirmación de otros autores que simplemente se deshacen de toda preocupación sobre la legitimidad de las autoridades judiciales del caso, reposando exclusivamente en la calidad del proceso que se lleva a cabo. Para David Luban, por ejemplo, “cualquier foro es apropiado para juzgar crímenes contra la humanidad, en la medida en que el mismo ofrezca una aproximación adecuada a la idea de justicia natural” (Luban 2004, 143). La imparcialidad requerida, por lo demás, depende para él de la “profesionalización” y el “aislamiento” de quienes deciden -lo cual también es contradicho por la teoría que aquí defiendo, en donde la imparcialidad aparece asociada con dos rasgos más bien contrarios a los expuestos por Luban: la inclusividad del proceso de toma de decisiones y la discusión pública que se ha llevado a cabo para adoptar la decisión del caso.

El criterio que he propuesto en esta sección pretende hacerse cargo de problemas de legitimidad como los examinados, reconociendo por un lado las dificultades que existen para -sin más- dotar de autoridad al derecho internacional; y por otro la importancia de aprender de las decisiones que puedan tomarse en el ámbito internacional, sobre los problemas de derechos humanos (o sobre problemas de derechos humanos esencialmente idénticos a los) que afectan a una comunidad particular. En este sentido, el extraordinario desarrollo jurídico-político que se dio en Chile, luego de las decisiones que se tomaron en España e Inglaterra, representa un buen ejemplo de lo dicho (por más que uno pueda mantener las objeciones a la legitimidad recién señaladas): una comunidad puede reconocer mejor la dimensión de algunos problemas que la afectan en materia de derechos humanos, tanto como las soluciones posibles a esos problemas, a partir de la intervención y colaboración de individuos, grupos e instituciones situadas fronteras afuera.<sup>27</sup> En definitiva, una lectura deliberativa de la democracia alienta la participación de juristas e instituciones internacionales, especializadas en el derecho de los derechos humanos, como un modo de reforzar una necesaria y difícil discusión que debe darse al respecto, al interior de cada país. Ello, en forma consciente de los problemas de legitimidad que son propios de tales autoridades, y que exigen que tales fuentes de conocimiento sean tratadas como tales, y no como oráculos que requieren de una obediencia acrítica.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Es muy importante notar que lo dicho no implica hacer una defensa convencida ni mucho menos cerrada sobre el valor epistémico/deliberativo de las normas que surgen de los órganos políticos locales y, en particular, del Congreso Nacional en cada comunidad. Muy por el contrario, las decisiones de las ramas políticas también merecen ser analizadas del modo más estricto, reconociendo que en una mayoría de casos las normas que producen no son, en ningún sentido relevante del término, el producto de una discusión social robusta, sino la mera expresión de la puja de ciertas elites poderosas y grupos de interés.

<sup>27</sup> Para la abogada y especialista en derechos humanos Paulina Veloso, por ejemplo, el dilema que enfrentaban los activistas de derechos humanos en Chile no era “el juicio se hace en el extranjero, o se hace en Chile,” sino directamente “no hay proceso contra Pinochet en Chile...o se inicia un juicio en el extranjero” (Veloso 2003, 131).

<sup>28</sup> Este tipo de objeciones parciales a la autoridad de, por ejemplo, organismos internacionales, no debe entenderse como una defensa acrítica de la autoridad y legitimidad de los poderes locales. Los criterios ha aplicarse, finalmente, son los mismos: buscamos razones, no órdenes. Es cierto, de todos modos, que en la medida en que la legitimidad de los órganos de decisión del caso sea mayor (y conforme a este texto,

*iib) Deliberación a nivel local: el poder judicial como “motor” del diálogo colectivo*

El último punto sobre el cual quería detenerme se vincula con el papel de los tribunales al interior de una cierta comunidad, es decir, se refiere al poder judicial en su relación con los demás órganos de poder, y con la sociedad en general. Al respecto, me interesa decir que, en materia de derechos humanos, resulta imprescindible que la comunidad llegue a acuerdos razonados, hasta poder verse a ella misma reflejada en las decisiones que toma –decisiones que tocan nervios tan sensibles de la vida en común. El proyecto de la democracia deliberativa pretende fundamentalmente eso: basar las políticas más importantes en consensos productos de una deliberación inclusiva. En esta tarea, los tribunales tienen un papel muy especial que cumplimentar.

Contra dicho ideal, sin embargo, solemos encontrarnos con que las políticas de derechos humanos, justamente por afectar a sectores tan vastos y, sobre todo, por tocar a intereses tan poderosos, tienden a ser expropiadas de la comunidad, y dejadas en manos de unos pocos. De modo habitual, estos últimos procuran, del modo en que sea posible, impulsar políticas que no inquieten indebidamente a los sectores imputados con violaciones masivas. Las razones son diversas: desde una genuina preocupación por la estabilidad democrática, hasta pactos no-públicos, impulsados por la elite gobernante con los grupos imputados.

Reflexionando sobre este mismo punto, para la Argentina, el abogado especialista en derechos humanos Gustavo Maurino ha sostenido que: “Las posibilidades de éxito que un relato del pasado no democrático tenga para consolidarse como relato común en el curso de la experiencia democrática de la comunidad son sensibles a la calidad democrática de los procedimientos de construcción de ese relato” (Maurino 2008). Maurino avanzó este argumento para criticar la evolución de las políticas de derechos humanos en la Argentina, que culminaron en decisiones como “Simón” (que Maurino critica por idénticas razones a las que aquí avanzamos, es decir, por basarse fundamentalmente en “la fuerza autoritativa de agentes internacionales,” antes que en principios constitucionales más clara y directamente conectados con la propia comunidad que ha sufrido tales violaciones masivas).

Como viéramos al comienzo de nuestro análisis, la política argentina en materia de violaciones masivas comenzó como una política principista, amparada en un amplio respaldo social, y esforzadamente enfrentada a los poderes fácticos salientes. Al poco tiempo, sin embargo, ella comenzó a trocar en otra muy diferente, hasta convertirse en una política errática, carente de principios, y sometida al poder de las elites dirigentes –elites asociadas en ocasiones, y en otras enfrentadas, al poder militar. Se pasó entonces de la promoción de los juicios a los principales responsables de la aventura militar, a las leyes de obediencia debida y de punto final. Más tarde, se llegó al indulto. Luego, se revirtió el proceso anterior con la anulación legislativa de aquellas leyes de perdón, y se avanzó en el cuestionamiento de los indultos. Por su parte, la Corte Suprema pareció someterse a –y acompañar– estos vaivenes, avalando en su momento los juicios y las leyes de obediencia, y luego invalidando las mismas medidas de perdón que había respaldado en un principio. Las “construcciones” de este tipo son indeseables por la razón que mencionaba Maurino. Ellas –podría argumentarse– parecen representar lo

---

ello se determina por el nivel de inclusión y discusión propio del órgano decisorio), mayor será su respetabilidad.

contrario a una construcción democrática, y es por ello mismo, podría decirse, que ellas resultan tan inestables: justamente en políticas tan sensibles como las relacionadas con las violaciones masivas, es cuando más debiera desaconsejarse este tipo de políticas, marcadas por los “golpes de timón” promovidos, más o menos discrecionalmente, desde el poder. En definitiva, si la sociedad no puede tomar como propias tales políticas, previsiblemente, terminará pronunciándose contra ellas, más lentamente -como en el caso de Chile- o de modo más abrupto y violento -como en el caso de la Argentina.

Un tribunal consciente de su papel decisivo en la materia, y a la vez inspirado en una concepción deliberativa de la democracia, podría jugar un rol muy diferente –un rol a su vez extraordinario en la construcción del necesario consenso colectivo que temas tan delicados como los aquí referidos requieren. Por caso, los tribunales pueden ayudar a los poderes políticos a decidir mejor (no imponiéndoles su punto de vista; ni apelando, simplemente, a la autoridad de organismos todavía superiores, sino) participando con ellos en un proceso de diálogo colectivo, gradual, constructivo. El órgano judicial, cabe notar, se encuentra especialmente bien situado para participar en este proceso dialógico: los tribunales son, en efecto, los encargados de recibir las quejas de quienes se consideran indebidamente tratados por las autoridades políticas. De allí que ellos estén en especiales condiciones de motorizar esa discusión, tornando visibles las impugnaciones que reciben las acciones promovidas desde los órganos políticos. De allí que sea tan importante que ellos no se sumen nunca a la política de los “golpes de autoridad sobre la mesa” -la política de los hechos consumados a partir de meras invocaciones de autoridad. Por el contrario, ellos pueden, deben, y están en condiciones de colaborar en un necesario proceso de reflexión colectiva sobre los asuntos que más importan a la propia comunidad en la que están insertos.

## **Conclusión**

En este trabajo, tomé tres de los casos más importantes e influyentes en la historia contemporánea sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los casos “Pinochet,” “Barrios Altos” y “Simón.” Me interesó examinar críticamente las decisiones tomadas en los tres casos, desafiando algunos de los enfoques más habituales que han aparecido en la materia: tales decisiones, según entiendo, plantean preguntas de crucial importancia acerca de cómo lidiar con violaciones masivas de derechos humanos. Finalmente, y aunque simpatizo con las respuestas que tendieron a recibir los tres casos, creo que la resolución de los mismos dejó planteados demasiados interrogantes, y demasiadas dudas debidas, en algunos casos a la novedad que implicaban, y en otros a una cierta desidia respecto de las cuestiones teóricas que entonces se abrían. Frente a dicho panorama, procuré basar mi análisis en visiones teóricamente más exigentes y abarcativas, acerca de cómo pensar la problemática del castigo. En primer lugar, me apoyé en el significativo trabajo de Antony Duff, e inmediatamente luego traté de complementar al mismo con una más robusta teoría deliberativa de la democracia. Este esquema teórico, según entiendo, es capaz de brindarnos un marco adecuado no sólo para pensar los rasgos que deben distinguir al proceso penal en casos de violaciones masivas (una tarea que Duff realiza de modo impecable), sino también para pensar el contexto institucional dentro del cual -y a partir del cual- se desarrolla dicho proceso. En particular, utilicé dicho enfoque teórico para reflexionar sobre el valor de las normas penales locales que se pretenden aplicar en tales casos; sobre la validez y autoridad de los tratados y organismos internacionales de derechos humanos; y sobre el papel de los tribunales penales en su relación con la

política y los poderes políticos de la comunidad dentro de la cual se encuentran inscriptos.

## BIBLIOGRAFIA

- Abramovich, V. (2007), "Editorial," *Nueva Doctrina Penal*, 2007-B, I-XVIII.
- Arendt, H. (2006), *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Penguin Classics, London.
- Braithwaite, J. & Pettit, P. (1990), *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press.
- de Greiff, P. (2002) Deliberative Democracy and Punishment *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, n. 2, 373-403.
- Duff, A. (1986), *Trials and Punishments*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Duff, A. (2001), *Punishment, Communication, and Community*, Oxford: Oxford University Press.
- Duff, A. (2008), "Authority and Responsibility en International Criminal Law," to appear in S. Besson and J. Tasioulas, eds., *Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Duff, A. & Garland, D. (1994) *A Reader on Punishment*, Oxford: Oxford University Press.
- Epstein, L. & Knight, J. (2003), "Constitutional Borrowing and Nonborrowing," 1 *International Journal of Constitutional Law* 196.
- Feinberg, J. (1965), "The Expressive Function of Punishment," *The Monist*, 49, 397-423.
- Fernández Valle, M. (2007), "La Corte Suprema, la dictadura militar, y un fallo para pensar," *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*.
- Filippini, L. (2006), "Tres problemas en la aplicación del derecho internacional en el caso Simón", en *Revista de Derecho Penal*, (Marzo), Lexis Nexis, Buenos Aires.
- Guembe, M. (2005), "La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina," *Sur*, 3-2.
- Habermas, J. (1996), *Between Facts and Norms*; Cambridge: MIT Press.
- Hampton, J. (1984), "The Moral Education Theory of Punishment," *Philosophy and Public Affairs*, vol. 13, n. 3, 208-238.
- Kahn, P. (1999), "On Pinochet," *Boston Review*, Feb.Mar., <http://bostonreview.net/BR24.1/kahn.html>.
- Loveman, B. & Lira, E. (2002), *El espejismo de la reconciliación política. Chile 1990-2002*, LOM Ediciones, Santiago de Chile.
- Luban, D. (2004), "A Theory of Crimes Against Humanity," *Yale Journal of International Law*, 29, 85.
- Macedo, S. (2003), ed., *Universal Jurisdiction*, Penn.: University of Pennsylvania Press.
- Malamud Goti, J. (1996), *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice*, Oklahoma.
- Malamud Goti, J. (2003), ed., *Los dilemas morales de la justicia internacional. El caso Pinochet*, Miño y Dávila, Buenos Aires.
- Maurino, G. (2008), "A la búsqueda de un pasado," en R. Gargarella ed., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- Nino, C. (1983), "A Consensual Theory of Punishment", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, 289-306
- Nino, C. (1986), "Does Consent Override Proportionality," *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, no. 2. (Spring), 183-187.



- Nino, C. (1996), *Radical Evil on Trial*, Conn.: Yale Univ. Press.
- Nino, C. (1996b), *The Constitution of Deliberative Democracy*, Conn.: Yale Univ. Press.
- Pettit, P. (1997), *Republicanism*, Oxford: Oxford University Press.
- Tushnet, M. (1999), "The Possibilities of Comparative Constitutional Law," 108 *Yale Law Journal* 1225.
- Valdés, F. (2000), "Postcolonial Encounters in the Development of International Human Rights," 9 *U. Miami Int'l and Comp. L. Rev.* 189.
- Veloso, P. (2003), "Al fin de cuentas, el objetivo es la justicia," en J.Malamud Goti, ed., *Los dilemas morales de la justicia internacional*, Ed. Miño y Dávila, Buenos Aires.
- Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.