

2015

## Cuatro Mitos Sobre La Justicia Retributiva Como Mecanismo De Justicia Transicional

Juan Vera Sanchez  
juan.vera@uach.cl

Follow this and additional works at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr>



Part of the [International Law Commons](#)

---

### Recommended Citation

Vera Sanchez, Juan (2015) "Cuatro Mitos Sobre La Justicia Retributiva Como Mecanismo De Justicia Transicional," *American University International Law Review*: Vol. 32 : Iss. 2 , Article 2.

Available at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol32/iss2/2>

This Article is brought to you for free and open access by the Washington College of Law Journals & Law Reviews at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in American University International Law Review by an authorized editor of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact [kclay@wcl.american.edu](mailto:kclay@wcl.american.edu).

# CUATRO MITOS SOBRE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA COMO MECANISMO DE JUSTICIA TRANSICIONAL

JUAN SEBASTIÁN VERA SÁNCHEZ\*

|  |     |
|--|-----|
| I. INTRODUCCIÓN.....   | 469 |
| II. PRIMER MITO: EL PROCESO PENAL TIENE UN<br>CARÁCTER RETRIBUTIVO .....   | 472 |
| III. SEGUNDO MITO: EL PROCESO PENAL SÓLO TIENE<br>UNA FINALIDAD RETRIBUTIVA .....  | 475 |
| A. RETRIBUCIÓN COMO PASO PREVIO A LA RESTAURACIÓN DE<br>VÍCTIMAS Y RECONSTRUCCIÓN SOCIAL .....   | 476 |
| B. EL PROCESO PENAL COMO VEHÍCULO EPISTÉMICO DE<br>COLABORACIÓN EN LA SUPERACIÓN DE ESTRÉS POST<br>TRAUMÁTICO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE<br>DERECHOS HUMANOS..... | 478 |
| C. EL PROCESO PENAL COMO VEHÍCULO DE RECUPERACIÓN<br>INSTITUCIONALIZADA DE LA MEMORIA HISTÓRICA .....  | 483 |
| IV. TERCER MITO: LA JUSTICIA RETRIBUTIVA ES UNA<br>MANIFESTACIÓN DEL LEGALISMO.....  | 486 |
| V. CUARTO MITO: EL PROCESO PENAL RETRIBUTIVO<br>TIENDE A PARTICULARIZAR EL CONFLICTO .....   | 489 |
| A. ESTÁNDAR DE PRUEBA PENAL Y SU EFECTO SOCIOLOGICO....  | 492 |
| B. CUALIDAD EPISTÉMICA DE LA DECISIÓN PENAL EN EL<br>FENÓMENO DE LA JT.....  | 497 |
| VI. PALABRAS FINALES .....   | 498 |

## I. INTRODUCCIÓN

Por todos es sabida la importancia que tiene el término “justicia transicional” en el derecho internacional de los derechos humanos. Y que, como parte del mismo, emplea algo que podría ser un elemento metodológico intrínseco al derecho transnacional: una relativa

vaguedad e imprecisión tanto de los alcances de los conceptos como de la legitimidad y validez de sus fuentes. Sin embargo, lo anterior—y dándole razón a Hart<sup>1</sup> sobre la existencia de un núcleo semántico de ciertos conceptos jurídicos inestables que poseen un amplio margen de vaguedad—la justicia transicional está constituida por una serie de medidas formales, informales, sociales e institucionales que tienen por objeto la modificación del *status quo* de crisis social o inestabilidad político-institucional hacia una situación de paz duradera, democrática y con respeto a los derechos humanos.<sup>2</sup>

Desde esta perspectiva, entonces, los mecanismos típicos de la justicia transicional son de tres tipos: el primero, vinculado con el concepto amplio de justicia retributiva, tanto nacional como internacional, por medio del cual se sancionan, castigan o retribuyen las violaciones a los derechos humanos perpetradas por medio de una consecuencia jurídica (castigo).<sup>3</sup> Un segundo mecanismo está constituido por los elementos que constituyen una justicia restaurativa o reparadora, que ponen el énfasis en el resarcimiento de las víctimas y—a través de ellas—a toda la sociedad.<sup>4</sup> Entre las medidas de este segundo mecanismo se incluyen comisiones de verdad, programas de reparación, etc. Por último, el tercer mecanismo está constituido por lo que se conoce como justicia institucional o administrativa. Por medio de este tercer mecanismo se realizan reformas institucionales de carácter nacional con fin de que las instituciones de un determinado núcleo social se encuentren en consonancia con los principios y valores asegurados del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>5</sup>

Este es un panorama general—casi grotesco porque la cuestión es

---

\* Dr. Juan Sebastián Vera Sánchez es profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Puede ser contactado por correo electrónico: [juan.vera@uach.cl](mailto:juan.vera@uach.cl).

1. Ver HERBERT L.A. HART, EL CONCEPTO DE DERECHO 15 (Genaro R. Carrió trad., Abeledo-Perrot ed. 1998) (1961) (afirmando que “todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas.”).

2. Ver IGNACIO FORCADA BARONA, DERECHO INTERNACIONAL Y JUSTICIA TRANSICIONAL: CUANDO EL DERECHO SE CONVIERTE EN RELIGIÓN 9 (2011) (describiendo los rasgos que constituyen el concepto de la justicia transicional).

3. *Id.*

4. *Id.*

5. *Id.* en 27.

de excesiva complejidad—del significado y alcance de la justicia transicional. Sin embargo, sólo basta que el lector sepa que en este contexto existe una reticencia o renuencia a la utilización de los procesos judiciales de carácter penal como un elemento de solución del conflicto del régimen social que deriva de la violación de derechos humanos.<sup>6</sup> Ello, en cuanto un proceso penal no solo puede particularizar el asunto, sino que también se muestra como una maquinaria burocrática, de costes económicos elevados,<sup>7</sup> entre otras características. Por otro lado, el proceso penal como mecanismo institucional de imposición o adscripción de responsabilidad a una determinada persona (autor) se construye tomando como punto de partida una visión bastante personalizada, individualista o particularizada del castigo. Ello hace que el proceso penal sea una herramienta que no calce perfectamente con la adscripción de responsabilidad sobre base de conductas que infringen intereses “internacionales” o configuren delitos que impliquen una violación reiterada o admitida de los derechos humanos donde la perspectiva colectiva está muy presente. Es decir, en el ámbito de la justicia transicional, generalmente nos encontramos frente a casos de “macro” víctimas, “macro” autores o “macro” crímenes (o “meta” víctimas, “meta” autores y “meta” crímenes) que muchas veces usan en su favor un aparato institucionalizado de poder de carácter colectivo.<sup>8</sup> En este escenario, entonces, el proceso penal se torna en una herramienta inconveniente de ser utilizada. Por lo demás, el proceso penal, como resultado de la aplicación sucesiva de reglas procedimentales con finalidades adscriptivas y epistémicas (búsqueda de la verdad) no logra ser un contexto adecuado con la capacidad necesaria para el resarcimiento de la víctima o a la reconstrucción de la relación social quebrantada con comisión de

---

6. Ver Javier Dorado Porras, *Justicia Transicional, Persecución Penal y Amnistías*, 28 DERECHOS Y LIBERTADES 81, 86-87 (2013) (argumentando que la justicia penal puede ser un mecanismo esencial de la justicia transicional con tal que sea de un carácter legítimo y que no es necesario presumir un conflicto entre los juicios penales y la reconciliación nacional).

7. Ver *id.* (indicando que podrán existir ciertos obstáculos institucionales e económicos, entre otros, que pueden complicar la aplicación de la justicia penal como mecanismo de la justicia transicional).

8. Ver *id.* en 95-96 (explicando el enfoque individual del sistema de justicia penal que impide el reconocimiento de la culpabilidad colectiva que forma parte de la justicia transicional).

violaciones a los derechos humanos. En otro sentido, muchas veces optar por el juzgamiento de las conductas reprochables en regímenes extraordinarios supone una renuncia a la paz social, a diferencia de lo que ocurriría con las leyes de perdón o amnistía, cuya procedencia se acepta, precisamente, en cuanto constituye el menor daño con el objetivo de hacer mutar el *status quo* dañoso para los derechos humanos, hacia uno de paz de carácter democrático.<sup>9</sup>

En este trabajo intentaré justificar por qué podrían llegar a ser cuestionables cuatro características que se asumen propias del proceso penal y que justifican esa mirada “reticente” respecto de su utilización como un mecanismo de justicia transicional.

Aclaro desde ya que la intención de este trabajo no es mostrar al proceso penal como la “única” herramienta resolutive que permita una transición hacia la paz social, democrática, y con respeto a las libertades y garantías de los individuos. Por el contrario, con mis comentarios también intentaré defender la complejidad de la situación que da origen a la necesidad de una Justicia Transicional, que precisa de un contexto dúctil, que muchas veces se olvida cuando se rechaza de plano el empleo de un proceso penal en estos casos.

## II. PRIMER MITO: EL PROCESO PENAL TIENE UN CARÁCTER RETRIBUTIVO

Desde el punto de vista de la justicia transicional, la administración de justicia está ligada a la “punicción de las conductas que lesionan normas jurídicas.”<sup>10</sup> Se entiende que el individuo ha contravenido con su comportamiento reglas que ameritan un castigo basado en que se lo merece. Desde la perspectiva retribucionista, entonces, el bien del castigo se encuentra en que alguien obtiene lo que se merece.<sup>11</sup>

---

9. *Ver id.* en 91 (sosteniendo que a cambio de la concesión de la amnistía se pueden inaugurar ciertas condiciones “tanto tácticas como reparativas” que podrán facilitar la transición a la paz y orden democrático).

10. Rosa Ana Alija Fernández, *La Multidimensionalidad de la Justicia Transicional: un Balance Entre los Límites Jurídicos Internacionales y los Límites de los Jurídico*, en CUADERNOS DEUSTO DE DERECHOS HUMANOS: IMPUNIDAD, DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA TRANSICIONAL 93, 127 (Jordi Bonet Pérez & Rosa Ana Alija Fernández eds., 2009).

11. *Ver* MICHAEL MOORE, PLACING BLAME: A GENERAL THEORY OF THE

En primer lugar, creo que la extrapolación hacia la justicia transicional (en adelante JT) de teorías que justifican el castigo en materia penal, en el ámbito nacional, ha de hacerse con extremo cuidado, tanto diferenciando las funciones de la pena, como el tipo de sistema jurídico de donde se extrae dicha conclusión. En el ámbito continental de corte germánico no debe olvidarse que la retribución, tanto ética, moral, e incluso jurídica, desde hace mucho se ha descartado como única justificación de la pena.<sup>12</sup> Y lo que resulta realmente paradójico es que, justamente, en el plano de la JT se hable de justicia retributiva. Ello, debido a que parece desconocerse que la dogmática penal deriva de las posiciones modernas de las funciones de la pena (prevencionistas limitadas) de la adopción del “Estado social y democrático de Derecho,” como fórmula política que responde a las injusticias de los regímenes totalitarios, donde la retribución era predominante en el castigo, y no reconocía ninguna limitación en la dignidad humana.<sup>13</sup>

Si bien se reconoce por la dogmática penal que no es posible desvincular del todo a la retribución respecto de la imposición de la pena, ello no es más que un elemento que ha de conjugarse con otros, como la prevención especial, la prevención general, la resocialización, etc. De hecho, uno de los pocos penalistas que da importancia al proceso penal en las teorías de la justificación de castigo considera que las diversas funciones de la pena se manifiestan de manera distinta en las diversas etapas del *iter* punitivo, desde la conminación abstracta presente de la emisión de la ley penal hasta la ejecución de la pena luego de su aplicación judicial.<sup>14</sup> Así, en el caso de la teoría dialéctica de la unión de Claus Roxin, por ejemplo, si bien se da cabida a la retribución entendida

---

CRIMINAL LAW 87-88 (1997) (caracterizando la teoría del retributivismo como una justificación para el castigo en la cual el aspecto inherente bueno del castigo—el castigo merecido—es valorado).

12. Ver SANTIAGO MIR PUIG, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 95 (Julio César Faira ed., 9th ed. 2011) (1984) [en adelante MIR PUIG, DERECHO PENAL] (“[N]uestro modelo de Estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.”).

13. *Id.*

14. Ver *id.* en 90 (describiendo la construcción de el penalista Claus Roxin la cual divide la vida de la pena en tres fases cada uno de los cuales manifiesta las teorías de la justificación de castigo).

como media de culpabilidad, considera que en la aplicación judicial (proceso penal) se manifiesta, primeramente, la función de servir de complemento a los objetivos de la prevención general de la propia conminación legal.<sup>15</sup> Por otro lado, la imposición judicial de la pena servirá también a la prevención especial.<sup>16</sup> Es decir, para Roxin, en el proceso penal o realización del derecho penal por medio de la aplicación judicial, la retribución es un elemento presente pero menor respecto de la prevención general y de la prevención especial.<sup>17</sup> Es más, si se acepta que la única medida de retribución en un proceso penal está vinculada a la culpabilidad, tampoco puede hablarse totalmente de retribución. En efecto, el mismo autor considera que “la culpabilidad obliga a imponer la pena *dentro de un margen*” (la llamada “teoría del espacio de juego”) “que oscila entre un máximo y un mínimo,” pero dejando la fijación de la medida exacta de la pena al juez que debe hacerlo de acuerdo a las exigencias de prevención especial, “salvo cuando excepcionalmente lo impida la prevención general.”<sup>18</sup> Así las cosas, aun aceptando la retribución como medida de culpabilidad dentro del espacio de juego, igualmente la prevención especial y la prevención general han de tener importancia.<sup>19</sup> De esta forma, en este último caso, la retribución, nuevamente, se reconduce a otras finalidades que no son la de asociar un castigo a un mal porque el sujeto simplemente se lo merece.

En otro sentido, la retribución adolece de barreras y criterios objetivos que cierren al juez cualquier espacio de discrecionalidad,<sup>20</sup>

---

15. Cf. CLAUS ROXIN, *PROBLEMAS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL* 20 (Diego-Manuel Luzon Peña trad., Editorial Reus 1976) (señalando que cada etapa del proceso penal “ha de acoger en sí los principios de la precedente” etapa).

16. MIR PUIG, *DERECHO PENAL*, *supra* nota 12, en 90.

17. Ver ROXIN, *supra* nota 15, en 20; MIR PUIG, *DERECHO PENAL*, *supra* nota 12, en 90-91.

18. MIR PUIG, *DERECHO PENAL*, *supra* nota 12, en 91.

19. Cf. Heinz Zipf, *Principios Fundamentales de la Determinación de la Pena*, en *CUADERNOS DE POLÍTICA CRIMINAL* 353, 355 (1982) (examinando el código penal alemán y deliberando sobre la importancia que se le asigna a la prevención especial y prevención general en la determinación de la pena).

20. Ver Juan Sebastián Vera Sánchez, *La Discrecionalidad Judicial en Dos Enfoques Reglados de la Valoración de la Prueba Penal*, 30 *REVISTA JURÍDICA DE UNIV. AUTÓNOMA DE MADRID* 247, 252 (2014) (“[D]esde el punto de vista ontológico debe aceptarse que en el proceso de valoración de la prueba hay un espacio no reglado o discrecional donde el juez ejerce sus prerrogativas.”); ver

lo cual abre la puerta a que la pena, finalmente, tenga un alto grado de apreciación subjetiva por parte del juez, lo cual puede dar lugar a que éste resuelva sobre la base de convicciones morales, políticas o meros estereotipos que no sean respetuosos con los derechos humanos. Es decir, si retribuir es asociar una consecuencia negativa a la realización de una conducta prohibida que ocasiona un daño o peligro social, el juez penal no retribuye, sino adolece de criterios objetivos que le indiquen como ha de hacerlo, por lo que finalmente los da por concurrentes o los elabora de acuerdo a sus experiencias que, por supuesto, son bastante falibles.

En último término, y aun aceptando el criterio de la retribución, ello no salva la inconsistencia de que en los casos en donde opera la JT el daño generado es tan grande que resulta difícil concebir que una medida aplicada a un individuo en particular pueda retribuir, aunque sea en parte, el daño provocado por la comisión de estos macrocrímenes.

Con todo lo expuesto vale la pena preguntarse si efectivamente puede identificarse la justicia penal, aún en el campo internacional o JT con la expresión “justicia retributiva.”

### III.SEGUNDO MITO: EL PROCESO PENAL SÓLO TIENE UNA FINALIDAD RETRIBUTIVA

En la parte introductoria del trabajo expuse cuáles son los tres grandes mecanismos que se emplean en la JT.<sup>21</sup> En un primer momento, diría que no existe una aceptación generalizada e, incluso, se discute si es o no posible y si es o no conveniente el empleo de más de uno de estos mecanismos en un escenario de JT.<sup>22</sup> Parte de la doctrina ha considerado que “[l]a justicia restaurativa o la búsqueda de la paz no son pues excusas válidas para prescindir de la retribución,”<sup>23</sup> lo cual abonaría la tesis de la complementariedad o

---

también MICHELE TARUFFO, *LA PRUEBA DE LOS HECHOS* 295 (Jordi Ferrer Beltrán trad., 3er. ed., 2009) (2002) [en adelante TARUFFO, *LA PRUEBA*].

21. Ver FORCADA BARONA, *supra* nota 2, en 9 (describiendo los mecanismos de retribución, restauración, e institucionalismo que forman la justicia transicional).

22. Cf. Dorado Porras, *supra* nota 6, en 90 (indicando cómo las amnistías pueden ser compatible con las comisiones de verdad, por ejemplo, y por lo tanto cumplir una función positiva dentro del proceso transicional).

23. FORCADA BARONA, *supra* nota 2, en 32-33.



coexistencia de estos mecanismos.

Ahora bien, debe decirse que es difícil encontrar literatura que se refiera a si el mecanismo de “justicia retributiva” de la JT puede presentar rasgos restaurativos o pertenecientes a otras modalidades de solución del conflicto.

Como forma de contribuir a esta discusión en este punto intentaré mostrar cómo el proceso penal puede llegar a tener y a contribuir a finalidades que van más allá de la imposición de un castigo.

#### A. RETRIBUCIÓN COMO PASO PREVIO A LA RESTAURACIÓN DE VÍCTIMAS Y RECONSTRUCCIÓN SOCIAL

En primer lugar, los casos de violaciones de derechos humanos no se tratan de procesos penales simples u ordinarios. La presencia de macro víctimas y macro autores, en determinadas circunstancias, puede llevar a que el proceso penal se use como una herramienta de venganza. Con ello, por ejemplo, me estoy refiriendo a los procesos penales de bandos “vencedores,” donde existe un claro vicio de imparcialidad y de respeto a las prerrogativas que todo ciudadano tiene, incluso los violadores de derechos humanos. Existen muchas razones para negar un proceso penal en estas circunstancias. Desde mi perspectiva, un proceso penal, en cuanto decisión institucionalizada con respeto de las garantías, puede contribuir a la repersonalización de los implicados en las macro estructuras organizativas criminales. Con ello, se reciudadaniza a quienes han vivido al margen del orden legal, enseñándoles que si adoptan el rol de un ciudadano en un Estado de derecho podrán sufrir consecuencias jurídicas penales por conductas de daño social, pero con el consiguiente respeto de las garantías en su juzgamiento, de reeducación y resocialización en la ejecución de la pena. Es decir, el orden social no se restablece si a una negación de la dignidad humana se responde por medio de otra negación. Para nada ello facilita la restauración del conflicto. Lo que afirmo se encuentra en consonancia con los nuevos paradigmas de la justicia restaurativa. Para ella la función principal de la reacción social ante el delito no es el castigo, sino crear condiciones que promuevan la restauración del daño causado.<sup>24</sup> Ahora, ¿cómo podría ser posible la restauración de

---

24. Ver Josep Tamarit Sumalla, *La Justicia Restaurativa: Concepto, Principios, Investigación y Marco Teórico*, en LA JUSTICIA RESTAURATIVA:

los daños sin saber exactamente qué conducta generó dichos daños, si pueden ser o no atribuibles a una persona, o determinar con mayor o menor exactitud su extensión? Es decir, una restauración del daño por medio de la justicia restaurativa presupone, como paso previo, saber el campo de operatividad de la misma: su escenario. Y ello solo es posible, desde el punto de vista de una respuesta institucional, a través de un proceso penal que cautele todas las garantías, entre ellas las del estándar de prueba y la búsqueda de la verdad.

Es cierto que el proceso penal como mecanismo de averiguación de la verdad es bastante limitado. Que, incluso al tratarse de un sistema formal de reglas, muchas veces sus directrices se transforman en medidas contraepistémicas.<sup>25</sup> Pero muchas de ellas, como la prueba ilícita, por ejemplo, además de cautelar las garantías aseguradas por la constitución, también pueden verse desde un prisma de mayor acercamiento de la verdad posible. En efecto, una prueba que sea obtenida con infracción a los derechos fundamentales tiene elevadas posibilidades de ser un mecanismo inseguro que falta la fiabilidad para conocer un hecho. Desde esta perspectiva, entonces, una medida que aparece *a priori* como contraepistémica se puede ver, también, como una forma de cautela epistémica de los hechos en el proceso penal.

Al margen de lo anterior, respecto a la JT, puede ser mejor obtener la realidad de los hechos por medio de un proceso penal como paso previo a una restauración o resarcimiento. En efecto, la victimización global precisa de un “verdad” que sea igual para todos, como punto de partida para empezar a pensar en un proceso de restauración. No solo los sujetos pasivos necesitan saber qué ocurrió y quiénes son sus

---

DESARROLLO Y APLICACIONES 3, 11 (Josep Tamarit Sumalla ed., 2012); *ver también* ANTONIO BERISTAIN, PROTAGONISMO DE LAS VÍCTIMAS DE HOY Y MAÑANA: EVOLUCIÓN EN EL CAMPO JURÍDICO PENAL, PRISIONAL Y ÉTICO 37 (2004) (examinando la víctimas del terrorismo y considerando que las macrovíctimas “[r]econocen que la solución fundamental de terrorismo no es el diálogo, sino la sanción justa, humana, y resocializadora . . .”).

25. En relación con lo contraepistémico en que se puede tornar el proceso adversarial y sus reglas, como las “exclusionary rules” o reglas de exclusión. *Ver* Susan Haack, *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way*, 49 AM. J. JURIS. 43, 52 (2004) [en adelante Haack, *Epistemology Legalized*]; Susan Haack, *Truth, Truths, “Truth,” and “Truths” in the Law*, 26 HARV. J. L. & PUB. POL’Y 17, 19 (2003) (describiendo el sistema legal acusatorio en donde la averiguación de la verdad ocurre a través de la restricción del tiempo, la política, y las reglas de prueba).

autores, sino toda la sociedad. Y para ello se precisa de un mecanismo institucional que pueda cumplir esa función como es el proceso penal.

De hecho, de forma análoga a ello es lo que se intenta aludir cuando se crean respuestas institucionales a crímenes políticos o de lesa humanidad, como las comisiones de “verdad” y reconciliación, y no solo de restauración o justicia.<sup>26</sup>

No por nada se dice, entonces, que no se puede llevar adelante un proceso de reconciliación sin saber lo que realmente ocurrió.

#### B. EL PROCESO PENAL COMO VEHÍCULO EPISTÉMICO DE COLABORACIÓN EN LA SUPERACIÓN DE ESTRÉS POST TRAUMÁTICO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Las víctimas de los delitos y, en especial, de violaciones de los derechos humanos, generan una serie de reacciones psicológicas frente al estrés de verse sometido a este tipo de conductas.

La superación de las circunstancias adversas de carácter orgánico generadas por este tipo de conductas dependerá, por un lado, del tipo, naturaleza y extensión de delito cometido, y de la resiliencia de la víctima, por otro.

Respecto a los macro crímenes, por ejemplo, se dice que generan en las víctimas un estrés postraumático por verse expuestas de forma sistemática a este tipo de violaciones.<sup>27</sup> Se da la presencia de una

---

26. Ver REYES MATE, JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS: TERRORISMO, MEMORIA, RECONCILIACIÓN 45 (2008) (señalando la falta de una respuesta institucional y el deseo de olvidar los hechos ocurridos en la transición a la democracia de España y notando la incapacidad de este método para ayudar en la superación del pasado); ver también OCTAVIO ALBEROLA & FÉLIX VILLAGRASA, MIEDO A LA MEMORIA: HISTORIA DE LA LEY DE RECONCILIACIÓN Y CONCORDIA 4 (2008) (argumentando que a través de la democracia, no a través del olvido, se puede lograr la superación de un conflicto); LUCÍA ALONSO OLLACARIZQUETA, REANUDAR LAZOS ROTOS: ESTUDIO SOBRE RECONCILIACIÓN EN CAMBOYA 100 (2003) (notando que el gobierno de Camboya adoptó la política de reconciliación nacional); VALENTINA SALVI, DE VENCEDORES A VÍCTIMAS: MEMORIAS MILITARES SOBRE EL PASADO RECIENTE EN LA ARGENTINA 53 (2012) (sosteniendo que el “imperativo de Memoria” va mano a mano con “la necesidad de Verdad y Justicia”).

27. Cf. José Luis Medina Amor, Trastorno por Estrés Postraumático en Víctimas del Terrorismo: Evaluación Clínica, Psicofisiológica y Pericial 93 (22 de mayo de 2001) (tesis doctoral) (indicando a través de datos sobre víctimas del terrorismo la prevalencia de trastorno de estrés postraumático).

deshumanización que se produce la negación de parte del victimario del estatus de persona de la víctima, cosificándola, haciéndola más vulnerable a la acción hostil.<sup>28</sup>

La sintomatología específica del trastorno por estrés postraumático puede sistematizarse en torno a tres elementos sindrómicos: el síndrome de repetición o reexperimentación traumática, las conductas de evitación embotamiento y un estado basal de hiperactivación o hiperarousal.<sup>29</sup> Por otro lado, un paciente en estas condiciones vive en un estado de alarma permanente y persistente, “con manifestaciones de hiperalertización (hipervigilancia, irritabilidad, respuesta de sobresalto) y manifestaciones de hiperactividad vegetativa (síntomas neurovegetativos).”<sup>30</sup>

Los psicólogos, de forma mayoritaria, consideran que la terapia que tiene mayor eficacia frente a esta sintomatología es la denominada terapia cognitivo conductual (TCC).<sup>31</sup> Esta terapia se desarrolla en múltiples sesiones y se le reconocen tres grandes fases.<sup>32</sup> La primera, destinada a que el individuo pueda entender, aceptar y querer todos los beneficios y consecuencias que se le atribuyen esta terapia.<sup>33</sup> Una segunda etapa en donde existe una exposición del paciente frente al hecho que ha generado el estrés, ya sea por medio de un contacto a través de las narraciones o recuerdos del mismo paciente, ya sea a través de la exposición controlada al suceso con intervención de terceros.<sup>34</sup> Una tercera etapa, finalmente, dedicada a aplicar los nuevos conocimientos adquiridos y la capacidad para enfrentar y hacer frente a los recuerdos inquietantes, sin la evitación adquirida, a todas las áreas de la vida del paciente.<sup>35</sup> El objeto de lo anterior es conseguir una modificación en la conducta

---

28. MARÍA JOSÉ CASTAÑÓN ÁLVAREZ, VÍCTIMAS DEL TERRORISMO: PROTECCIÓN Y TUTELA 8 (2013).

29. Medina Amor, *supra* nota 27, en 156.

30. *Id.* en 157.

31. *Ver id.* en 261.

32. JULIAN D. FORD ET AL., POSTTRAUMATIC STRESS DISORDER: SCIENTIFIC AND PROFESSIONAL DIMENSIONS 303-04 (2da ed. 2015).

33. *Id.*

34. *Id.*

35. *Id.*; SHARON L. JOHNSON, THERAPIST’S GUIDE TO POSTTRAUMATIC STRESS DISORDER INTERVENTION 130-31 (2009) (notando que la terapia incluye la prevención de recaída y mecanismos de supervivencia); Medina Amor, *supra* nota 27, en 156.

del paciente como respuesta al fenómeno estresante, a través de un aprendizaje cognitivo tanto para eliminar la reacción psicobiológica de alarma o pánico, como para controlar la sintomatología que se da como respuesta al estrés.<sup>36</sup>

Ahora, el éxito de la terapia puede ponerse en riesgo cuando hay duda sobre la naturaleza, extensión y potencialidad dañina del estresor o situación/objeto amenazante. Los seres humanos, como mecanismo de supervivencia, muchas veces empleamos una reacción de evitación al estresor, como una forma de eludir sus efectos perjudiciales en el organismo. Sin embargo, la terapia cognitiva conductual intenta “evitar la evitación”, en cuanto ella perjudica el avance en el proceso psicológico de aceptación y de manejo de la situación por parte de las víctimas.<sup>37</sup>

En efecto, puede llegar a ser cuestionable que se vuelva a reestablecer el control sobre los efectos que causan las situaciones de la vida si no se conocen con exactitud las causas y la extensión del fenómeno que genera el estrés; en este caso, el de violaciones de los derechos humanos.<sup>38</sup> Desde esta perspectiva, entonces, el mayor acercamiento a la verdad posible por medio del proceso penal puede servir a las víctimas, en cuanto atendiendo a la dilación de la terapia cognitiva conductual, lo que se haya determinado en la sentencia puede “congelar” una determinada situación social que pueda ser útil para la superación de la segunda y tercera fase de la psicoterapia en los casos de estrés postraumático. No es lo mismo optar por un procedimiento de exposición controlada del paciente al estresor sobre la base de la descripción que éste mismo hace de él (que, eventualmente, puede ser sesgada y, por tanto, limitar los alcances del éxito de la terapia) que hacerlo sobre la base de una narración fáctica generada a través de una obtención de material probatorio

---

36. FORD ET AL., *supra* nota 32, en 303-04; JOHNSON, *supra* nota 35, en 130-31.

37. Ver MARÍA BELÉN PULGAR GUTIÉRREZ, VÍCTIMAS DEL TERRORISMO. 1968-2004 137-38 (2004) (describiendo los estados psicológicos de las víctimas después de un atentado en donde durante la primera etapa las víctimas demuestran una falta de la sensibilidad a las vivencias dolorosas y luego se abren a estas vivencias).

38. Cf. Medina Amor, *supra* nota 27, en 261 (explicando los tratamientos para el trastorno por estrés postraumático y las técnicas implicadas tal como las “técnicas de exposición” que se enfocan en el enfrentamiento de los recuerdos inquietantes).

cumpliendo con todas las garantías, en un procedimiento acusatorio, y sometido a contradicción. Es decir, no es lo mismo enfrentar una TCC sobre la base de una narración propia que dé cuenta del estresor que hacerlo sobre la base de una narración institucional generada por medio de un proceso penal respetuoso de todas las garantías.

Para los efectos de la superación del estrés postraumático, las limitaciones del proceso penal mencionadas anteriormente sirven, especialmente, como una herramienta que asegura la calidad epistémica de la decisión y, por tanto, su mayor acercamiento a la verdad. Además, la determinación de los hechos en el proceso penal con apego a las garantías puede servir para que la víctima integre cognitivamente el estresor y lo asuma como algo que forma parte de su vida a lo cual debe hacer frente.

En otro sentido, la investigación que se desarrolla al interior del proceso penal es de carácter institucional. Es decir, se pone al servicio de la persecución penal una serie de medios que puedan tener una mayor efectividad para la finalidad de la búsqueda de la verdad, frente a los medios limitados con que puede contar la víctima.

En otro sentido, a partir de una investigación institucionalizada se pueden llegar a conocer mayores antecedentes del estresor que permita o facilite que la víctima pueda realizar un aprendizaje cognitivo de las reacciones frente al suceso, en cuanto entiende el porqué de los mismos, aunque, evidentemente, lo rechace. Por ejemplo, en el denominado caso “Caravana de la muerte” en la dictadura de Pinochet en Chile, parece difícil que, de no ser por una investigación institucional con connotación pública, un familiar de un detenido desaparecido (víctima refleja) pueda haber sabido (como forma de construcción cognitiva del estresor) que la muerte de su familiar obedecía a la actuación de una estructura organizada de poder, que elevaba exponencialmente las posibilidades de que no se encontraran restos humanos por haber sido lanzados al mar.<sup>39</sup> Los datos que puedan aportar los procesos penales en estos casos, aunque a veces insuficientes para conocer la verdad, mejoran notablemente la posibilidad de construcción cognitiva efectiva del estresor por

---

39. Ver MATE, *supra* nota 26, en 48-49 (narrando la situación chilena en cuanto a las comisiones de la verdad y de la reconciliación y como estos facilitaron el descubrimiento de los hechos ocurridos durante la dictadura).

parte de las víctimas.

Ahora, en relación con la extensión y eficacia del tratamiento psicológico, el escenario puede ser diverso en un caso de víctima de genocidio, por ejemplo, si el afectado reconstruye el estresor sólo a partir de sus recuerdos que si se usan datos aportados o generados en un proceso penal institucional. Piénsese cómo puede modificar el contenido del estresor y, por tanto, los alcances de la terapia, el hecho de conocer la motivación de los macroautores, su vinculación con los sujetos pasivos del delito, las contingencias sociales, políticas e ideológicas que rodearon el suceso. El hecho de conocer toda esta información institucional generada por un proceso penal eleva las posibilidades de éxito de la TCC, frente a la misma realizada sin dicha información.

La ventaja de atribuir o incorporar estas propiedades a la naturaleza cognitiva del proceso penal no sólo puede ser aplicable a fenómenos de JT, sino también a otros sucesos sociales de impacto público y masivo donde se intervenga penalmente, como sucede en los casos de terrorismo.<sup>40</sup>

En esta misma línea, y tomando en consideración los alcances del proceso penal como vehículo de reconstrucción de los hechos de carácter institucionalizado e intersubjetivo, puede perjudicar el éxito del tratamiento de las víctimas de violaciones de derechos humanos la existencia de leyes de amnistía que impidan iniciar los procesos de persecución penal. En efecto, y haciendo valer las características especialísimas que tienen los delitos y vejaciones que se cometen en un periodo de inestabilidad social, la existencia de leyes de amnistía, por ejemplo, puede favorecer la destrucción de pruebas o pérdida de antecedentes que, de mediar un proceso penal con todas las garantías, se podrían cautelar para ser luego expuestos en la fase de juicio oral, si así fuere pertinente. Aunque una ley de amnistía pueda llegar a ser derogada con posterioridad, los efectos de su aplicación, sobre todo en relación con la averiguación de la verdad y la destrucción de antecedentes, son irreversibles. Este último punto también afecta a la posibilidad de acceso a la verdad como forma de superación y resarcimiento del daño producido por las violaciones a los derechos

---

40. Ver Juan Sebastián Vera Sánchez, *Verdad en el Proceso Penal Terroristas: Por las Víctimas y por la Sociedad* 29 EGUZKILORE 213, 213 (2015) [en adelante Vera Sánchez, *Verdad en el Proceso*].

humanos.

### C. EL PROCESO PENAL COMO VEHÍCULO DE RECUPERACIÓN INSTITUCIONALIZADA DE LA MEMORIA HISTÓRICA

La evolución de los conglomerados humanos a lo largo de la historia ha asumido que el avance social produce damnificados y que para pensar en el futuro hay que dar la espalda al pasado.<sup>41</sup> Quizás este es el fundamento último cuando se contraponen los intereses de realización de la justicia y de consecución de la paz social en la JT. Sin embargo, hoy en día se ha acentuado la necesidad social de dar visibilidad a víctimas de macrocrímenes en el entendido que su sufrimiento deje de ser el precio silencioso de la política y de la historia y, por contra, se transforme en algo significativo como sinónimo de justicia.<sup>42</sup> A mi modo de ver, esta es una de las motivaciones que subyace al acceso de las víctimas a un derecho a la verdad sobre lo sucedido, no sólo como una forma de servir para una recuperación terapéutica de la sintomatología individual, sino también para escribir la historia por medio de una memoria.<sup>43</sup> Esto sucede con el artículo 24,2 sobre la Convención sobre Desapariciones Forzadas,<sup>44</sup> con el artículo 32 del protocolo I de la Convención de Ginebra del 8 de junio de 1977,<sup>45</sup> indirectamente con los artículos 9 y 11 de la Convención Interamericana sobre

---

41. MATE, *supra* nota 26, en 20.

42. *Id.* en 21-23.

43. Ver BERISTAIN, *supra* nota 24, en 38 (considerando que “para dar voz a las macrovíctimas debemos erigir monumentos elocuentes a su memoria, debemos crear canales infuncionales que le sirvan de foro público nacional e internacional . . .”).

44. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas art. 24,2, *abierto para firma* 6 de febrero de 2007, 2716 U.N.T.S. 3 (“Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto.”).

45. Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) art. 32, *adoptado* 8 de junio de 1977, 1125 U.N.T.S. 3 (“En la aplicación de la presente Sección, las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros.”).



Desaparición Forzada de Personas del 9 de junio de 1994<sup>46</sup> y con la Carta Europea de los Derechos de las Víctimas del Terrorismo II, 11,<sup>47</sup> que otorgan a las víctimas de diversos macrocrímenes el derecho de verdad, opinión que también se encuentra reconocida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>48</sup> y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que está en la base de insignes juristas que afirman que no es compatible la impunidad de la violaciones de los derechos humanos (en sentido material y formal) con el Derecho internacional.<sup>49</sup>

Sobre la misma, por ejemplo, algunos filósofos han planteado que un factor decisivo a la hora de dar mayor protagonismo a las víctimas es la aceptación de un nuevo concepto de memoria. Es decir, esta no como una mera actividad psicológica que consistía en traer a la conciencia un momento del pasado, sino como la facultad “de poder interpretar como realmente significativos aspectos que hasta ahora no tenían ningún valor hermenéutico.”<sup>50</sup> De esta forma, se concibe a la memoria como la “capacidad para dar sentido al conjunto de las acciones humanas.”<sup>51</sup>

Reyes Mate afirma:

[Q]uien lea el pasado con ojos de la memoria (y no con los del historiador) asemejará a un traperero que va recogiendo desechos, no para destruirlos o reciclarlos sino para leer en ellos lo que pudo ser y quedó frustrado, es decir, para descubrir posibilidades latentes que pueden ser

---

46. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas arts. 9 y 11, *adoptado* 9 de junio de 1994, O.A.S.T.S. No. A-60.

47. Network of Associations of Victims of Terrorism, *Bill of Rights of Victims of Terrorism*, dcho. 11, JLS/2008/E4/003-30-CE-0222844/00-11, (abril 2008), [http://www.europeanvictims.net/files/publicaciones/20111019095556\\_Carta\\_EN.pdf](http://www.europeanvictims.net/files/publicaciones/20111019095556_Carta_EN.pdf) (declarando que las víctimas tienen derecho a conocer todos los hechos que resultaron en su trato injusto).

48. Ver Parada Cea vs. El Salvador, Caso 10.480, Com. Inter-Am. DD.HH., Informe No. 1/99, ¶¶ 147-56 (1999); Caso Castillo Páez vs. Perú, Fondo, Ct. Inter-Am. DD.HH. (ser. C) No. 34, ¶ 85 (3 de nov. de 1997).

49. Ver Kai Ambos, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 161 NUEVA SOCIEDAD 86, 96-98 (1999) [en adelante Ambos *Impunidad y Derecho Penal Internacional*]; ver también Yasmin Naqvi, *El Derecho o la Verdad en el Derecho Internacional: ¿Realidad o Ficción?*, INT'L REV. RED CROSS, N° 862, 2006.

50. MATE, *supra* nota 26, en 24-25.

51. *Id.* en 25.

activadas.<sup>52</sup>

De esta forma, la memoria contribuye a evitar los efectos de injusticia del asesinato hermenéutico, cuando se olvida el significado y daños social del acto vejatorio entendido como un daño al otro. Es decir, la memoria permite que se haga gráfico y permanente el acto vejatorio como injusticia. Ello “explica que memoria y justicia sean sinónimos, como lo son olvido e injusticia.”<sup>53</sup>

Cuando un proceso penal se acerca a la verdad no sólo contribuye a la elaboración de una memoria de carácter histórico,<sup>54</sup> sino también a reforzar el carácter y reproche que se le da al acto de violación de los derechos humanos. En efecto, de esta forma el mensaje epistémico emanado de la “sentencia condenatoria tendrá mayores posibilidades de presentar un carácter permanente, atemporal, cuyos efectos no solo sean medidos en términos de afectaciones jurídicas a los intervinientes del proceso penal, sino también, respecto de la sociedad toda.”<sup>55</sup> Es decir, mientras mayor sea la cercanía a la verdad de la decisión penal, mayor será la contribución del proceso penal a la memoria entendida en términos modernos, especialmente respecto del significado hermenéutico de los actos genocidas. Mientras más falible sea la prueba de los hechos de una sentencia condenatoria, mayores posibilidades existirán que la preservación de la memoria en el sentido de la significación hermenéutica de las violaciones a derechos humanos sea revocada, aminorada o limitada.<sup>56</sup>

---

52. *Id.*

53. *Id.* en 26.

54. Ver Dorado Porras, *supra* nota 6, en 93 (“Además, esa versión de la verdad narra una historia que, por su carácter autorizado, debe acabar convirtiéndose en Historia, ahora con mayúsculas.”).

55. Vera Sánchez, *Verdad en el Proceso*, *supra* nota 40, en 240.

56. Por ejemplo, los efectos permanentes o intemporales de una determinada condena penal se ponen en riesgo cuando se demuestra que esta se ha generado de forma defectuosa. Es decir, cuando con el tiempo se demuestra científicamente que la condena fue errónea, como en los casos del “innocence project” que, precisamente, estudia procesos en donde se ha aplicado la pena de muerte de forma errónea o no. Sobre el tópico de la memoria histórica y el derecho penal internacional. Cf. Guillermo Portilla Contreras, *La Cruzada Penal Contra el Comunismo, en el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, en DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y MEMORIA HISTÓRICA: DESAFÍOS DEL PASADO Y RETOS DEL FUTURO 327, 327 (Fabián Di Plácido ed., 2012).

Frente a otras formas de reconstrucción de la realidad fáctica, la realizada al interior del proceso penal posee la ventaja de estar sometida a reglas y formalismos que, si bien puede ser algunas veces contra o antiepistémicas, confiere al procedimiento una cierta objetividad en la reconstrucción cognitiva, a veces ausente en algún tipo de análisis histórico.

Por último, este nuevo concepto de memoria más allá de la meramente histórica es compatible con las nuevas tendencias que ven en la sentencia emanada de un juicio penal una decisión institucional que genera efectos sociológicos en la población, que modera la legitimidad y consideración de eficacia del sistema de justicia penal<sup>57</sup> y que cuya existencia es necesaria como una herramienta de control sobre las conductas desviadas.

#### IV. TERCER MITO: LA JUSTICIA RETRIBUTIVA ES UNA MANIFESTACIÓN DEL LEGALISMO

En materia de JT, se suele contraponer el interés de la justicia versus la consecución de la paz. Es decir, se estima que la persecución penal de las violaciones de los derechos humanos podría impedir el avance hacia una paz social.<sup>58</sup> Desde esta perspectiva, entonces, medidas como la aplicación de leyes de perdón o leyes de amnistía estarían sacrificando la “justicia” en pro de la paz. Estimo que no es pertinente aquí tratar los alcances del concepto de justicia, por un lado, ni menos las particularidades que presenta en la JT. Ahora, del juego y contradicción entre estos dos intereses se suelen identificar dos grandes corrientes respecto a la sanción de las conductas constitutivas de violaciones de derechos humanos: los pragmatistas y los legalistas. Se suele decir que los primeros entienden que el “uso del lenguaje moral o jurídico puede intensificar el conflicto y dificultar su solución.”<sup>59</sup> De ahí que se muestran permeables a la admisión de leyes de amnistía o de perdón que, bajo ciertas circunstancias, pudieran responder de mejor manera al mantenimiento de la paz social.<sup>60</sup> Por su parte, los denominados

---

57. Juan Sebastián Vera Sánchez, *Algunas Variables Político-Criminales del Proceso Penal*, 35 ESTUDIOS PENALES Y CRIMINOLÓGICOS 1, 27 (2015) [en adelante Vera Sánchez, *Algunas Variables Político-Criminales*].

58. FORCADA BARONA, *supra* nota 2, en 40.

59. *Id.*

60. *Id.*

legalistas consideran que la conducta moral consiste en seguir normas y respetar deberes y derechos termina por estas. Desde esta perspectiva, entonces, los estados no pueden dejar de castigar y perseguir penalmente ciertos crímenes porque el derecho internacional lo prohíbe.<sup>61</sup>

En primer lugar, resulta completamente cuestionable que la “paz social” se vea menoscabada por la persecución y eventual castigo de los crímenes perpetrados. En los apartados anteriores he intentado mostrar cómo el juzgamiento penal puede ayudar tanto al resarcimiento de la víctima como a la reconstrucción de la memoria histórica, lo que, indudablemente, son requisitos indispensables para alcanzar un estado de normalidad democrática y de pleno respeto de los derechos humanos. No por nada, por ejemplo, se estima por parte de algunos autores que el logro de la paz no puede hacerse sacrificando de la justicia porque ella es, frecuentemente, necesaria para alcanzar la paz.<sup>62</sup>

En segundo lugar, como he intentado demostrar en los apartados precedentes, debido a que la denominada justicia retributiva no es solamente retributiva, es posible dar espacio a otro tipo de mecanismos más allá de los meramente retributivos, en cuyo contexto, la justicia penal también podría ser una manifestación del pragmatismo.

Por último, aun cuando se opere en una opción legalista, eso no necesariamente implica que el juez va a ser meramente “la boca que pronuncia las palabras de la ley”—en este caso del derecho internacional. En efecto, algunos insignes legalistas reconocen que existen una serie de “vacíos legales,” en donde tendrán aplicación los principios generales como material normativo para encontrar soluciones apropiadas a los casos concretos.<sup>63</sup> Otros autores más

---

61. *Id.* en 45.

62. Ver M. Cherif Bassiouni, *Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability*, 59 L. CONTEMP. PROBS. 9, 12 (1996) (explicando que la justicia y la paz son conceptos mutuamente inclusivos en el proceso de eliminación de la violencia).

63. Ver Kai Ambos, *El Derecho Penal Internacional en la Encrucijada: De la Imposición Ad Hoc a un Sistema Universal Basado en un Tratado Internacional* 5 POLÍTICA CRIMINAL 237, 246 (2010) [en adelante Ambos *El Derecho Penal Internacional en la Encrucijada*] (“Por lo tanto, resulta claro que los principios generales tendrán que brindarnos el material normativo para encontrar soluciones apropiadas en los casos concretos. Claramente, los principios en sí mismos son

estricticos cuestionan que la aplicación del derecho sea la aplicación de reglas involutivas sobre la base de palabras cuyo significado es invariable e incuestionable.<sup>64</sup>

La situación denunciada puede llevar a transformar al juez en un creador de reglas basadas en principios tomando en consideración las particularidades del caso, situación que se aproxima bastante a las tesis pragmatistas de la justicia transicional.

En otro sentido, también es posible dar cabida al pragmatismo dentro de una medida identificada con el legalismo como puede ser la justicia retributiva, en cuanto se considera que en el razonamiento judicial existen amplios márgenes para la discrecionalidad, por ejemplo, como sucede en materia de prueba, incluso en los enfoques que pudieran llegar a ser más reglados. Por otro lado, una visión más pragmatista del proceso penal se puede fundamentar si se considera que muchos elementos normativos recurren a conceptos estándares o difusos que el juez debe concretar, para lo cual no cuenta con reglas expresas dadas. Este amplio espacio de discrecionalidad, creacionismo, particularismo, que puede estar presente en el juzgamiento penal puede hacer que muchas veces, bajo el pretexto de una dictación de una decisión formalmente legalista, se cobijen en su seno motivos más cercanos a un cierto pragmatismo. Por ejemplo, esto pudo haber sucedido en el caso de los “tiradores del muro” que, bajo el pretexto de invocar una normativa internacional que hacía intolerante e—desde el punto de vista de la fórmula Radbruch<sup>65</sup>— injusta la ley de fronteras que autorizaba a los guardianes a usar la fuerza incluso mortal para evitar que se traspasaran los límites de “las Alemanias,” se construyó una excepción al principio de legalidad penal que estaba correctamente vigente—desde el punto de vista formal—al momento en que los tiradores dieron muerte a las personas que intentaban cruzar el muro.<sup>66</sup> Dejar sin efecto o

---

demasiado abstractos para la solución de los casos reales. Su aplicación concreta y apropiada queda en manos de los jueces, quienes así adquiere mayor discrecionalidad.”).

64. John Gardner, *Legal Positivism: 5 ½ Myths*, 46 AM. J. JURIS. 199, 199 (2001).

65. Brian H. Bix, *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, 56 AM J. JURIS. 45, 46 (2011) (describiendo la teoría legal del teórico legal alemán Gustav Radbruch la cual propone que la ley, aun cuando sea injusta, debe ser aplicada a menos que el conflicto entre la ley y la justicia se acerca a un nivel intolerable).

66. Kai Ambos & Nils Meyer-Abich, *La Superación Jurídico-Penal de las*

considerar inválida una ley formalmente vigente es una conducta que aparece bastante lejana de las corrientes legalistas. Se trataría, entonces, de proporcionar una solución más cercana a la realidad social por sobre la vigencia, incluso, del derecho positivo. Con ello se puede demostrar que una decisión aparentemente influida por motivaciones legalistas puede cobijar, en su seno, reales motivaciones pragmatistas. Y ello sólo es posible que ocurra si hay un proceso penal que intente determinar la responsabilidad criminal de ciertos sujetos, como fue el caso de los soldados guardadores del muro.<sup>67</sup> En efecto, la teoría de la cláusula de Radbruch sólo pudo haber acaecido y haber tenido la influencia que tuvo si se esgrimió como un argumento dentro de un proceso penal.

#### V. CUARTO MITO: EL PROCESO PENAL RETRIBUTIVO TIENDE A PARTICULARIZAR EL CONFLICTO

A este respecto se suele afirmar que la justicia retributiva suele ser muy “ordinaria.”<sup>68</sup> Respecto a la justicia penal, si bien se basa en el establecimiento de responsabilidades individuales, actualmente las figuras colectivas tienen más importancia, ya sea como aparatos organizados de poder—que se vinculan con el Derecho penal del enemigo—como con una corriente generalizada de proteger bienes jurídicos supraindividuales, como aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.<sup>69</sup>

Otra crítica que se hace en este sentido es que la retribución no puede dar respuesta como mecanismo de establecer un equilibrio entre la magnitud de los crímenes y las penas que se impongan.<sup>70</sup> Además, porque descansa en un concepto de culpa que requiere una evaluación del carácter y una atribución individual de responsabilidad que es especialmente problemática en los casos de

---

*Injusticias y Actos Antijurídicos Nacionalsocialista*, en ENSAYOS ACTUALES SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EUROPEO 79, 97 (2012).

67. *Id.*

68. FORCADA BARONA, *supra* nota 2, en 66.

69. José Luis Guzmán Dalbora, *Filosofía y Política de la Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, en RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA Y COMPLIANCE: PROGRAMAS DE PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y REACCIÓN PENAL 15, 15 (Santiago Mir Puig et al. eds., 2014).

70. FORCADA BARONA, *supra* nota 2, en 71.

matanzas colectivas.<sup>71</sup> Desde otra perspectiva, los sistemas de justicia penal difícilmente dan cuenta el carácter colectivo de las violaciones a los derechos humanos, o la propia naturaleza del proceso judicial centrado siempre la responsabilidad individual.<sup>72</sup>

En primer lugar, sobre la retribución, creo que no es correcto identificar el sistema de justicia penal a través de una de muchas de las funciones que cumple la pena. Para ello me remito a lo esbozado en apartados precedentes. En segundo lugar, efectivamente si se acepta que la retribución tiene como único límite la culpabilidad, esta tiene un rasgo eminentemente individual. Sin embargo, cuando se trata de aparatos organizados o, incluso, responsabilidad penal de personas jurídicas, se remarca que la culpabilidad tiene que ser entendida en términos de adscripción normativa y que, por lo menos en España y Chile, por ejemplo, no se desvincula totalmente de las personas que forman dichas organizaciones. En efecto, esto también sucede en delitos de genocidio. Si bien es posible hablar de meta víctimas o meta autores, de intereses colectivos o difusos, no por ello no tiene ninguna importancia las personas que forman parte de dichas estructuras organizadas de poder. La colectividad (en sentido amplio) es una forma de organización de personas individuales que se agrupan y que quieren actuar de esa forma.

Por otro lado, la culpabilidad como tal, es una elaboración normativa que no necesariamente se encuentra limitada al ámbito ontológico de la persona— individuo—sino que, en cuanto juicio normativo, también puede realizarse de forma adscriptiva respecto a un colectivo que presente una estructura organizada de poder en donde, por ejemplo, exista una gran distancia causal entre quien toma la decisión y quién, por ejemplo, ejecuta la conducta genocida.

Por otra parte, es cierto que someter estas atrocidades internacionales a la justicia ordinaria puede implicar una disparidad de criterios entre diversos países que finalmente entregan a su ámbito doméstico de configuración técnico-jurídico de sus propias soluciones.<sup>73</sup> Pero, no se puede perder de vista que, en general, tanto

---

71. *Id.*

72. Dorado Porras, *supra* nota 6, en 94-96; Alija Fernández, *supra* nota 10, en 127, 130.

73. Jordi Bonet Pérez, *La Lucha Contra la Impunidad y sus Implicaciones Jurídicas Internacionales para el Ejercicio de la Justicia Transicional*, en IMPUNIDAD, DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA TRANSICIONAL 15, 71 (Jordi Bonet

el ámbito continental como el ámbito anglosajón poseen principios y categorías “nacionales” que se entienden compartidas por otras comunidades jurídicas de la misma región. Por ejemplo, para todo el espectro iberoamericano es admitido que el delito posea al menos tres categorías o elementos que se pueden distribuir de distinta forma: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Aunque, claro, es posible que la forma en que los diversos ordenamientos jurídicos penales de carácter nacional recojan dichas categorías sea diferente y con diversos matices. Del mismo modo, en el ámbito anglosajón, incluso en diversos continentes, las mismas tradiciones sostienen la existencia de *mens rea* y *actus reus* como dos grandes categorías del delito, de forma análoga, aunque no igual, a lo que en ámbito de una dogmática penal tradicional se puede distinguir entre parte objetiva y parte subjetiva del tipo.

En otro sentido, la influencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de alguna forma está contribuyendo a homogeneizar aún más el alcance de las discusiones de estos tópicos en el espectro iberoamericano. La constatación de esta realidad ha llevado a algunos juristas a elaborar sobre la parte general del derecho penal internacional.<sup>74</sup>

Por otro lado, sobre los elevados costes de los juicios penales masivos, cuando se dice que los procesos penales de violaciones a los derechos humanos tienen un alto valor económico, ello se hace tomando como referencia el coste-beneficio de una relación bilateral de naturaleza particular: autor y víctima. Sin embargo, cuando se afirma esto, se olvida que los beneficios que puede traer el establecimiento de responsabilidad penal de violaciones de los derechos humanos no es inmediato y se prolongará en el tiempo. Por otro lado, el valor económico ha de tomar en consideración la relación masiva entre la meta víctima y el meta autor e, indirectamente, los “coste-beneficios” para toda la sociedad y el Estado. Si tomamos en consideración los dos aspectos anteriores quizás no sea tan elevado el costo económico de estos juicios penales. Por último, aun asumiendo el perjuicio económico, este

---

Pérez et al. eds., 2009).

74. Cf. KAI AMBOS, LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: BASES PARA UNA ELABORACIÓN DOGMÁTICA 143 (Ezequiel Malarino trad., 2005).



impedimento fáctico no puede ser usado como un fundamento para descartar ontológicamente la presencia de la justicia retributiva.<sup>75</sup>

#### A. ESTÁNDAR DE PRUEBA PENAL Y SU EFECTO SOCIOLÓGICO

La existencia de un estándar probatorio más alto en sede penal—entiéndase justicia penal ordinaria—puede justificarse en diversas razones. El fundamento directo que suele señalarse es la grave restricción de derechos que para el individuo supone la condena penal como para que alguien deba tolerarla por error.<sup>76</sup> Esto mismo genera una necesidad de cautela ética de la decisión en relación con quién puede recibir el resultado más adverso.<sup>77</sup> También, con ello, podría pensarse que se tutela la libertad del individuo.<sup>78</sup> La ausencia de un estándar probatorio elevado en materia penal cuestiona el buen nombre del “inocente,” en cuanto la decisión adversa conlleva la restricción de varios beneficios otorgados a los ciudadanos.<sup>79</sup> Por otro lado, esta necesidad de cautela ética de la decisión, se basa indirectamente en el principio por el cual el Estado debe dar razones plausibles y justificadas del daño producido a sus ciudadanos.<sup>80</sup>

En términos dogmático-penales, la consideración de *ultima ratio* del Derecho penal como “la” herramienta punitiva del Estado frente al individuo exige que la condena penal sea establecida con el menor margen de error posible.<sup>81</sup> Por otro lado, a mi modo de ver, la justicia

---

75. Dorado Porras, *supra* nota 6, en 88.

76. Ver TARUFFO, LA PRUEBA, *supra* nota 20, en 113, (considerando que el estándar de prueba es más alto en el ámbito penal en cuanto en él intervienen garantías que no tienen correspondencia en el proceso civil).

77. HOCK L. HO, A PHILOSOPHY OF LAW: JUSTICE IN THE SEARCH OF TRUTH 173 (2008).

78. JORDI FERRER BELTRÁN, LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA 48 (Marcial Pons ed., 2007).

79. LARRY LAUDAN, TRUTH, ERROR, AND CRIMINAL LAW: AN ESSAY IN LEGAL EPISTEMOLOGY 69 (2006).

80. HO, *supra* nota en 77, en 173.

81. *Contra* FERRER BELTRÁN, *supra* nota 78, en 140 (considerando que, actualmente, la importancia relativa de los bienes cuyas consecuencias se discuten en sede penal no es suficiente para justificar un alto estándar en el enjuiciamiento penal, ya que también el proceso civil puede imponer sanciones pecuniarias asimilables a penas. Por otro lado, el recurso reiterado y sobredimensionado al derecho penal ponen en duda su carácter de última ratio, lo que invariablemente aconsejaría quizás buscar los estándares de prueba en función de la gravedad de cada delito. Por mi parte, considero que las alegaciones de este autor son correctas y reales, más, sin embargo, nunca el proceso civil podrá aplicar como sanción una

de la decisión jurisdiccional está condicionada, en parte, por la solidez del mensaje epistémico sobre el cual se basa,<sup>82</sup> alejando a los ordenamientos jurídicos continentales de las tesis del *procedural justice*.<sup>83</sup> Además, hay que anotar la importancia de ello en materia de JT como he apuntado anteriormente. En este sentido, no sólo precisamos de decisiones tomadas en un proceso, sino de resoluciones justas, y la justicia sustancial de la resolución requiere la verdad de los hechos sobre los cuales se basa.<sup>84</sup> Ello, en cuanto la sociedad—y, por extensión, la comunidad internacional— que recibe el mensaje de la condena penal no solo está interesada en condenas justas, sino también en aquellas que sean percibidas como justas.<sup>85</sup> Como ya se ha puesto de manifiesto por algunos, el proceso penal posee una función comunicativa facilitadora de contactos sociales, de acuerdo a la teoría de los sistemas.<sup>86</sup> En efecto, pone de manifiesto tanto el desvalor que supone la infracción de la norma como el valor y el carácter obligatorio de la norma infringida.<sup>87</sup>

---

pena privativa de libertad, a diferencia de lo que sucede en materia penal. Por otro lado, la justificación de la diversidad de estándares también puede encontrarse en los diversos efectos que posee la aplicación de una pena penal con relación a una medida civil, sobretodo, relacionado con la motivación de las conductas); *ver* HO, *supra* nota en 77, en 213-20 (comparando los diversos efectos de las penas penales con los de las medidas civiles).

82. *Ver* MICHELE TARUFFO, *SIMPLEMENTE LA VERDAD: EL JUEZ Y LA CONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS* 123 (Marcial Pons ed., 2010) [en adelante TARUFFO, *SIMPLEMENTE LA VERDAD*] (considerando que “si una cultura social incluye entre sus valores a la justicia de las decisiones, entonces probablemente se inclinará a preferir procedimientos que pretendan alcanzar decisiones justas y que estén diseñados funcionalmente para alcanzar ese fin. Esto no le restaría relevancia a la dimensión ritual del procedimiento, pero, con toda probabilidad, se trataría de un rito diferente, que sería evaluado también por su capacidad de producir decisiones bien fundadas y no sólo por su capacidad de enviar mensajes culturalmente reconfortantes.”).

83. *Ver* TARUFFO, *LA PRUEBA*, *supra* nota 20, en 117 (explicando de manera resumida la corriente del *procedural justice*); *ver también* HO, *supra* nota en 77, en 65 (notando que también en el ámbito anglosajón algunos autores apoyan que el proceso no es solo expresión de *procedural justice*).

84. SUSAN HAACK, *Of Truth, in Science and in Law*, 73 *BROOK. L. REV.* 985, 986 (2008); Haack, *Epistemology Legalized*, *supra* nota 25, en 43; FERRER BELTRÁN, *supra* nota 78, en 82; TARUFFO, *LA PRUEBA*, *supra* nota 20, en 28.

85. STEPHANOS BIBAS, *THE MACHINERY OF CRIMINAL JUSTICE* 64 (1era. ed. 2010).

86. *Id.* en 51.

87. Wilfried Botke, *La Actual Discusión sobre las Finalidades de la Pena*, en *POLÍTICA CRIMINAL Y NUEVO DERECHO PENAL* 41, 43 (Jesús-María Silva Sánchez

Sin embargo, desde el punto de vista epistemológico, puede ser cuestionable que el proceso penal sea un buen vehículo para la búsqueda de la verdad general, aunque parezca paradójico, como anotaba anteriormente. Un estándar de prueba más exigente puede hacer más alto el riesgo de absoluciones falsas.<sup>88</sup> Aun con ello, el cuestionamiento de la potencialidad epistémica del proceso penal precisamente refuerza su finalidad de búsqueda de la verdad. Las críticas a esta finalidad solo son inteligibles en cuanto el proceso penal tenga una función epistémica.<sup>89</sup>

Por otro lado, la búsqueda de la verdad es un objetivo primario del proceso, pero no el único. Quién puede reconocer esto también puede admitir la existencia de valores colaterales.<sup>90</sup> Para mí, la sentencia penal requiere o precisa de una calidad epistémica “cualificada” para dar curso a la consecuencia penal.<sup>91</sup> De esta forma se refuerza el carácter excepcional del ejercicio de *ius puniendi*, no solamente al interior del sistema jurídico, sino también ante la colectividad, incluso, la transnacional. En este sentido, un estándar de prueba exigente, como el penal a diferencia del civil, puede ser entendido como una obligación de precaución elevada (“*caution*”) acerca de la decisión. Incluso, esta precaución (“*standards of caution*”) puede ser variable y proporcional a la gravedad de la consecuencia, como ha sido entendido por Ho.<sup>92</sup> De esta forma, también, el proceso penal

---

ed., 1997).

88. Ver LAUDAN, *supra* nota 79, en 70 (considerando que la ocurrencia de absoluciones falsas demuestra el fracaso del sistema jurídico como mecanismo para descubrir la verdad); ver también FERRER BELTRÁN, *supra* nota 78, en 143 (observando que a medida que hacemos más exigente un estándar de prueba aumenta los falsos negativos y disminuyen los falsos positivos); HO, *supra* nota 77, en 175.

89. HO, *supra* nota 77, en 54.

90. Ver *id.* en 70 (sosteniendo que un juicio no es nada más que una búsqueda de la verdad llevada a cabo mientras respetando el debido proceso del acusado); ver también MARINA GASCÓN ABELLÁN, LOS HECHOS EN EL DERECHO: BASES ARGUMENTALES DE LA PRUEBA 119 (2da ed. 2004) (afirmando que “lo que singulariza el modelo judicial de fijación de los hechos es la necesidad de cohonestar el objetivo principal de ‘búsqueda de la verdad’ con la ‘garantía de otros valores,’ lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo.”).

91. Vera Sánchez, *Algunas Variables Político-Criminales*, *supra* nota 57, en 53.

92. Ver HO, *supra* nota en 77, en 186 (opinando que el estándar de prueba penal debe ser entendido sólo como estándar de precaución en la decisión

sirve para poner en escena ciertos derechos fundamentales, como la presunción de inocencia. La anterior funcionalidad ha servido para atribuir al proceso penal la calidad de elemento de medición de la operatividad de los derechos fundamentales de los individuos.<sup>93</sup> La labor de configuración recíproca entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal también incluye la posibilidad que el proceso penal sea un medio para compensar el déficit de la protección de las garantías del Derecho penal.<sup>94</sup>

La exigencia elevada de suficiencia del estándar de prueba penal legítima al proceso penal como medio de corroboración de las hipótesis, en el sentido que una hipótesis condenatoria acogida que cumpla con este estándar tendrá un alto grado de probabilidad de ser efectiva en la realidad de los hechos. De esta forma, la exigencia penal de estándar de prueba se traduce, indirectamente, en la exigencia de precisión de sus conclusiones. Con ello se hace posible un control intersubjetivo<sup>95</sup> que repercutirá en la validez de la decisión. En este sentido es importante destacar que la exigencia de la racionalidad y calidad epistémica de la decisión penal son condiciones necesarias para que pueda operar con todas sus funcionalidades la publicidad del proceso penal. Esto último, tanto como una garantía para el imputado como una forma de legitimar el ejercicio del poder punitivo a través de la publicidad del mal causado.<sup>96</sup> Ello indirectamente influye en la confianza pública y fe que se tienen en el sistema de enjuiciamiento criminal como medios que condicionan la legitimidad democrática de la ley y su fuerza

---

(“*standards of caution*”). De esta forma el autor sugiere que el juez debería tener una actitud de protección respecto del acusado, en el sentido de estar más dispuesto a rechazar la prueba inculpatoria que la exculpatoria); *ver también id.* en 226.

93. ROXIN, *supra* nota 15, en 10.

94. *Ver* ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE & MANUEL LOZANO-HIGUERO PINTO, *TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL 2* (6ta. ed. 2002) (afirmando que el proceso penal no es un instrumento de represión sino de garantía, en el sentido de que el proceso penal desea hacer frente a la aplicación patológica de la norma jurídica cuestionada a través de un sistema de garantías sustantivo y autónomo. Agregan que “[d]e ahí que también el proceso penal sea el derecho que se trate de poner remedio a la patología jurídica. Pero no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias.”).

95. FERRER BELTRÁN, *supra* nota 78, en 146.

96. NEIL MACCORMICK, *INSTITUTIONS OF LAW: AN ESSAY IN LEGAL THEORY* 212 (2008).

moral.<sup>97</sup>

Con todo lo anterior también se contribuye al proceso de motivación de la conducta que la norma aplicada es capaz de producir.<sup>98</sup> En efecto, con el aseguramiento de la calidad epistémica de la decisión judicial se pueden reforzar ciertas funciones de la pena, como la prevención general. Ello, en cuanto el individuo sabe que la amenaza penal, aunque excepcional, no es incierta.<sup>99</sup> De esta forma, se muestra que el Estado posee los canales adecuados para legitimar— incluso en contra del individuo—la imposición de una pena por la realización de un acto penalmente reprochable.<sup>100</sup> Por otro lado, el castigo de los que son efectivamente culpables refuerza la virtud colectiva de la inocencia.<sup>101</sup>

Desde esta perspectiva, entonces, el estándar de prueba penal— que se identifica con la alocución de prueba de la culpabilidad más allá de la duda razonable—produce diversos efectos vinculados al contenido de la prueba de los hechos. En primer lugar, un efecto negativo o de minimización del margen de error de la decisión de condena, sobre el cual la mayoría de los trabajos sobre la “duda razonable” dedican su contenido esencial.<sup>102</sup> Por otro lado, y para efectos de este trabajo más importante que el anterior, el estándar de prueba penal genera un efecto positivo sobre el contenido probatorio de la decisión de condena.<sup>103</sup> En efecto, si se precisa de un estándar de prueba muy exigente para condenar, entonces, cuando se dice alcanzar ese estado, la decisión penal de condena tendrá bastantes posibilidades de consignar la versión de los hechos que más se acerque a la realidad, con los datos disponibles. Es decir, cuando se

---

97. BIBAS, *supra* nota 85, en 64.

98. FERRER BELTRÁN, *supra* nota 78, en 37, 82.

99. *Ver* BOTTKE, *supra* nota 87, en 65 (considerando que “[u]n proceso penal conforme a la constitución penal presta su servicio preventivo-asociativo a la libertad en la medida que reacciona, con una frecuencia suficiente, frente a sospechas iniciales que se presentan en la forma de hechos concretos, las esclarece, descubre al competente del hecho y determina consecuencias de carácter procesal lo suficientemente gravosas.”).

100. *Ver id.* en 82 (explicando que los ciudadanos tendrán el incentivo de obedecer la ley en cuanto “las consecuencias jurídicas previstas por el derecho para acciones determinadas se aplican efectivamente a esas acciones . . .”).

101. MACCORMICK, *supra* nota 96, en 211.

102. HO, *supra* nota 77, en 186.

103. Vera Sánchez, *Algunas Variables Político-Criminales*, *supra* nota 57, en 50.

ha fallado más allá de toda duda razonable, dicha decisión posee y debería poseer una calidad epistémica cualificada, como reverso de la minimización del margen de error a partir del efecto negativo. Y que se dé este efecto no sólo es importante en consideración a la imposición de la pena, sino también en cuanto, eventualmente, puede incidir en la confianza y credibilidad de los ciudadanos en el sistema de justicia penal y, por tanto, beneficiar los efectos de prevención general de la norma penal en cuanto muestra que el sistema aplica realmente una respuesta o medida prevista ante el acaecimiento de una conducta criminógena tipificada penalmente.

#### B. CUALIDAD EPISTÉMICA DE LA DECISIÓN PENAL EN EL FENÓMENO DE LA JT

Ahora, cuando la calidad epistémica de la decisión de condena penal se pone en riesgo, al margen de las meras consideraciones “garantistas,” no se perjudica a un solo sujeto que sufrirá las consecuencias del castigo, sino que se amenaza al sistema en su conjunto. Se ponen en riesgo, por ejemplo, la producción del efecto positivo y negativo del estándar de prueba, a los que me refería en el apartado anterior.<sup>104</sup> Por ello, no son buenos los juicios retributivos de “vencedores” porque amenazan los efectos sociológicos del estándar de prueba.<sup>105</sup>

Desde esta perspectiva, entonces, el proceso penal no sólo cumple la función de ser una medición de la real operatividad de los derechos fundamentales, sino también una herramienta de validez intersubjetiva del sistema de justicia penal en su conjunto.

Cuando la elevada calidad del mensaje epistémico de la condena penal se perjudica, también se puede afectar desde la mismísima conminación legal abstracta (en cuanto se emite un mensaje sesgado) hasta la imposición de la pena (que reconoce como paso previo la prueba del supuesto de hecho más allá de toda duda razonable).<sup>106</sup>

Por último, la elevada calidad epistémica de la decisión de condena no sólo asegura, por un lado, su contribución a la memoria

---

104. HO, *supra* nota 77, en 178.

105. ALEJANDRO CHEHTMAN, FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA DE LA JUSTICIA PENAL EXTRATERRITORIAL 222 (2013) (describiendo la problemática de los juicios de “vencedores”).

106. ROXIN, *supra* nota 15, en 18.

histórica o a la significación social del funcionamiento del sistema de justicia penal, sino también ayuda a que se pueda cumplir con el derecho de verdad que se les reconoce a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.<sup>107</sup>

Por último, estas consideraciones que alguien podría decir que están muy arraigadas en una justicia penal nacional u ordinaria tienen una importancia internacional, de momento que, por ejemplo, el artículo 66 del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que “para dictar sentencia condenatoria, la corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.”<sup>108</sup> Para mí ello no es de extrañar, pues las motivaciones de la seguridad epistémica de la decisión penal es algo que va más allá de determinadas fronteras nacionales.

A mi entender, el que he denominado efecto positivo del estándar de prueba penal tiene muchísima importancia en casos de JT, precisamente, porque en esos casos toda la sociedad necesita el funcionamiento de un complejo engranaje procesal penal que genere una decisión basada en la verdad de los hechos y que sea percibida por los ciudadanos como legítima y eficaz frente a estos macrocrímenes.

## VI. PALABRAS FINALES

Con este trabajo sólo he querido evidenciar que las barreras metodológicas actuales del estudio del Derecho y, en específico, del Derecho internacional de los derechos humanos, no llevan a descartar de plano ciertas opciones que, cualitativamente, pudieran ser un camino. Como apunté en la introducción, no es mi idea encontrar en el proceso penal la única solución viable para la JT, sino más bien contribuir de la búsqueda del camino correcto en una senda tan compleja como puede ser la de la búsqueda de la paz y de la estabilidad democrática luego de un periodo de anormalidad político-social.

---

107. Ver Dorado Porras, *supra* nota 6, en 93 (afirmando que a través de los juicios se desarrolla un archivo de información con la cual se puede lograr el descubrimiento de la verdad de los hechos y fomentar la reconciliación).

108. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 66, 1 de julio de 2002, 90 U.N.T.S. 2187.

2017]      *CUATRO MITOS SOBRE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA*      499

Es injusto no reconocer la complejidad de la JT, especialmente respecto a la dificultad de la reparación de las víctimas. Asimismo, es igualmente injusto obviar ciertas bondades que presenta el proceso penal tradicional en la materia, drásticamente desechadas por tratarse de un procedimiento formal sometidos a reglas.

A mayor discusión, mejor solución.