

Emociones reactivas, inculpación y castigo. ¿También en el derecho penal internacional?*

*Reactive Emotions, Blame and Punishment.
In the International Criminal Law as Well?*

*Les émotions réactives, la mise en examen
et la punition. On les retrouve également dans
le droit international pénal?*

Gustavo A. Beade**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La inculpación strawsoniana*. III. *El castigo comunicativo*. IV. *¿Siempre juicio y castigo? Algunas aclaraciones previas*. V. *¿Juicios desde adentro o desde afuera?* VI. *Palabras finales*. VII. *Referencias*.

* Algunas de estas ideas fueron presentadas en el coloquio “Emociones y Derecho Internacional”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires durante septiembre de 2016. Agradezco por las preguntas y los comentarios que me hicieran en aquella oportunidad, en particular a Emiliano Buis, Lucía Montenegro y Mariana Kohan. También quisiera agradecer de manera muy especial a dos árbitros anónimos de la revista. Sus comentarios me obligaron a mejorar y aclarar muchas cosas del texto.

** Doctor en derecho (Universidad de Buenos Aires). Investigador en el Instituto “Ambrosio L. Gioja”; investigador visitante en la Universidad de Heidelberg (2013-2014), y *visiting scholar*, Rutgers University (2014). Becario doctoral del Conicet (2012/2014) y becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en la Universidad de Kiel (2009-2011). E-mail: gbeade@derecho.uba.ar. Este trabajo forma parte del proyecto de investigación DeCyT “La reconstrucción de la memoria comunitaria a través de los juicios por delitos de lesa humanidad: ¿el único camino posible?”.

Artículo recibido el 7 de marzo de 2017

Aprobado para publicación el 25 de septiembre de 2017

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XVIII, 2018, pp. 555-578
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es mostrar que ese vínculo entre nuestras emociones reactivas y el castigo retributivo-comunicativo en casos de violaciones graves a los derechos humanos sólo puede llevarse a cabo mediante juicios penales realizados dentro de la propia comunidad y no a través de los tribunales internacionales.

Palabras clave: castigo, inculpación, derecho penal internacional, derecho penal local, autoridad.

ABSTRACT: The aim of this paper is to show the link between our reactive emotions and a retributive-communicative punishment in cases of severe violations of human rights it can only be fulfill through criminal trial within the community and not by international courts.

Key words: punishment, blame, international criminal law, domestic criminal law, authority.

RÉSUMÉ: Le but de cet article est de montrer que le lien entre nos émotions réactives et la punition rétributive-communicative dans des cas de violations graves aux Droits de l'homme ne peut être effectué que par des procès criminels menés au sein de la communauté elle-même et non dans des tribunaux internationaux.

Mots-clés: punition, mise en examen, droit international pénal, droit pénal, autorité.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando nos suceden cosas que nos afectan, por ejemplo, al ser víctimas de un delito o al ser perjudicados por alguien en algún sentido, somos asaltados por sentimientos y reacciones que difícilmente podemos controlar. Esto es parte de nuestra naturaleza que se manifiesta en emociones reactivas, como la indignación y el resentimiento, entre otras, en el sentido en que los presentó hace muchos años el filósofo Peter Strawson. Esas emociones reactivas se manifiestan en la inculpación hacia quien nos causó un daño. Creo que, como lo señala el mismo Strawson, ésta es una manera de entender el modo en el que funcionan las comunidades en las que vivimos. Haciendo algún esfuerzo sustantivo, sería posible basar un determinado tipo de castigo retributivo sobre estas bases. Me refiero a un tipo de castigo retributivo-comunicativo que tenga como finalidad, entre muchas otras, expresar el interés de la comunidad en comunicar al ofensor que ese acto está prohibido.

El objetivo de este trabajo es muy modesto: pretendo mostrar que ese vínculo entre nuestras emociones reactivas y el castigo retributivo-comunicativo en casos de violaciones graves a los derechos humanos sólo puede llevarse a cabo mediante juicios penales realizados dentro de la propia comunidad y no a través de los tribunales internacionales.

II. LA INCULPACIÓN STRAWSONIANA

Cuando somos víctimas de un delito o una agresión, tendemos a reaccionar de un modo en el que nos invaden una serie de sentimientos y emociones que intentamos (no siempre con éxito) controlar. Estos sentimientos han sido descriptos por Strawson en un antiguo trabajo como “emociones reactivas”.¹ Entre las emociones reactivas que menciona, Strawson destaca la indignación, el resentimiento y la ira, entre muchas otras. La idea de Strawson es explicar una forma posible de entender nuestras reacciones ante

¹ Strawson, P., “Freedom and Resentment”, *Freedom and Resentment and Other Essays*, Londres, Routledge, 1962 (2a. ed., 2008).

determinadas circunstancias, pero más precisamente explicar la compleja idea de la inculpación. Si bien para algunos filósofos la noción misma de la inculpación es algo oscura,² creo que la idea de las emociones reactivas y su manifestación a través de la inculpación es una forma de entender el modo en el que funcionan las comunidades en las que vivimos de una manera, desde mi perspectiva, plausible. A continuación, me dedicaré a explorar y desarrollar algunas de las ideas de Strawson.³

En general, las comunidades que conocemos se basan en la idea de censurar y reprochar actos que allí no son admitidos. Sonaría extraño si dijéramos: “actuaste mal (o injustamente o deshonestamente) y no te culpo por ello”. Es posible que dijera: “actuaste mal, pero no te culpo por ello”, donde el “pero” indica que hay algo que ofrece quien es inculpado (una excusa o una justificación) que logra que deje mi reproche de lado.⁴ En el mejor de los casos, si no hay una justificación o una excusa que explique el acto, espero una disculpa que, al menos, pudiera recomponer la situación. Es preciso reconocer también que inculpar o reprochar es un modo de tratar al ofensor como un agente moral. Ésta es la manera en la que debemos tratarlo, porque el ofensor es un miembro de nuestra comunidad moral. Esta idea de comunidad se define estableciendo lo que le debemos al otro, teniendo en cuenta, para ello, la relación en la que nos vemos involucrados. Sin embargo, el ofensor violó los términos básicos de la consideración y el respeto que nos debemos y le recordamos eso a través del reproche.⁵

Asimismo, la inculpación es importante para estas comunidades, básicamente, por dos razones. La primera es que cuando inculpamos a alguien, lo estigmatizamos, lo identificamos de una forma tal que expresamos un rechazo hacia esa conducta como una consecuencia de nuestras emociones reactivas, que incluyen resentimiento, indignación e, incluso, desprecio. Ésta es la *función expresiva* de la inculpación. Si existe una conexión entre la emoción y la expresión en el sentido en el que la estoy utilizando, es que la expresión le da forma a la emoción.⁶ Además, el hecho de que inculpe a alguien por algo

² Williams, B., “Internal and External Reason”, *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

³ Algunas de estas ideas son presentadas con mayor detalle en Beade, G. A., *Suerte moral, castigo y comunidad*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

⁴ Duff, R. A., *Trials and Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 40.

⁵ Bennett, C., “The Expressive Function of Blame”, en Coates, D. y Tognazzini, N. (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 76 y 77.

⁶ *Ibidem*, p. 77.

significa que ese agente hizo algo incorrecto. En este sentido, la inculpación debe estar asociada conceptualmente con la comisión de un mal.⁷ La inculpación es una expresión de desaprobación de la comunidad. Esta función expresiva de la inculpación actúa en términos simbólicos, intentando capturar o hacer justicia al considerar la conducta del ofensor, quien responde como un miembro de la comunidad, que violó los términos básicos de la relación.⁸ Esta violación implica que nosotros, los miembros de la comunidad, debemos suspender parcialmente actitudes de buena voluntad, respeto y consideración que (normalmente) serían las que debemos a la persona con quien tenemos la relación relevante. Esta suspensión debemos hacerla en una forma proporcionada a la seriedad del mal causado.

La otra razón importante es el hecho de que inculpar a otro también tiene como consecuencia que dejamos sin inculpar a otros agentes que pueden haber contribuido al hecho que motiva mi reacción. De este modo, y a través de la inculpación, podemos distinguir, claramente, quiénes son objeto de inculpación y quiénes, por su parte, no lo serán: la inculpación, además, absuelve.⁹ Esta distinción es importante, puesto que nos obliga a determinar, en las comunidades en las que vivimos, entre aquellos que deben responder por lo que hicieron y aquellos que no hicieron nada por lo cual responder.

Pienso que la inculpación cumple un rol central en nuestras relaciones con los otros miembros de la comunidad, más allá de los beneficios que puedan surgir de este proceso. Intento vincular esta noción de inculpación con un determinado tipo de castigo en la sección siguiente.

III. EL CASTIGO COMUNICATIVO

Inculpar también es juzgar al agente como culpable, y como consecuencia de ello, modificamos, de un modo particular, los términos de la relación con el otro. Estos modos son reconocidos en el acto de inculpar y dependen del tipo de relación y el hecho que el agente haya llevado a cabo.¹⁰ En defi-

⁷ Duff, R. A., *Trials and Punishment*, cit., p. 41.

⁸ Bennett, C., *op. cit.*, p. 78.

⁹ Malamud Goti, J., *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 208; Bennett, C., *op. cit.*, p. 75.

¹⁰ Scanlon, T. M., "Interpreting Blame", en Coates, D. y Tognazzini, N. (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 89.

nitiva, inculpar a otro no necesariamente es una actividad placentera, pero, como señalé hace un momento, constituye un elemento básico en las comunidades en las que vivimos. Detrás de las emociones reactivas, como el resentimiento y la indignación, que surgen cuando alguien se ve afectado de alguna manera por el inculpado, deben ser consideradas con un poco más de precisión si se trata de imponer un castigo. En este sentido, es necesario presentar una justificación del castigo que sea compatible con los modos en los que entiendo la inculpación. Considero que la inculpación moral es la base de la responsabilidad penal.¹¹ Me concentro en lo que sigue: en presentar, ajustadamente, una forma de pensar el castigo penal.

En la filosofía del castigo, básicamente, hay dos teorías predominantes: por un lado, la teoría preventiva del castigo y, por otro, la teoría retributiva. Muy ajustadamente puedo señalar que la teoría preventiva está basada en un tipo de moral consecuencialista-utilitarista. Como es bien conocido, el utilitarismo prioriza lo bueno sobre lo correcto, es decir, que lo importante es lograr la mayor cantidad de buenas consecuencias para la mayor cantidad de personas posibles. Según esta visión, es posible castigar a alguien, únicamente, teniendo en cuenta las (buenas) consecuencias que se derivan del castigo. Una de estas posibles buenas consecuencias puede ser disuadir a futuros ofensores.

Por otra parte, la tesis retributiva se basa en una moral no consecuencialista (o deontológica). Para el deontologismo, lo correcto está por encima de lo bueno. Para esta tesis, las consecuencias de nuestras conductas deben ser irrelevantes. Lo relevante es la corrección de lo que hacemos. De este modo, esta tesis sostiene que las consecuencias no son relevantes para determinar si está permitido castigar a otro. Para la retribución tradicional, lo importante es que el ofensor reciba lo que se merece en proporción a

¹¹ En contra de esta afirmación, véase recientemente Shoemaker, D., “Blame and Punishment”, en Coates, D. y Tognazzini, N. (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2013. Crítico de esta posición es Lefkowitz, D., “Blame and the Criminal Law”, *Jurisprudence*, vol. 6, núm. 3, 2015. Entiendo que existe un vínculo entre la responsabilidad moral y la responsabilidad legal que no puedo discutir aquí. Sin embargo, sí creo que la responsabilidad legal incluye tanto aquella que puede surgir en el ámbito doméstico como aquella que puede presentarse en el orden internacional. Es decir, la responsabilidad como se presenta a continuación se construye a partir de conceptos morales, como la inculpación, que tiene consecuencias en cualquier esfera legal. Le agradezco a un árbitro anónimo la posibilidad de hacer esta aclaración.

la conducta que llevó a cabo. En este trabajo, defenderé una justificación particular del castigo retributivo.¹²

Quizá, pensar en el castigo en términos retributivos no quiera decir lo mismo que hace algún tiempo atrás. En general, la idea de retribución pura, esto es, que el castigo debe imponerse según lo que merece cada uno por lo que hizo, no es representada por lo que se ha denominado el “renacimiento del retribucionismo”.¹³ Actualmente, el retribucionismo es una tradición o un grupo de teorías que comparten algunas similitudes.¹⁴ Filósofos del castigo y teóricos penales optan por versiones alteradas de aquel ideal retributivo, también en la actualidad.¹⁵ En este sentido, castigar a alguien bajo el rótulo de retribucionismo requiere de una explicación adicional. La tesis que defiende se enrola en las llamadas “teorías comunicativas”, que ven en la imposición de un castigo un proceso reformador y que aspira, a través de la censura y la inculpación, a la reconciliación del ofensor con la comunidad.¹⁶

Según entiendo, cuando castigamos a alguien, la comunidad le expresa al ofensor la desaprobación de su acto, en principio, prohibido. De este modo, castigamos para señalar que había un acuerdo en el que teníamos establecido que eso (el delito) no era lo que íbamos a hacer. Llegamos a ese acuerdo dentro de la comunidad y todos participamos para alcanzarlo. Por eso, esa regla no debía ser violada. Pero volvamos un poco hacia atrás. Quisiera concentrarme en las emociones reactivas que involucran al castigo. Castigar es un modo de dar razones que expresan sentimientos de resentimiento,

¹² Es importante señalar que en la discusión sobre la fundamentación del castigo es difícil determinar cuál es la opinión dominante en el derecho penal internacional. Es probable que la diversidad de los intervinientes en la discusión teórica dificulte esta afirmación. En la literatura contemporánea, mientras que entre los anglosajones predominan variantes del retribucionismo, los teóricos del derecho penal continental (en particular los teóricos alemanes) sostienen distintas variantes del utilitarismo asociadas con la idea de la prevención general positiva. Quiero agradecer al árbitro anónimo que me llamó la atención sobre esta cuestión.

¹³ Duff, R. A. y Garland, D., *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1994; Tonry, M., *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

¹⁴ Husak, D., “Retributivism In Extremis”, *Law and Philosophy*, vol. 32, núm. 1, enero de 2013.

¹⁵ Véase, en este sentido, Tadros, V., *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

¹⁶ Duff, R. A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

indignación, además de ser un juicio de reprobación y desaprobación de una conducta. La expresión de la desaprobación y la censura que implica castigar a alguien tienen como finalidad que la comunidad le comunique al ofensor que ese acto está prohibido. En definitiva, mediante el castigo, la comunidad expresa una fuerte desaprobación de un acto llevado a cabo por uno de sus miembros; además, el castigo le recuerda el mal que infringió a otros mediante una conducta que es incorrecta. Este componente comunicativo es una característica definitiva del castigo y, en parte, lo distingue de meros actos de venganza, en donde la finalidad de causar un mal como respuesta a otro es todo lo que uno desea. En resumen, el castigo es el juicio (como variante de una pura reacción emotiva) en el cual la comunidad le señala al agresor que lo que hizo es incorrecto.

El castigo, por lo tanto, podría ser justificado sobre la base de la inculpación, como lo expliqué hace un momento. Si la comunicación es un factor importante dentro de mi limitado esquema, entonces necesito presentar, al menos, las razones por las que esa comunicación es indispensable. Considero que castigar tiene, como puede apreciarse, al menos dos finalidades: en primer lugar, una dirigida hacia al ofensor. Esta finalidad requiere que el ofensor acepte su error, pero que además reflexione, con el objetivo de lograr su arrepentimiento y la reparación del daño (de ser eso posible). Por otro lado, la segunda finalidad que tengo en mente se relaciona con la víctima y la comunidad. Es importante centrarnos en los miembros de la comunidad. Ellos toman en cuenta que el hecho prohibido es censurado y castigado. La imposición de un castigo obedece a la finalidad de expresar la reprobación de la comunidad al agresor, pero también de concentrarse en el resto de los ciudadanos, de su relación con el transgresor y de los vínculos que nacen con las reglas morales y legales. Entiendo que la expresión de la reprobación tiene un componente comunicativo relevante que no sólo se enfoca en el ofensor, sino también vincula al resto de la comunidad. Desde mi perspectiva, la expresión de la reprobación no únicamente le comunica al agresor de una forma clara que lo que hizo era moral y legalmente incorrecto, sino que también se dirige al resto de la comunidad, cuyos miembros, a partir de ese momento, comienzan a tener ciertas obligaciones respecto del proceso que implica imponer un castigo. Estas obligaciones no sólo incluyen el modo en que el ofensor es castigado, sino también, principalmente, la forma en que será recuperado para la comunidad. Dentro de esta visión que ofrez-

co se vislumbran objetivos ulteriores, como reconstruir una comunidad a través de la promoción de la reconciliación.¹⁷

IV. ¿SIEMPRE JUICIO Y CASTIGO? ALGUNAS ACLARACIONES PREVIAS

Me dediqué en las páginas previas a presentar algunas versiones sobre la inculpación y el castigo que, según entiendo, explican y justifican, en algún sentido posible, la manera en la que decidimos resolver los conflictos a los que nos enfrentamos habitualmente. Sin embargo, no creo que, necesariamente, exista un vínculo entre la reconstrucción de la memoria colectiva durante los periodos de transición y los juicios penales. Si bien los juicios son un camino plausible, también las comisiones de la verdad son alternativas viables. Pienso que los sujetos que deben decidir el modo en el que resolverán sus asuntos son los propios miembros de la comunidad que han sufrido esos hechos violentos. No tengo objeciones contra las comunidades que, por distintas razones, deciden reconstruir su memoria mediante un procedimiento diferente al juicio penal.

Las emociones, la inculpación y el castigo explican el modo en el que nos tratamos en las comunidades en las que vivimos. Si bien la idea de comunidad puede ser entendida sin demasiado esfuerzo, también podría ser mal interpretada. Considero que es importante decir algunas palabras sobre la noción de comunidad en la que estoy pensando. Pertenezco a una comunidad política en la que los agentes nos encontramos relacionados los unos con los otros y vinculados con las normas que elegimos establecer y construir; además, tenemos intereses comunes y compartimos preocupaciones sobre determinadas cuestiones que nos importan. Este tipo de vínculo es moral, pero también político. En estas comunidades ideales que quiero presentar, la democracia juega un rol importante para fortalecer este vínculo político, porque nos garantiza la posibilidad de participar y de decidir sobre aquello importante para nosotros. Asimismo, debería brindarnos la posibilidad de involucrarnos en lo que nos interesa. Para eso, necesitamos estar obligados a que nuestros intereses y preocupaciones estén satisfechos. Esa obligación

¹⁷ El fin es lograr que el ofensor advierta el mal causado con su conducta, pero que además tenga una oportunidad para que él se arrepienta, se disculpe y repare el daño en la medida de lo posible.

se origina en que debemos tratarnos mutuamente con igual consideración y respeto.¹⁸

Parte de estas obligaciones se traslada al modo en el que nos responsabilizamos. En este tipo de comunidades, responsabilizamos penalmente a otros, no como agentes morales, sino como ciudadanos. Esto implica que deberé responder por mi conducta como ciudadano ante mis propios conciudadanos.¹⁹ El tipo de respuesta que debo dar a mis conciudadanos se vincula, particularmente, con actos públicos que hubieran causado algún mal. Esta diferencia es sustancial para evitar responsabilizar a otros por comportamientos por los que únicamente yo como individuo debo responder. Mientras que existen asuntos privados que son claramente míos, existen otros que le interesan a toda la comunidad y son los *asuntos públicos*. En mi comunidad ideal, el Estado debería intervenir sólo cuando estemos ante asuntos públicos. Para que la intervención sea legítima debería existir algún interés particular que el Estado quisiera proteger y que yo, con mi acción, lo hubiera afectado. El Estado tendrá que intervenir cuando se trate de asuntos públicos inherentes a toda la comunidad, ante la cual debo responder.

Ahora bien, para clarificar mi objeción inicial, ¿es posible cumplir con estos ideales de inculpación y castigo en tribunales internacionales fuera de la comunidad?, ¿es necesario contar con la participación de la comunidad en esos juicios? Intento responder esas preguntas en la sección posterior con las siguientes aclaraciones: el objetivo que me propongo es analizar los vínculos que se pueden construir entre la inculpación *strawsoniana*, la retribución comunicativa y una idea de comunidad internacional que, para estos fines, puede ser problemática. Básicamente, la pregunta que pretendo responder en lo que sigue es si esta idea de responsabilidad que acabo de presentar no pierde legitimidad en contextos en los que quien debe decidir y distribuir reproches y castigos es alguien distinto a la comunidad política del lugar.²⁰

¹⁸ Para mayores detalles de mi posición, véanse Beade, G. A., “Las razones del castigo retributivo. ¿Alternativas a los juicios de lesa humanidad?”, *Pensar en Derecho*, núm. 6, 2015, pp. 173-194, y Beade, G. A., *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017, cap. 1.

¹⁹ Esta idea está desarrollada en Duff, R. A., “In Response”, en Cruft, Rowan *et al.* (eds.), *Crime, Punishment, and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

²⁰ En este punto, mi trabajo puede ser decepcionante para quien esté interesado en el derecho penal internacional, porque sólo diré algunas cosas quizá superficiales para ellos y,

V. ¿JUICIOS DESDE ADENTRO O DESDE AFUERA?

La idea de que existe una comunidad internacional ante la cual los violadores a los derechos humanos deben responder es bastante reciente y tiene, por cierto, un consenso muy importante. En general, estoy de acuerdo con esta idea si pensamos en los casos en los que se encuentran dos o más países involucrados en un conflicto armado o en una guerra (crímenes de guerra). Tengo ciertas reservas sobre la legitimidad y la conveniencia de la intervención de la llamada comunidad internacional en conflictos domésticos o en procesos de justicia transicional. Esas reservas se sostienen en la idea que apresuradamente acabo de presentar: el vínculo entre las emociones y el castigo y un concepto normativo de comunidad. A continuación, presento algunas de estas objeciones.

1. *El argumento de la autoridad de los jueces*

Algunos filósofos del derecho penal, como Jaime Malamud Goti, defienden la idea de que es preferible que los juicios penales que se lleven a cabo durante procesos de transición sean celebrados por tribunales domésticos mediante juicios “desde adentro” y no “desde afuera” de la comunidad. Esta preferencia se basa en una serie de ventajas que se generan cuando los tribunales están encabezados por jueces que pertenecen a la misma comunidad de víctimas y transgresores, que no están presentes, en cambio, si los jueces que integran los tribunales no son parte de la comunidad.²¹

Esto influye también en los criterios para establecer la responsabilidad de los criminales de Estado, que varían de acuerdo a la circunstancia de que los juicios se desarrollaron “desde adentro” o “desde afuera”; es decir, si los jueces y los perpetradores de los hechos pertenecen o no a la misma co-

de hecho, voy a evitar analizar la jurisprudencia relevante para el tema. Sin embargo, mi idea es circunscribir la presentación a un punto de vista normativo: cómo deberían ser los juicios penales en los casos de violaciones graves a los derechos humanos. Le agradezco la sugerencia a un árbitro anónimo de la revista que me permitió hacer esta importante aclaración.

²¹ Malamud Goti, J., *Crímenes de Estado. Dilemas de la justicia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 33.

munidad nacional o étnica. En este sentido, los máximos exponentes de los juicios “desde afuera” son los juicios a oficiales militares, funcionarios políticos, miembros del partido nazi y empresarios alemanes en Núremberg. Por otra parte, los juicios “desde adentro” fueron aquellos seguidos en 1985 en Buenos Aires contra los miembros de la junta militar por los crímenes cometidos entre 1976 y 1983.²²

Siguiendo esta idea, la diferencia entre juicios “desde adentro” y “desde afuera” es importante en el proceso de construcción de su propia base de autoridad. De este modo, los “juicios desde adentro” corren el riesgo de ceder demasiado terreno moral al campo político, mientras que los “juicios desde afuera” parecen propensos a simplificar demasiado la realidad política de la comunidad a la cual pertenecen las víctimas y los perpetradores.²³

Esta circunstancia es determinante para apreciar las diferencias entre los juicios de Núremberg y los juicios a las juntas militares argentinas. Mientras que los juicios en contra de los alemanes fueron políticos en un sentido negativo, esto es, jueces extranjeros juzgando los roles de un sistema político demonizado de antemano, atribuyendo responsabilidad con base en el rechazo moral al nazismo, los jueces argentinos eran miembros de la comunidad en la que desempeñaban sus actividades y, en su mayoría, habían sido jueces durante el periodo dictatorial. Esta diferencia puede generar un respeto por las decisiones de un determinado grupo de jueces en mayor medida que la del otro. Así, la condena impuesta por el tribunal argentino es una fuente legítima de coerción, que no se concretó de forma similar en Núremberg. En el juicio a las juntas, la condena fue dictada por los jueces de esa misma comunidad, mientras que en Núremberg los jueces sólo fueron a condenar moral y legalmente a los alemanes.

Por otra parte, le asignamos a los juicios y a las condenas una misión “pedagógica”, que consiste en darle la razón a una de las partes; esto es, la sentencia subraya el significado moral y legal de los hechos relevantes, pero agrega algo más. La singular importancia de estas premisas se basa en el hecho de que los tribunales gozan de una cierta base de autoridad: un segmen-

²² Malamud Goti, J., *Los dilemas morales de la justicia internacional*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2003, p. 26. Si bien estas referencias pueden ser demasiado antiguas respecto del avance que tuvo el derecho penal internacional en estas últimas décadas, estos casos tienen la particularidad de presentar, con mayor detalle, los problemas que me interesa tratar en este trabajo.

²³ Malamud Goti, J., *Los dilemas morales...*, cit., p. 39.

to o un grupo para el cual sus decisiones son auténticos actos de justicia, en un sentido que se relaciona con la capacidad de descubrir y seleccionar los hecho moral y legalmente relevantes. Además, se vincula con la imparcialidad de los jueces: con el hecho de que éstos fundamentan sus decisiones en los principios y valores correctos.

2. *El argumento de la comunidad política*

Los ciudadanos se ven a sí mismos como pertenecientes a una comunidad política específica, y se ven conectados a sus conciudadanos a través de las costumbres y los valores de dicha comunidad. La comunidad política es una comunidad, dedicada específicamente a la iniciativa de la convivencia, fundada en una serie de valores que ayudan a definir esta labor.

Según filósofos como Antony Duff, la comunidad política es gobernada y constituida por el derecho. El derecho estructura y gobierna los aspectos más importantes del emprendimiento cívico. Este derecho es “su” derecho. En primer lugar, este derecho es propio como derecho común, porque expresa los valores que los definen como comunidad política y porque surge de la voz colectiva de los miembros de la comunidad, en función de los valores que le son propios. Los ciudadanos se ven a sí mismos (mediante cualquier procedimiento legislativo) como los autores de sus leyes.²⁴

De acuerdo con Duff, ése es su derecho antes que el derecho de toda la humanidad, o todos los agentes morales, pues los obliga a ellos, pero no al ladrón francés que actúa en Francia. No se trata de que no se consideren los robos cometidos en Francia como delitos, o que se piense que los valores morales que representan sus leyes sólo tienen autoridad normativa sobre ellos. El punto es que este derecho se interesa en las implicaciones que tienen para esta comunidad política los valores que detenta y, a su vez, en la conducta de los ciudadanos en función de esos valores: el robo perpetrado por un ladrón francés es un delito, que los ciudadanos ingleses consideran deplorable, pero no es asunto que concierna a los tribunales británicos.²⁵

²⁴ Duff, R. A., “¿Hacia una teoría del derecho penal?”, en Beade, G. A. y Martí, J. L. (eds.), *Discusiones sobre la filosofía del derecho penal*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2016, p. 25.

²⁵ *Ibidem*, p. 26.

Estas afirmaciones se basan en que existen diferentes jurisdicciones para cada Estado y que cada uno tiene su propio sistema legal; sin embargo, el mundo ya no es así. Existen desarrollos en el derecho penal europeo y también hay un verdadero derecho penal internacional. Por ello, cabe preguntarnos si en esos contextos aún podemos hablar de ciudadanía, o algo parecido; en estos contextos más amplios, ser ciudadanos de la Unión Europea es ser ciudadanos del “mundo” entero.

Si seguimos algunas de estas ideas de comunidad política que he mencionado y si asumimos que la construcción del *rule of law* depende de cada contexto, podríamos preguntarnos ¿qué tipo de derecho penal deberíamos adoptar para castigar los crímenes contra la humanidad?, ¿qué valores deberían regirlo?²⁶

Ahora bien, dejemos de lado este escepticismo inicial y pensemos en los casos en los que tiene que intervenir la Corte Penal Internacional (CPI). Particularmente, me gustaría concentrarme en los crímenes de lesa humanidad, cometidos por un país particular contra sus propios ciudadanos y que incluyen homicidio, tortura, violación, etcétera.²⁷ El primer problema es establecer quiénes son los miembros de una comunidad normativa en esos casos en los que interviene la CPI: ¿quién es la comunidad que está vinculada en los juicios y a la que pertenecen los acusados, las víctimas y los jueces? En

²⁶ Duff, R. A. *et al.*, *The Trial on Trial. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford, Hart Publishing, 2007, vol. 3, p. 136.

²⁷ Si un juicio penal, según Duff, es un proceso en el que el acusado de un delito serio es llamado a responder por esta acusación, ¿es posible decir que estos juicios afirman la autoridad del derecho y hacen justicia para las víctimas y los acusados?, ¿sirve para lograr los objetivos de reconciliarse y restaurar los lazos comunitarios? Duff considera que la autoridad del derecho se afirma en estos casos, porque las partes que firmaron el Estatuto de Roma, cuando crearon la CPI, declararon que su propósito era terminar con la impunidad de los perpetradores de los mayores crímenes que afectan a la comunidad internacional en su totalidad. Si llevar a juicio a los perpetradores de esos crímenes implica reafirmar la autoridad de estas leyes, entonces ese objetivo estaría cumplido. Por otra parte, los juicios tienen distintas consecuencias. Mediante el castigo, los juicios terminan con la impunidad de los perpetradores, que tienen que enfrentar un proceso y responder por sus delitos. También los juicios tienen consecuencias sobre las víctimas, a quienes reconocemos que han sufrido y ven que sus casos no son ignorados y sus perpetradores son enjuiciados. Por otro lado, algo importante que se produce en los juicios es que evitamos tratar a los perpetradores de estos crímenes como monstruos y, en cambio, los consideramos como agentes responsables que deben responder ante sus delitos. Para una visión general de esta tesis, véase Duff, R. A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

un juicio doméstico, esas circunstancias están claras. El derecho se reafirma sobre los miembros de la comunidad en la que se llevó a cabo el juicio y a la que pertenecen los agresores, las víctimas y los jueces que intervienen. Además, si reconocemos que todos pertenecen a la misma comunidad política, uno de los objetivos del juicio es reconciliar a los perpetradores con sus conciudadanos. Esto podría ser similar si pensamos en contextos de transición. Tenemos dificultades para afirmar que esos objetivos puedan realizarse en los “juicios desde afuera”.

No obstante, es difícil poder afirmar que esto ocurre en un juicio en el que interviene la CPI o un tribunal local ejerciendo una jurisdicción universal. Si la CPI se encarga de los “crímenes contra la humanidad”, una posibilidad es que hable en nombre de la “humanidad”. Ésta podría ser la voz que represente la CPI. Sin embargo, antes de asumir este punto, deberíamos resolver la siguiente cuestión: si bien es cierto que la “humanidad” podría ser una comunidad moral, difícilmente puede ser considerada una comunidad política, en el sentido que propuse en el trabajo, en la que víctimas y perpetradores estén incluidos. Una posibilidad algo más plausible podría ser la de “comunidad de naciones”. Entonces, cuando la CPI llama a un acusado a defenderse por una acusación por haber cometido un crimen de lesa humanidad, está hablando en nombre de la comunidad de naciones, en nombre de los ciudadanos de la nación en la cual el crimen fue cometido (y cuyo propio Estado les falló).²⁸

Si tenemos en cuenta este último argumento (el de la falla del Estado), una posibilidad sería considerar que esta opción siempre es viable como un complemento si el Estado en donde los hechos ocurrieron no tiene la voluntad o no tiene las posibilidades para llevar a cabo la investigación o la acusación del delito.²⁹ Esta variante es bastante compartida y parece perfectamente razonable. Si éste fuera el caso y estuviéramos ante los crímenes definidos en el Estatuto de Roma como crímenes de lesa humanidad (artículo 7.1), los miembros de la “comunidad de naciones” pueden tener el derecho de actuar colectivamente a través de un tribunal internacional o individual-

²⁸ Duff, R. A., *Sobre el castigo...*, cit.

²⁹ Estatuto de Roma, artículo 17. Ésta es la opinión de Duff, R. A., “Process, not Punishment: The Importance of Criminal Trials for Transitional and Transnational Justice”, *Minnesota Legal Studies Research Paper Series*, núm. 14-03, 2014, y Rivera López, E., “Algunas reflexiones sobre la justicia penal internacional y sus virtudes”, en Malamud Goti, J., *Los dilemas morales de la justicia internacional*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2003.

mente por medio de la utilización de la jurisdicción universal en defensa y en nombre de los ciudadanos de una comunidad política cuyo Estado los ha traicionado, y en defensa y en nombre de la comunidad en sí misma. Sin embargo, la complementariedad de la CPI genera algunas dudas: ¿cuándo se presentan estas circunstancias en las que debe intervenir?, ¿cuáles serían esos casos en los que el Estado ha traicionado a la comunidad?³⁰ Si la impunidad es la explicación del abandono del Estado hacia la comunidad, hay un camino por recorrer para poder sostener esa afirmación.³¹

Considero que los fines y objetivos de la justicia penal, en casos de abusos “domésticos”, sólo pueden cumplirse satisfactoriamente mediante los “juicios desde adentro”, es decir, presididos por jueces pertenecientes a la misma comunidad que las víctimas y los perpetradores.³² En las sentencias de los juicios operan motivos y propósitos implícitos que se originan en las

³⁰ Presento estas circunstancias de un modo algo indeterminado, porque es importante pensar el contexto en el que suceden ciertos hechos y los países en los que ocurren. Pienso que las razones que tenemos para actuar no son universales y, en ocasiones, el contexto nos permite explicar determinadas circunstancias que pueden no ser accesible a nuestras razones. De este modo, mis razones para defender los juicios a los militares en Argentina no creo que sean suficientes para cuestionar las decisiones tomadas en otros lugares, por ejemplo, Uruguay, Brasil y Chile. Esto es así, sin perjuicio de que se trata de momentos históricos parecidos, países vecinos y contextos políticos similares. Considero que debería estar más informado sobre las circunstancias particulares de esos países, y si, aun así, continúo pensando que mis razones son suficientes para exigir que en esos países se lleven cabo juicios para castigar a los perpetradores de los crímenes durante la dictadura, debería intentar convencer a uruguayos, brasileños y chilenos de adoptar mis razones. De hecho, estos ciudadanos podrían darme razones muy persuasivas para justificar otro tipo de tratamiento —no vinculado al derecho penal— que satisfaga sus propias necesidades. De ninguna manera, mis razones me dan autoridad para sostener que un tribunal internacional, un hipotético tribunal regional o la decisión de una comunidad internacional debería suplir la decisión de cada uno de esos Estados. En este punto, esta precaución que tomo aquí sólo reforzaría mi punto en el trabajo: si una comunidad decide realizar juicios penales “desde adentro”, no hay un problema. El problema es quiénes y en qué nombre intentan que se lleve a cabo un juicio penal “desde afuera”. Quisiera agradecer a los árbitros anónimos que me sugirieron hacer esta aclaración, que me permite presentar mejor mi argumento en el texto.

³¹ En esos casos, una objeción que no he tratado aquí, basado en lo que llamaría el “argumento democrático”, nos pondría en dificultades si asumiéramos, sin más, que no llevar a cabo juicios penales es equivalente a garantizar la impunidad de los perpetradores de crímenes graves. Dejo esta posibilidad para discutir en otra oportunidad. Sobre el argumento democrático, véase Gargarella, R., *Castigar al prójimo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, cap. 4.

³² Malamud Goti, J., *Los dilemas morales...*, cit., p. 24.

relaciones del tribunal con el público al cual éste se dirige.³³ La legitimidad del tribunal no sólo se sustenta, entonces, en las razones que éste invoca en sus decisiones, sino también, en una medida considerable, estas razones se encuentran determinadas por la exigencia de lograr legitimidad, lo que significa que las relaciones entre el tribunal y el público al que éste se dirige modelan el contenido de sus veredictos.³⁴

Los juicios desde adentro de la comunidad de los perpetradores tienen una mayor probabilidad de satisfacer la exigencia de obtener legitimidad que aquellos que son llevados desde afuera.³⁵ Esta idea se apoya en parte por la proximidad física y cultural entre el tribunal y la sociedad donde el terrorismo estatal tuvo lugar. La cercanía cultural permite al público seguir y comprender mejor los argumentos debatidos, y esto hace que los veredictos sean más creíbles;³⁶ además, evita la simplificación de conflictos demasiado complejos para ser analizados, comprendidos y juzgados por agentes extraños a la comunidad.

3. ¿Hay alternativas para el derecho penal internacional?

Vimos en las secciones anteriores que las objeciones contra el derecho penal internacional se centraban en la importancia de que los juicios fueran dentro de la comunidad y no fuera de ella. Mis argumentos, siguiendo los trabajos de filósofos del castigo como Duff y Malamud Goti, se apoyaban, básicamente, en un ideal de comunidad política determinado.

³³ De este modo, los integrantes del tribunal en Argentina se dirigieron a sus conciudadanos, mientras que los jueces de Núremberg tuvieron como público a la comunidad mundial en su totalidad. Véase este punto en *ibidem*, p. 27.

³⁴ En Argentina, para la gran mayoría de los políticos y funcionarios de la comunidad posdictatorial, los magistrados habían servido como miembros del aparato judicial de la dictadura; pero, en vista de sus antecedentes personales, la elección del presidente elegido democráticamente generó pocas reacciones adversas. La comunidad creía en estos jueces, en la medida en que su veredicto no frustrara categóricamente sus expectativas. Según Malamud Goti, una elección de jueces diferentes, nuevos e inexpertos, hubiera suscitado la inmediata resistencia por parte de sectores conservadores de la comunidad. Es probable que hubieran quedado convencidos de que estaban siendo procesados y condenados por jueces directamente encargados de castigar a los acusados. *Ibidem*, p. 48.

³⁵ *Ibidem*, p. 28.

³⁶ *Ibidem*, p. 47.

Ahora bien, existe una importante cantidad de literatura que estaría dispuesta a defender la intervención internacional por distintas razones.³⁷ Hay teóricos que afirman que estas violaciones a los derechos humanos son una agresión a la dignidad humana. Si la dignidad humana es algo que nos preocupa a todos, entonces la CPI no puede ser considerado como un tribunal de afuera. Según estos teóricos, no son tribunales extranjeros respecto de ningún Estado del mundo, puesto que encuentran su legitimidad en el derecho internacional, que es un derecho de todos.³⁸ Además, ellos destacan que, contrariamente a lo que intento aquí, lo que deberíamos hacer es mejorar la idea de la jurisdicción internacional. En este sentido, algunos teóricos creen que la jurisdicción internacional no acentúa la diferencia entre los criminales de países pobres y los de países poderosos. Si existe alguna posibilidad de que los funcionarios de las grandes potencias respondan por su contribución a las matanzas que se llevan a cabo en otros lugares del mundo, esa posibilidad depende de la expansión de la jurisdicción universal y no de su acotamiento.³⁹ Por su parte, existen otros filósofos que defienden el argumento de la complementariedad y señalan que el único modo de rechazarlo es sostener la tesis de que sólo un juicio “desde adentro” puede cumplir los objetivos del castigo penal.⁴⁰

Considero que, precisamente, es bastante improbable que los objetivos del castigo penal se cumplan en los “juicios desde afuera”. Si nuestras emociones reactivas son las que originan la inculpación, en la que se asienta la teoría del castigo retributiva-comunicativa, la cual intenté defender más arriba, la finalidad del castigo no puede realizarse en un “juicio desde afuera”. Si lo que hacemos cuando castigamos a otro es comunicarle que la comunidad en la que vive no acepta su conducta; si lo que pretendemos es que el ofensor dé razones para explicar o justificar su conducta, intente reparar el daño ocasionado y se arrepienta de lo que hizo, el vínculo con la comunidad es

³⁷ Entre otros, véase Chehtman, A., *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

³⁸ Castresana Fernández, C., “Nota sobre «Los dilemas morales de juzgar a Pinochet en España» de J. M. Goti”, en Malamud Goti, J., *Los dilemas morales de la justicia internacional*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2003, p. 67.

³⁹ Véase Alegre, M., “El caso Pinochet: ¿justicia nacional o impunidad?”, en Malamud Goti, J., *Los dilemas morales de la justicia internacional*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2003, p. 59.

⁴⁰ Rivera López, E., *op. cit.*, p. 84.

relevante. Es la comunidad la que establece las normas que rigen en ella, los procedimientos para implementar esas normas y los modos en los que se llevan a cabo.

Como señalé hace un momento, la inculpación y el castigo comunican las razones que expresan sentimientos de resentimiento, indignación mediante un juicio de reprobación y desaprobación de una conducta. En estas circunstancias, es la comunidad la que le comunica al ofensor que ese acto está prohibido. Si, como mencioné anteriormente, tenemos dificultades para determinar qué es lo que una comunidad determinada comunica, establecer lo que comunica una “comunidad de naciones” puede ser aún más difícil. Si bien la primera respuesta que se nos presenta es que los crímenes de lesa humanidad contienen una incorrección intrínseca y difícilmente alguien pudiera negar su maldad, el problema es asumir que todos los que actúan en esos contextos lo hacen por las mismas razones.

Si lo que hacen los tribunales internacionales o la CPI es inculpar y castigar porque alguien actuó por las razones equivocadas, eso implica la idea de que los perpetradores de esas conductas tenían a su disposición otras razones para no llevar a cabo lo que hicieron. El problema es que en muchas circunstancias no tenemos las razones a nuestra disposición para actuar de una manera diferente. Aceptar que sí existían esas razones nos llevaría a defender una tesis *externalista* de las razones, esto es, una que nos obliga a considerar razones que están ahí disponibles para elegir las.⁴¹ Actuar por razones distintas a las razones correctas pudiendo hacerlo es lo que nos permite, en cierta medida, inculpar a otros. Si, en verdad, esas razones no estuvieron disponibles al momento de realizar estas acciones, entonces estamos asumiendo algo que deberíamos fundamentar mejor; es decir, si sólo asumimos la idea de que “hacer el mal” es reprochable y por eso debemos castigar a otro, estamos simplificando un proceso moral, cultural y político que exigiría bastante más de nosotros. En general, quienes sostienen estas ideas apelan a razones que, en teoría, todos debiéramos compartir.

La discusión filosófica en torno a las razones es un poco más compleja, pero lo que quiero decir es que si una comunidad no concibe o no comparte las razones del derecho internacional para castigar a sus perpetradores,

⁴¹ Para el problema del internalismo y el externalismo pueden verse dos trabajos de Williams, B., “Internal and External Reason”, *op. cit.*, e “Internal Reason and the Obscurity of Blame”, *Making Sense of Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

¿debemos obligarlos a hacerlo?,⁴² ¿el derecho internacional siempre es un derecho de todos?

Por otra parte, algunos de los fines del castigo que mencioné son que el ofensor acepte su error y reflexione, con el objetivo de lograr su arrepentimiento y la reparación del daño (de ser eso posible). Pero también es importante que los miembros de la comunidad participen en los juicios y que además sean en los lugares donde estos hechos ocurrieron. Tener la posibilidad de participar en los juicios, asistiendo a las audiencias y escuchando los testimonios de las víctimas y los perpetradores, logra que los miembros de la comunidad se involucren en los asuntos de una forma irremplazable.⁴³ Si los miembros de la comunidad están lejos de los lugares donde se llevan a cabo los juicios, pueden tener la idea errada de que éstos no son sus asuntos, sino los de otros.

Un ejemplo de esto puede ser la diferencia que encuentro entre los juicios penales llevados a cabo en Argentina durante el periodo 85-87 y los juicios penales que se realizan en la actualidad en ese país. Mientras que los juicios ocurridos durante los años ochenta sólo tuvieron lugar en Buenos Aires, los nuevos juicios se desarrollan en distintas ciudades del país. Esta diferencia es importante para advertir que los crímenes de la dictadura no fueron sólo un asunto que ocurrió en Buenos Aires, sino que fue algo bastante más grande que tuvo lugar en todo el país. La participación de jueces, fiscales y defensores del lugar donde ocurrieron los hechos es importante para que en cada lugar se perciba que los hechos ocurridos durante la dictadura son delitos que también sufrieron quienes no fueron torturados, asesinados o desaparecidos. Fue la propia comunidad la que sufrió esos hechos. Muchos habitantes de ciudades del interior de Argentina pudieron, a través de los juicios, conocer la historia de vecinos, compañeros y colegas que sufrieron o formaron parte de los hechos abordados en esas investigaciones. A diferencia de lo que ocurre en Buenos Aires, en las provincias y en las ciudades pequeñas, la convivencia entre perpetradores

⁴² Williams, B., "Internal and External Reason", *op. cit.*

⁴³ Carlos Nino destaca que la importancia de los juicios penales radica en la posibilidad de la participación ciudadana en ellos. Los ciudadanos pueden ir y participar en las audiencias, escuchando, directamente, testimonios de víctimas y perpetradores, y formarse, eventualmente, su propia opinión de aquello que allí sucede. No hay intermediarios que puedan modificar aquello que los ciudadanos pueden apreciar de forma directa. Éste fue uno de los fundamentos que explicó Nino para justificar la importancia de las decisiones que se tomaron en 1984. Véase Nino, C. S., *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.

y ciudadanos inocentes es mucho más estrecha. Tomando en cuenta estas circunstancias, es probable que los juicios tengan ciertas particularidades que no las tienen los juicios que suceden en Buenos Aires.⁴⁴

Una última cuestión que debería resolverse es la manera en que esos juicios construyen la responsabilidad de los agentes que intervinieron en esos hechos bastante graves. Existe un notable movimiento que intenta construir una teorización global basada en necesidades políticas y en el respeto a los derechos fundamentales universales; sin embargo, no es posible encontrar aún un trabajo teórico que avale esta decisión política. De hecho, un gran problema es que no es posible construir una teoría general de la responsabilidad penal aplicable en todos lados y en todo momento.

La discusión sobre el sistema de responsabilidad penal que debe regir los procesos penales internacionales también es relevante: ¿qué sistema de responsabilidad deberíamos seguir?, ¿sería necesario desarrollar algún tipo de trabajo cercano al que realizan los teóricos alemanes?, ¿necesitaríamos elaborar algunos principios mínimos y no un sistema de responsabilidad como el que funciona en los sistemas jurídicos anglosajones?⁴⁵ No puedo responder a todas estas preguntas y tampoco he intentado hacerlo en este trabajo. Mi objetivo ha sido mostrar algunas reservas sobre la intervención de tribunales internacionales en contextos determinados y bajo una serie de presupuestos que presenté al comienzo del texto.

VI. PALABRAS FINALES

Más allá de la obviedad que podría resultar señalar que las leyes y los tratados internacionales son el resultado de argumentos y emociones expresadas en esos documentos legales, quise mostrar un vínculo que, desde mi perspectiva, explica la manera en la que nos responsabilizamos moral y legalmente en las comunidades en las que vivimos. Si las emociones tienen un lugar importante en esta forma de responsabilizarnos en nuestras comunidades, entonces eso puede explicar una determinada versión del castigo retributivo-comunicativo. Sin embargo, aceptar esta noción de inculpación

⁴⁴ Una primera versión de este argumento en Beade, G. A., “Las razones...”, *op. cit.*

⁴⁵ Algunas de estas dudas son planteadas con bastante agudeza por Fletcher, G. P., “New Court, Old Dogmatik”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, núm. 1, 2011.

y castigo nos obliga, en cierta medida, a aceptar una visión determinada de comunidad. Esta visión de la comunidad política que presenté puede ser mejor entendida si pensamos que el castigo de los ofensores y perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos sólo puede llevarse a cabo dentro de la propia comunidad. Las opciones que se nos presentan, al menos, por el momento no me dan certeza de que esto puede ser pensado más allá de los límites de la comunidad. Esta falta de certeza y estas reservas sobre la importancia del derecho penal internacional sólo me obligan a seguir pensando en eso.

VII. REFERENCIAS

- ALEGRE, M., “El caso Pinochet: ¿justicia nacional o impunidad?”, en MALAMUD GOTI, J., *Los dilemas morales de la justicia internacional*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2003.
- BEADE, G. A., “Las razones del castigo retributivo. ¿Alternativas a los juicios de lesa humanidad?”, *Pensar en Derecho*, núm. 6, 2015.
- BEADE, G. A., *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017.
- BEADE, G. A., *Suerte moral, castigo y comunidad*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- BENNETT, C., “The Expressive Function of Blame”, en COATES, D. y TOGNAZZINI, N. (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., “Nota sobre «Los dilemas morales de juzgar a Pinochet en España» de J. M. Goti”, en MALAMUD GOTI, J., *Los dilemas morales de la justicia internacional*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2003.
- CHEHTMAN, A., *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- DUFF, R. A., “¿Hacia una teoría del derecho penal?”, en BEADE, G. A. y MARTÍ, J. L. (eds.), *Discusiones sobre la filosofía del derecho penal*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2016.
- DUFF, R. A., “In Response”, en CRUFT, Rowan *et al.* (eds.), *Crime, Punishment, and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

- DUFF, R. A., “Process, not Punishment: The Importance of Criminal Trials for Transitional and Transnational Justice”, *Minnesota Legal Studies Research Paper Series*, núm. 14-03, 2014, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=87569.
- DUFF, R. A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- DUFF, R. A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.
- DUFF, R. A., *Trials and Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- DUFF, R. A. et al., *The Trial on Trial. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford, Hart Publishing, 2007, vol. 3.
- DUFF, R. A. y GARLAND, D., *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- FLETCHER, G., “New Court, Old Dogmatik”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, núm. 1, 2011.
- GARGARELLA, R., *Castigar al prójimo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- HUSAK, D., “Retributivism In Extremis”, *Law and Philosophy*, vol. 32, núm. 1, enero de 2013.
- LEFKOWITZ, D., “Blame and the Criminal Law”, *Jurisprudence*, vol. 6, núm. 3, 2015.
- MALAMUD GOTI, J., *Crímenes de Estado. Dilemas de la justicia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- MALAMUD GOTI, J., *Los dilemas morales de la justicia internacional*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2003.
- MALAMUD GOTI, J., *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- NINO, C. S., *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- RIVERA LÓPEZ, E., “Algunas reflexiones sobre la justicia penal internacional y sus virtudes”, en MALAMUD GOTI, J., *Los dilemas morales de la justicia internacional*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2003.
- SCANLON, T. M., “Interpreting Blame”, en COATES, D. y TOGNAZZINI, N. (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- SHOEMAKER, D., “Blame and Punishment”, en COATES, D. y TOGNAZZINI, N. (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

- STRAWSON, P., “Freedom and Resentment”, *Freedom and Resentment and Other Essays*, Londres, Routledge, 1962 (2a. ed., 2008).
- TONRY, M., *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- WILLIAMS, B., “Internal and External Reason”, *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.
- WILLIAMS, B., “Internal Reason and the Obscurity of Blame”, *Making Sense of Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.