

MONOGRAFÍAS JURÍDICAS

12

**EL MARCO JURÍDICO
DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN**

ESPECIAL REFERENCIA AL CASO
COLOMBIANO

KAI AMBOS



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2008



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Kai Ambos, 2008.

© Editorial Temis S. A., 2008.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.

www.editorialtemis.com

correo elec.: editorial@editorialtemis.com

ISBN 978-958-35-0645-1 Zentralbibliothek
2309 200800013800

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos.

Carrera 39 B, núm. 17-85, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

ABREVIATURAS

ACHR	American Convention of Human Rights
ALC	Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals (André Klip Göran Sluiter, eds.)
AN	Audiencia Nacional
ANC	African National Congress
AP	Additional Protocol to the Geneva Conventions
Art., arts.	artículo, artículos
AVR	Archiv des Völkerrechts (revista jurídica alemana)
Buff.Crim.L.Rev.	Buffalo Criminal Law Review (revista jurídica estadounidense)
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (Decisión de la Corte Constitucional Alemana)
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CC	Corte Constitucional (Constitutional Court)
Cfr.	Confróntese, compárese, véase

Abreviaturas

VIII	CIDH	Convención Interamericana de Derechos Humanos
	CIJ	Corte Internacional de Justicia
	CLF	Criminal Law Forum (revista jurídica internacional)
	CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
	Cornell Int'L.J.	Cornell International Law Journal (revista jurídica estadounidense)
	C. P.	Código Penal
	CPI	Corte Penal Internacional
	CSJ	Corte Suprema de Justicia
	CVR	Comisión de la Verdad y Reparación
	DL	<i>Decreto legislativo</i> (Executive Decree)
	DRC	Democratic Republic of Congo
	ECHR	European Court of Human Rights
	ECPI	Estatuto de la CPI
	Ed.	Edición, editor
	Eds.	Editor(es)
	EE. UU.	Estados Unidos de América
	EJIL	European Journal of International Law (revista jurídica internacional)
	ERS	Ejército de Resistencia del Señor (<i>Lord Resistance Army</i>) ugandés
	Etc.	Etcétera
	EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift (revista jurídica alemana)

Abreviaturas

Eur.J.Cr., Cr.L. & Cr. J.	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (revista jurídica internacional)
GAOR	General Assembly Official Records
GC	Geneva Conventions
HRQ	Human Rights Quarterly (revista jurídica internacional)
IACHR	Inter-American Court of Human Rights
IAComHR	Inter-American Commission of Human Rights
ICC	International Criminal Court
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (revista jurídica internacional)
ICLR	International Criminal Law Review (revista jurídica internacional)
ICRC	International Committee of the Red Cross
ICRC Int. Rev.	International Review of the the Red Cross (revista jurídica internacional)
ICTJ	International Journal of Transitional Justice
ICTY	International Tribunal for the Former Yugoslavia
IHL	International Humanitarian Law
ILC	International Law Commission
Inc.	Incorporada

Abreviaturas

Inpec	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia
JpD	Jueces para la Democracia (revista jurídica española)
JuS	Juristische Schulung (revista jurídica alemana)
KCLJ	The King's College Law Journal (revista jurídica inglesa)
LJIL	Leiden Journal of International Law (revista jurídica internacional)
Num.	Número
OEA	Organización de Estados Americanos
OHCHR	Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights
ONG	Organización no gubernamental
OTP	Office of the Prosecutor
Pág., págs.	Página, páginas
párr., párrs.	párrafo, párrafos
Polít. Crim.	Política Criminal
PrepCom	Preparatory Committee ICC
Res.	Resolution
Ss.	Siguientes
SCSL	Special Court for Sierra Leone
<i>Supra</i>	Más arriba
TJ	Transitional Justice

X

Abreviaturas

TRC	Truth and Reconciliation Commission
U.C.Davis L.Rev.	University of California Davis Law Review (revista jurídica estadounidense)
Vol.	Volumen
vs.	versus, opuesta a
YLJ	Yale Law Journal (revista jurídica estadounidense)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista jurídica alemana)

XI

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Abreviaturas	VII
Resumen ejecutivo	1
Introducción	7

CAPÍTULO I

EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL INTERÉS DE JUSTICIA

Lineamientos sobre exenciones
de responsabilidad penal, en particular amnistías

1. El deber de perseguir los crímenes internacionales nucleares	28
2. Derechos de las víctimas	39
3. Alternativas a la persecución penal	52
4. Ponderación de intereses por vía del test de proporcionalidad	75
5. Consecuencias para las amnistías: dos enfoques ...	84
A) Las amnistías absolutas son generalmente inadmisibles (enfoque estricto)	86

B) Una amnistía condicionada puede ser admisible bajo ciertas circunstancias (enfoque flexible)	104
---	-----

CAPÍTULO II

PROCESOS DE PAZ Y CPI

1. Consideraciones preliminares	119
2. Análisis de disposiciones relevantes	128
A) Complementariedad (art. 17 Estatuto de la CPI)	128
B) Intervención del Consejo de Seguridad (art. 16)	151
C) El interés de justicia (art. 53 (1) (c), (2) (c)) ...	153

XIV

EL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA, A LA LUZ DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Apuntes sobre la ley 975 de 2005
y el decreto reglamentario 3391 de 2006

1. La ley 975 de 2005 a la luz del derecho constitucional	164
A) La cuestión constitucional	164
B) Otros aspectos problemáticos	170
2. La ley 975 de 2005 a la luz del escenario interamericano	175

3. La ley 975 de 2005 en el contexto del derecho penal internacional; la actuación de la CPI frente a Colombia	185
4. Algunas observaciones a propósito del decreto reglamentario 3391 de 2006	203

XV

RESUMEN EJECUTIVO*

1. La justicia de transición ha sido objeto de gran atención en sociedades en conflicto y post-conflicto. El *concepto* se ocupa de la justicia en sociedades en transición, sea luego del conflicto o durante un conflicto en curso; él supone una serie de medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial. Su éxito depende de la medida en que contribuya a la verdadera reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial doméstico (párr. 1). La experiencia muestra que la lucha por la *justicia* a menudo entra en conflicto con los esfuerzos, en su mayor parte oficiales, por la *paz*. En efecto, la justicia de transición busca asegurar al mismo tiempo justicia y paz, pero abstenerse de una persecución penal y/o del castigo es a veces necesario para facilitar una transición pacífica (párr. 3); y el dictado de una *amnistía* es la técnica más importante de exención de una persecución penal (párr. 5). En todo caso, si la ausencia de una persecución penal contribuye a la *reconciliación* depende del contenido de este concepto y de las circunstancias de cada caso (párr. 4).

* La traducción de la primera parte del libro (caps. 1 y II) estuvo a cargo del Dr. EZEQUIEL MALARINO.

2. Para desarrollar el marco legal de la justicia de transición y, en última instancia, establecer *lineamientos* más o menos precisos para las negociaciones de paz en el marco de la transición, necesarios para “judicializar” las políticas de la justicia de transición (párr. 6), es preciso primero determinar los contenidos del *elemento justicia* en la justicia de transición. Justicia en este sentido ha de ser entendido de manera amplia, yendo más allá de la mera justicia penal e incluyendo ciertos elementos clave tales como responsabilidad, equidad (*fairness*) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones (párr. 2).

3. El *fundamento jurídico* del elemento o interés justicia tiene como punto de partida el *deber de perseguir* crímenes internacionales nucleares tal como están definidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto de la CPI (párr. 8). Aunque este deber conduciría casi lógicamente a la prohibición de amnistías o de otras medidas de exención respecto a esos crímenes (párr. 9), el concepto amplio de justicia aplicable en la justicia de transición exige una aproximación más sofisticada. Por un lado, el interés justicia ha de ser complementado con los derechos de las víctimas de los crímenes internacionales nucleares (párrs. 10-11); estos derechos van mucho más allá de la persecución penal e incluyen, además del derecho a la justicia, los derechos a la verdad y reparación en sentido amplio (párr. 11). Por otro lado, otra consecuencia del concepto amplio de justicia es que deben ser desarrolladas y aplicadas *alternativas a la persecución penal* (párr. 12 y ss.), en particular comisiones de la verdad (*efectivas*) (párr. 13 y ss.). Sin embargo, las medidas alternativas, en general, solo pueden complementar y no sustituir a la

justicia penal (párr. 10). Para ello, deben ofrecer una vía alternativa seria para afrontar el pasado y, como tal, deben tomar en consideración efectivamente el interés de las víctimas (párr. 12). En última instancia, la admisibilidad de limitaciones al interés de justicia depende del resultado de un complejo proceso de *ponderación de los intereses en conflicto* que es llevado a cabo mediante un test de proporcionalidad de tres niveles (párrs. 19 y ss.). Este test conduce, en su tercera fase de la *proporcionalidad stricto sensu*, a algunas importantes limitaciones (*ratione materiae* y *personae*) y exigencias (especialmente, alguna forma de responsabilidad) que deben ser tenidas en cuenta para evaluar la admisibilidad de las medidas de exención (párr. 21). De ello se sigue un *enfoque bifurcado* en cuanto a la admisibilidad de *amnistías* (párrs. 23 y ss.): por un lado, las amnistías absolutas (*blanket amnesties*) son generalmente inadmisibles (enfoque estricto), dado que su objetivo primario es sepultar por completo crímenes pasados prohibiendo toda investigación (párrs. 24 y ss.); por el otro, las amnistías condicionales (“responsables”) son, en principio, admisibles (enfoque flexible) dado que ellas —a diferencia de las amnistías generales— no eximen automáticamente de castigo a los autores, sino que condicionan la exención a la ejecución de ciertos actos o concesiones por parte del beneficiario, por ejemplo, a la promesa incondicional de deponer las armas, la satisfacción de legítimas exigencias de las víctimas, en particular, una completa revelación de los hechos, el reconocimiento de responsabilidad y el arrepentimiento (párr. 30 y ss.).

4. Con la CPI se ha creado un *mecanismo permanente de atribución de responsabilidad* (párr. 34). Ella es parte del

proyecto de justicia de transición en cuanto puede interferir en procesos de transición y así entrar en conflicto con las partes en disputa. La situación de Uganda, donde la CPI ha emitido órdenes de detención contra líderes del ERS, es un vivo ejemplo de ese posible conflicto. Sin embargo, no debe pasarse por alto que la estrategia del Fiscal de perseguir únicamente a los mayores responsables y los crímenes más graves (párr. 36) limita considerablemente la función "intervencionista" o de "monitoreo" de la CPI y deja la mayor parte de los procesos a los *sistemas judiciales domésticos* que, por ello, tienen aún un papel importante que desempeñar en el juzgamiento de los autores y de los crímenes menos importantes (párr. 34). En todo caso, en cuanto a los casos más importantes surge la cuestión de si y, si es así, en qué medida procesos de paz nacionales, incluidos amnistías u otras exenciones de responsabilidad, pueden impedir que la CPI ejerza su jurisdicción. Aunque esta cuestión no fue explícitamente tratada en el Estatuto de la CPI, este es un *instrumento flexible* que permite al fiscal y a la Corte tomar en consideración situaciones de transición. (párr. 35). Esto se sigue de la amplia discreción del fiscal durante la investigación preliminar (párr. 35), de la autonomía judicial de la CPI (párrs. 34, 36) y en particular de tres disposiciones del Estatuto de la CPI, a saber el artículo 17 sobre la complementariedad, el artículo 16 sobre la intervención del Consejo de Seguridad y el artículo 53 (1) (c) y (2) (c) sobre el interés de justicia.

5. El *artículo 17* trata de establecer un adecuado equilibrio entre el ejercicio soberano de los Estados de la jurisdicción (penal) y el interés de la comunidad interna-

cional en prevenir la impunidad de los crímenes internacionales nucleares otorgando prioridad a los Estados partes si están dispuestos y tienen la capacidad para investigar y enjuiciar tales crímenes (párr. 37). El análisis detallado de la disposición (párrs. 37 y ss.) muestra que una medida de exención nacional como tal (especialmente una amnistía) no hace un caso inadmisibles; más bien, la admisibilidad depende del *contenido específico* y de las *condiciones* de la medida (párr. 44). Si se aplica esta conclusión a ciertos escenarios (párr. 44 y ss.), se sigue que, en cuanto a exenciones plenas, solo una *amnistía condicional con una CVR* puede hacer el caso inadmisibles si una CVR efectiva *concede* la amnistía sobre una base individual bajo ciertas condiciones estrictas (párr. 46); otras exenciones plenas (auto-amnistías absolutas, amnistías condicionales *sin* una CVR) no pasarán el test de complementariedad (párrs. 45, 47). En caso de *exenciones parciales*, por ejemplo, una atenuación considerable del castigo a cambio de desmovilización y cooperación plena, la admisibilidad en el sentido del artículo 17 depende de la medida en que el respectivo proceso satisfaga el interés de justicia, por ejemplo, empleando mecanismos alternativos de justicia, en particular una CVR efectiva y/o sanciones no punitivas (párr. 48). En caso de *exenciones ex post*, la admisibilidad depende exclusivamente del criterio de la "genuina" disposición a llevar adelante el proceso en el sentido del artículo 17 (1) (a), (b) y/o (2) (párr. 49). El *artículo 16* da al Consejo de Seguridad la facultad de suspender el procedimiento, pero

* N. del T. Ver la nota del traductor posterior a la nota 389.

no altera la competencia de la CPI para revisar indirectamente la decisión del Consejo (párr. 50). La *cláusula del interés de justicia* del artículo 53 (párrs. 51 y ss.) otorga al Fiscal un instrumento adicional para ejercer su discreción que va más allá del más bien “técnico” artículo 17 (párr. 51). Sin embargo, esta discreción no convierte a la cláusula en un mero instrumento político que autorice a prescindir de los criterios jurídicos por ella previstos (gravidad del crimen, interés de la víctima, edad o enfermedad del presunto autor y su papel en el presunto crimen); antes bien, el fiscal debe tomar una decisión jurídicamente fundada en cada caso particular (párr. 52).

INTRODUCCIÓN

1. En los últimos años el tema de la *justicia de transición* ha recibido una creciente atención en las sociedades en conflicto y post-conflicto¹. La justicia de transición, tal como es entendida en este estudio, “comprende el entero ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación”². Aunque un cambio de régimen no es en absoluto un fenómeno nuevo, el concepto de justicia de transición es reciente e innovador en cuanto reconoce la importancia de la “justicia” en los procesos de transición; brevemente, la justicia de transición trata de la jus-

¹ Véase el estudio en tres volúmenes del Instituto de la Paz (NEIL J. KRITZ (ed.), *Transitional justice*, US Institute of Peace Press, Washington D. C., 1995) que es sin embargo esencialmente una reimpresión de artículos y materiales ya publicados.

² Report Secretary General transitional justice, par. 8; para una definición amplia similar LOUIS BICKFORD, “Transitional Justice”, en *The Encyclopaedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, vol. 3, New York, 2004, Macmillan Reference, pág. 1045.

ticia en la transición³. Sin embargo, la justicia de transición no se limita a situaciones post-conflictuales o de cambio de régimen, en particular a la transición de la dictadura a la democracia, sino que también abarca situaciones de procesos de paz dentro de un conflicto en curso y/o de una democracia formal⁴. Las medidas aplicadas en tales situaciones pueden ser de naturaleza judicial o no judicial “con distintos niveles de participación internacional (o sin ella)” y pueden consistir en “persecuciones individuales, reparaciones, búsqueda de la verdad, reforma institucional, descalificación y destituciones, o

8

³ Véase también RODRIGO UPRIMNY/MARÍA PAULA SAFFON, “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en A. RETTBERG (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, 211, págs. 214 y ss. Con una buena definición: “forma específica de justicia, caracterizada por aparecer en contextos excepcionales de transición...” (pág. 217).

⁴ Colombia es quizás el caso más importante en la actualidad; véase para la “Ley de Justicia y Paz” (núm. 975) la nota 203 y el texto correspondiente. Aunque ANGELIKA RETTBERG, “Reflexiones sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional”, en RETTBERG (ed.) (nota 3), 1, pág. 2, considera que Colombia no es “propiamente un caso de transición”, ella reconoce que “las preguntas y los debates en torno a la justicia transicional son de gran relevancia para este país”. En todo caso, las posturas de las víctimas difieren cuando están en el conflicto y cuando están viviendo en un escenario de post-conflicto. Véase ERNESTO KIZA/CORENE RATHGEGER/HOLGER ROHNE, *Victims of war. An empirical study on war-victimization and victims. Attitudes towards addressing atrocities*, Hamburger edition online, Hamburg, 2006, www.Hamburger-Edition.de (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007) págs. 148 y ss., 161.

una combinación de ellas”⁵. La clase de transición y el rol de la (antigua) élite en el proceso afecta la clase de justicia de transición y su éxito, dado que las posibilidades de la justicia de transición aumentan a medida que disminuye la influencia de la (antigua) élite⁶. El éxito de la justicia de transición puede ser medido por la calidad de las reformas políticas logradas⁷; en particular, si y en qué medida la justicia de transición contribuye a la reconstrucción y consolidación de la democracia⁸ y del sistema judicial doméstico⁹. El lapso en el cual tiene lugar la transición varía de acuerdo con las circunstancias de cada caso y puede atravesar diferentes fases¹⁰. Aunque

9

⁵ Report Secretary General transitional justice, par. 8.

⁶ Cfr. ERIC POSNER/ADRIAN VERMEULE, “Transitional justice as ordinary justice”, 2004, pág. 117, *Harv. L. Rev.* 761, págs. 769-770; ver también YASMIN SOOKA, “Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability”, 2006, 88 *ICRC Int. Rev.* 311, págs. 316-317.

⁷ Cfr. POSNER/VERMEULE, nota 6, pág. 768; ver también LEONARDO FILIPPINI/LISA MAGARRELL, “Instituciones de la justicia en transición y contexto político”, en RETTBERG, nota 3, pág. 149.

⁸ Cfr. FILIPPINI/MAGARRELL, nota 7, págs. 158 y ss.; a favor de un “cambio hacia la democracia”, SOOKA, nota 6, pág. 315.

⁹ Sobre la conveniencia de este efecto ver NEIL J. KRITZ, “Progress and Humility: the Ongoing Search for Post-Conflict Justice”, en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice*, New York, 2002, Transnational Publishers, Ardsley, 55, pág. 84.

¹⁰ Véase PIERRE HAZAN, “Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating Transitional Justice”, 2006, 88 *ICRC Int. Rev.*, 11, pág. 28, que distingue cuatro fases: conflicto armado/fase de represión, fase del inmediato post-conflicto (primeros cinco años), mediano plazo (cinco a veinte años), largo plazo.

la justicia de transición estructuralmente enfrenta problemas similares a los de la justicia ordinaria; por ejemplo, la cuestión de la selectividad de la persecución, de la congestión de los tribunales y de los cambios en la administración pública¹¹, ella se distingue de esta última en cuanto se ocupa de abusos a gran escala y especialmente graves cometidos o tolerados por un régimen pasado, normalmente autoritario, en el marco de un conflicto militar o, al menos, socio-políticamente violento.

2. El elemento *justicia* en la justicia de transición debe ser comprendido ampliamente. En consecuencia, justicia es “una idea de responsabilidad y equidad (*fairness*) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones. Justicia implica consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo.

¹¹ Véase POSNER/VERMEULE, nota 6, pág. 761, que sostienen que la justicia de transición es “continua con la justicia ordinaria” (pág. 764) y que los problemas respectivos son “a lo más, versiones exageradas de problemas jurídicos ordinarios” (pág. 765). Sin embargo, más allá de la diferencia que veo entre justicia ordinaria y de transición (ver el texto), me es difícil compartir el presupuesto de POSNER y VERMEULE de que “el punto de vista dominante en la literatura académica es que la justicia de transición es contraproducente ...”. La literatura que conozco no sostiene este punto de vista, sino que más bien considera a la justicia de transición como una forma necesaria de justicia excepcional para situaciones de transición. Del mismo modo, mi lectura de esta literatura no conduce a la conclusión de que los “autores entienden generalmente a la justicia de transición como retrógrada” (*ibid.* pág. 766).

Es un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales y, aunque su administración implica usualmente mecanismos judiciales formales, son igualmente relevantes mecanismos tradicionales de resolución de conflictos¹². De este modo, justicia en la justicia de transición supone bastante más que justicia penal retributiva —se asume, en la práctica, que la justicia penal no puede ser completamente administrada¹³— y abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de justicia “creativa”)¹⁴. En última instancia, la justicia de transición es una justicia de excepción que aspira a

¹² Report Secretary General transitional justice, párr. 7.

¹³ RUTI G. TEITEL, *Transitional Justice*, OUP, Oxford, 2000, 55; para el caso de la Argentina post-dictatorial véase JAIME MALAMUD-GOTI, “Transitional government in the breach: Why punish state criminals?”, en KRITZ (nota 1), 189, pág. 190.

¹⁴ BARBARA CASSIN, “Removing the perpetuity of hatred: on South Africa as a model example”, 2006, 88 ICRC Int. Rev., pág. 238; DESMOND TUTU, “Reflections on Moral Accountability”, 2007, 1 IJTJ 7: “reconstrucción de nuestro país”, “justicia clemente”, “justicia moral”. Para las diferentes formas de justicia, véase también SUSAN OPOTOW, “Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconstruction” en BASSIOUNI (nota 9), págs. 207 y ss., en particular focalizándose en la reconstrucción social a largo plazo (págs. 212 y ss.). Véase también GARTH MEINTJES, “Post-conflict justice issues: Restoring order and justice. Report of the Rapporteur”, en JOYNER (ed.), *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (ères, Toulouse, 1998), pág. 463: “reforma del sistema judicial y de aplicación del derecho”.

cambiar la situación de conflicto o post-conflicto “de un peor a un mejor estado”¹⁵.

3. La experiencia reciente muestra que las exigencias de las víctimas de responsabilidad y justicia con frecuencia, si no siempre, entran en conflicto con los esfuerzos, en su mayor parte oficiales, por la paz y la reconciliación. En efecto, el abstenerse de una persecución penal o del castigo es a veces una condición necesaria para facilitar la paz y la reconciliación¹⁶. Para decirlo sin rodeos, el precio de la paz es a menudo la justicia¹⁷ o un “compromiso (*trade off*) entre paz y justicia”¹⁸. Una definición de justicia de transición centrada en la víctima no toma suficientemente en consideración esta tensión¹⁹. Es un

12

¹⁵ Cfr. CASSIN (nota 14), pág. 238, refiriéndose a PROTÁGORAS como citado en PLATÓN, *Theaetetus*, 167 a.

¹⁶ Véase GERHARD WERLE, *Principles of International Criminal Law* (T. M. C. Asser Press, The Hague, 2005), pág. 66 (núm. 190): “En realidad, el abstenerse de castigar crímenes de derecho internacional puede ser necesario en casos concretos para restaurar la paz doméstica y hacer posible la reconciliación nacional”. Para una buena discusión de los argumentos en contra de la persecución penal, véase MARK J. OSIEL, “Why prosecute? Critics of punishment for mass atrocity”, 2000, 22 HRQ 118, págs. 119 y ss., 128 y ss., 147.

¹⁷ Véase, por ejemplo, OPOTOW (nota 14), pág. 210; GERHARD WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, núm. 204.

¹⁸ BBC World News, 27.2.2007, 9 p.m.

¹⁹ Para tal definición véase por ejemplo JULIÁN ANDRÉS DURÁN PUENTES, “La importancia de una ley de lustración para el proceso de justicia transicional” 54 Facetas Penales (Leyer, Colombia) 33.

argumento común que una política de persecución penal consecuente podría desencadenar más y peores abusos y hacer peligrar una pacífica transición de un gobierno dictatorial hacia uno democrático o, en última instancia, hasta destruir una incipiente y aún frágil democracia. Se dice que el dilema de las negociaciones de paz es que no se puede excluir a los mayores responsables por los crímenes internacionales sin poner en peligro la paz misma; sin embargo, si se los incluye puede dárseles una legitimación inmerecida²⁰. El argumento subyacente puede ser llamado argumento de los “peores abusos” o del “riesgo de la transición”. Los académicos de América Latina basados en sus experiencias, en sus propias y dolorosas transiciones, probablemente lo han articulado con mayor contundencia²¹. Además,

13

²⁰ Cfr. PAUL WILLIAMS, “The Role of Justice in Peace Negotiations”, en Bassiouni (nota 9), pág. 117.

²¹ Véase CARLOS S. NINO, “The duty to punish past human rights abuses put into context: The case of Argentina” (1999), 100 YLJ 2619, pág. 2620; JOSÉ ZALAQUETT, “Balancing ethical imperatives and political constraints: The dilemma of new democracies confronting past human rights violations”, 1992, 43 *Hastings Law Journal* 1425, págs. 1425, 1432; MALAMUD-GOTI (nota 13), pág. 191; CHARLES VILJA-VICENCIO, “Why Perpetrators Should Not Always be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet” (2000) 49 *Emory Law Journal* 205, pág. 212; RUTH FUCHS, “A grandes odios, grandes perdones: Vergangenheitspolitik in Uruguay 1985-1986” (2007), 16 *Latinamerika-Analysen* 35, pág. 54 (sobre la discusión en Uruguay); GARCÍA RAMÍREZ, voto separado en el caso *Barrios Altos vs. Perú* (nota 95), par. 11 (refiriéndose a su voto separado en el caso Castillo Páez) en donde reconoce, en principio, “la alta conveniencia de

alentar la concordia civil a través de normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz y a la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida de una nación". Véase también MAHNOUSH H. ARSANJANI, "The International Criminal Court and national amnesty laws" (1999), *Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Society of International Law* 65, pág. 66: "a veces [...] la única opción viable para frenar el derramamiento de sangre". En la misma dirección CHRISTOPHER C. JOYNER, "Policy considerations on accountability, peace and justice. Report of the Rapporteur", en JOYNER (ed.), *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (èrès, Toulouse 1998) 37, pág. 38; MICHAEL SCHARF/NIGEL RODLEY, "International Law Principles on Accountability", en BASSIOUNI (nota 9), págs. 89-90; MADELINE MORRIS, "Lacking a Leviathan: The Quandaries of Peace and Accountability", en *ibid.*, pág. 135; RICHARD GOLDSTONE/NICOLE FRITZ, "In the interests of justice and independent referral: The ICC Prosecutor's unprecedented powers" (2000), 13 LJIL 655, págs. 659-660; ANJA SEIBERT-FOHR, "The relevance of the Rome Statute of the ICC for amnesties and truth commissions" (2003), 7 Max Planck Yearbook of United Nations Law 553, pág. 571; SUSAN KEMP, "The Inter-relationship between the Guatemalan Commission for Historical Clarification and the Search for Justice in National Courts" (2004), 15 CLF 67, págs. 69-70; MATTHEW BRUBACHER "Prosecutorial discretion within the International Criminal Court" (2004), 2 JICJ 71, pág. 82; PAUL SEILS/MARIEKA WIERDA, "The International Criminal Court and conflict mediation" (International Center for Transitional Justice, New York, 2005) <www.ictj.org/images/content/1/1/119.pdf> (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007), págs. 12-13; HELMUT KREICKER, "Völkerstrafrecht im Ländervergleich", en ESER/SIEBER/KREICKER (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, vol. VII, Berlin, Freiburg, Duncker & Humblot, 2006, pág. 306. Para los antecedentes de la discusión en los años 80, DIANE ORENTLICHER, "«Settling accounts» revisited: Reconciling global norms with local agency" (2007), 1 IJTJ 12-3.

la Corte Constitucional sudafricana en su histórica decisión sobre la disposición de amnistía contenida en el epílogo a la Constitución interina de 1994²², recuerda que una transición exitosa no requiere solamente "el acuerdo de aquellos victimizados por abusos, sino también el de aquellos amenazados por la transición a una sociedad democrática ..."²³. La CVR de Sierra Leona reconoció la credibilidad de la posición del gobierno en cuanto a que sin una oferta de amnistía e indulto el Acuerdo de Paz de Lomé²⁴ no habría existido²⁵.

²² El título del epílogo es "Unidad nacional y reconciliación". La Constitución se propone tender "un puente histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividida, caracterizada por luchas, conflicto, sufrimiento e injusticia incalculables, y una futura, fundada en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia, la coexistencia pacífica y el desarrollo de oportunidades para todos los sudafricanos, independientemente del color, raza, clase, creencia o sexo" (epílogo, párr. 1). Para este propósito establece el párrafo 5, cláusula 1 del epílogo: "Para avanzar hacia tal reconciliación y reconstrucción, la amnistía será concedida respecto a hechos, omisiones y delitos asociados con objetivos políticos y cometidos en el curso de los conflictos del pasado". La Constitución del 18 de diciembre de 1996 suprimió este epílogo.

²³ *AZAPO et al. vs. The President et al.* [25 de julio de 1996] Caso CCT 17/96 (Corte Constitucional de Sudáfrica), par. 19. Véase también ALEX BORAINÉ, *A Country Unmasked, Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford, OUP, 2001, pág. 285, recordando la amenaza de las fuerzas de seguridad.

²⁴ Véase la nota 224.

²⁵ 3B Witness to Truth: Report of the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission (GPL Press, Ghana: 2004), cap. 6, pág. 365, par. 10 (en adelante: "Sierra Leone TRC Report").

4. Sin embargo, aunque todos estos argumentos puedan ser correctos en las situaciones a las cuales se refieren, ellos no necesariamente son aplicables a otras situaciones; con frecuencia, a estos argumentos les falta respaldo empírico²⁶, pueden ser exagerados²⁷ y raramente están acompañados por una precisa definición de los conceptos decisivos empleados —paz, reconciliación y justicia—. En particular, si la renuncia a la persecución penal realmente contribuye a la *reconciliación* obviamente depende del contenido del concepto. Aunque un concepto minimalista de reconciliación en el sentido de “coexistencia no letal” es menos exigente que una comprensión más sustantiva en el sentido de “reciprocidad democrática” o incluso de armonía social²⁸, tal como

16

²⁶ HAZAN (nota 10), pág. 22, critica con razón la falta de análisis empírico de los efectos de la justicia de transición y pretende llenar este vacío (págs. 19, 27 y ss.); sin embargo, él solo ofrece algunas hipótesis basadas en informaciones periodísticas, admitiendo que sería necesaria una investigación más profunda (por ejemplo en la pág. 35).

²⁷ Véase, por ejemplo, en cuanto al argumento aparentemente exagerado de una crisis institucional en el Uruguay post-dictatorial FUCHS (nota 21), pág. 63.

²⁸ Sobre estas formas de reconciliación véase DAVID CROCKER, “Punishment, Reconciliation and Democratic Deliberation”, 2002, 5 *Buff. Crim. L. Rev.* 509, págs. 525 y ss.; siguiendo a LOUISE MALLINDER, “Exploring the practice of states in introducing amnesties” (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), párr. 56 y ss. Véase también JUAN E. MÉNDEZ, “National reconciliation, transnational justice and the International Criminal Court”, 2001, 15 *Ethics and International Affairs* 25, 28 que da al término reconciliación un significado más sustancial (“a

expresa el concepto africano de *Ubuntu*²⁹, solo el último justificaría medidas de clemencia. Por consiguiente, si se adopta tal concepto —más significativo— de reconciliación no es seguro que el apaciguamiento de los mayores criminales por medio de impunidad conduzca a la reconciliación o incluso a una paz sostenible³⁰; por el contrario, en muchos casos, la persecución penal puede prometer más para facilitar la reconciliación y la construcción nacional³¹ y hasta puede ser un requisito para

largo plazo dejando a un lado disputas ... que han dividido una sociedad”); sobre los diferentes significados también SOOKA (nota 6), págs. 320 y ss. (exigiéndose un “conjunto de objetivos holísticos”), pág. 320; TONI PFANNER, “Cooperation between truth commissions and the International Committee of the Red Cross”, 2006, 88 *ICRC Int. Rev.* 363, pág. 373; KAREN BROUNEUS, “Reconciliation and Development” (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), pág. 5.

²⁹ Sobre el concepto de *Ubuntu* véase BORAINÉ (nota 23), pág. 362.

³⁰ Cfr. ANGELIKA SCHLUNCK, *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*, Berlin, Verlag Spitz, 2000, págs. 129, 130-131, 262 refiriéndose especialmente al proceso de paz salvadoreño; JOYNER (nota 21), pág. 40 (“Paz sin justicia no es durable”); IVAN ŠIMONOVLE, “Dealing with the legacy of past war crimes and human rights abuses”, 2004, 2 *JICJ* 701, pág. 702; LAURA M. OLSON, “Provoking the dragon on the patio. Matters of transitional justice: penal repression vs. Amnesties”, 2006, 88 *ICRC Int. Rev.* 275, pág. 284.

³¹ DARRYL ROBINSON, “Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court”, 2003, 14 *EJIL* 481, pág. 489; HÉCTOR OLÁSULO, “The prosecutor

17

la verdadera reconciliación³². En todo caso, los datos empíricos muestran que la abrumadora mayoría de las víctimas exigen responsabilidad en la forma de persecuciones penales, juicios y castigo³³ y rechazan la amnistía;³⁴ cuanto más alto es el grado de victimización, tan-

of the ICC before the initiation of investigations: A quasi-judicial or a political body?", 2003, 3 ICLR 87, pág. 139.

³² UPRIMNY/SAFFON (nota 3), págs. 211, 224, 229 (con especial referencia a Colombia en las págs. 227 y ss.).

³³ De acuerdo con KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), pág. 97, cuadro 18, el 79 por ciento de las víctimas entrevistadas en Afganistán, Bosnia y Herzegovina, Camboya, Croacia, República Democrática del Congo, Israel, Kosovo, ex República Yugoslava de Macedonia, territorios palestinos, Filipinas y Sudán deseaban la persecución de los autores. El 68 por ciento de los entrevistados querían que los autores fueran juzgados y sentenciados a la pena de muerte (el 4 %), a la prisión (el 36 %) o a una sanción monetaria (el 45%) (págs. 111 y ss., cuadro 28); para un resumen ver *ibid.*, págs. 121, 156, 158. Estas conclusiones se corresponden con aquellas concernientes a la actitud de los Acholi en el norte de Uganda (ICTJ/Human Rights Center, 2005, 28 y ss.). Sobre este y otros estudios KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), págs. 50 y ss. Concordantemente también ORENTLICHER (nota 21), pág. 22. De acuerdo con la OACDH, sin embargo, especialmente la gente del país de los Acholi (*Acholiiland*) no está a favor de los procesos, no por razones de principio, sino por razones muy específicas (OHCHR, "Making peace our own-Victims Perception of Accountability, Reconciliation and Transitional Justice in Northern Uganda", págs. 49 y ss. http://www.ohchr.org/english/docs/northern_Uganda_august2007.pdf, visitada por última vez el 3 de octubre de 2007).

³⁴ KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), págs. 112, 114, 121 y el cuadro 28; OHCHR, (nota 33), págs. 48 y ss. para una visión "más

to más se exige una persecución penal y castigo³⁵. Además, la justicia, tal como es entendida por la teoría de la justicia de transición no es necesariamente aquella experimentada por quienes están en el terreno de conflicto³⁶. A la luz de estas conclusiones no sorprende que en Sudafrica se reconociera que una "amnistía *per se* no puede [...] tener un efecto reconciliador y podría de hecho conducir a la perpetuación de las divisiones existentes, a menos que ella sea concedida con debida consideración de ciertos requisitos y principios"³⁷. Tampoco sorprende lo que se comprobó para Uganda en cuanto

variada y complicada que la usualmente descripta" de la posición de las víctimas en el Norte de Uganda. Para ellas, la amnistía no es una respuesta automática a los crímenes, sino más bien ella está motivada por diversas consideraciones pragmáticas en cuanto a la rápida reintegración de los rebeldes en la sociedad.

³⁵ KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), pág. 140 (cuadro 39), pág. 141 (cuadro 40).

³⁶ Véase la utilísima investigación de KIMBERLY THEIDON, "Transitional Subjects: The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia" (2007) 1 ICTJ 78-9 que concluye que justicia para los combatientes desmovilizados en Colombia significa esencialmente venganza. Véase también las citas selectivas en la nota editorial, 1 IJTJ 1 (2007) que indican que el interés de las víctimas va desde juicios públicos a empleos y educación.

³⁷ Memorandum de la *Promotion of National Unity and Reconciliation Bill* ("Carta para la Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación") de 1995, <www.doj.gov.za/trc/legal/b30_95.htm> (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007), también citado en SCHLUNCK (nota 30), pág. 230.

a que, aunque la amnistía del año 2000 fue considerada “una herramienta vital” para la reconciliación, al mismo tiempo la falta de mecanismos paralelos para contar la verdad (*truth-telling*) y admitir la culpabilidad obstaculizó el proceso de reconciliación³⁸. Por tanto, es claro que una amnistía por sí sola no satisface las demandas de una verdadera reconciliación; ella debe ser acompañada de mecanismos alternativos que permitan el completo y público establecimiento de la verdad y el reconocimiento por los responsables de sus conductas criminales³⁹. Esto es nuevamente confirmado por un estudio sobre vícti-

20

³⁸ Cfr. Refugee Law Working Paper 2005: “Las investigaciones sugieren que, a pesar de varios desafíos en su puesta en práctica, la ley de amnistía es percibida como una herramienta vital para la resolución del conflicto y para la paz y la reconciliación a largo plazo dentro del contexto específico en el cual está operando. Además, varios encuestados hacen hincapié en el hecho de que ella se corresponde con la específica comprensión cultural de justicia: la amnistía está teniendo lugar en sociedades en las que la posibilidad de perdón legal y social es vista como un mecanismo que mejor atiende las exigencias de reconciliación a largo plazo que las formas de castigo más tangibles adjudicadas en el marco del sistema jurídico. Sin embargo, las investigaciones también indican que la falta de mecanismos formales para el proceso de contar la verdad o de admisión de la culpabilidad de parte de los antiguos combatientes está dificultando actualmente el proceso de reconciliación. De acuerdo con ERIN BAINES, “The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda” (2007) 1 IJTJ 101 los “Acholi son una de las primeras poblaciones víctimas en el mundo que ha ejercido presión sobre su gobierno para la sanción de una amnistía absoluta”.

³⁹ Memorándum (nota 37); sobre la necesidad de reconocimiento de los hechos también SOOKA (nota 6), pág. 318.

mas según el cual el propósito predominante de emprender acciones contra los autores es revelar la verdad acerca del pasado⁴⁰. El argumento del riesgo de la transición en definitiva chantajea a un “nuevo” Estado y a su judicatura⁴¹ y esto puede ser un mal comienzo para el establecimiento de una verdadera democracia y un Estado de derecho⁴². Incluso el argumento de la necesidad de una amnistía para poner fin a las hostilidades es controvertido⁴³. De todo esto se sigue que no debería ser sobreestimado el efecto restaurativo de la amnistía y el olvido, ni subestimado el poder reconciliador de la justicia (penal)⁴⁴. La cuestión de cómo hacer frente a los críme-

21

⁴⁰ Véase KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), pág. 123 (cuadro 34), 126: el 66 por ciento de las víctimas considera el “contar la verdad” (*truth-telling*) como el propósito más importante de emprender acciones contra los responsables, el 27 por ciento permitir a la gente vivir conjuntamente, el 20 por ciento venganza; en el mismo sentido, OHCHR (nota 33), pág. 47: “La verdad acerca de las atrocidades del pasado es el resultado más esperado que pueden proporcionar los mecanismos de justicia transicional”.

⁴¹ Véase también MÉNDEZ (nota 28), pág. 31; ROBINSON (nota 31), pág. 497.

⁴² Véase también MÉNDEZ (nota 28), pág. 33.

⁴³ Véase MÉNDEZ (nota 28), pág. 35 “no es nada seguro ...”.

⁴⁴ Cf. CROCKER (nota 28), págs. 511, 544 discutiendo críticamente los argumentos a favor de la reconciliación adelantados por DESMOND TUTU. Véase también SHANE DARCY, “Imputed Criminal Liability and the Goals of International Justice”, (2007) 20 LJIL, pág. 402, que señala que los tribunales o cortes internacionales no son una “panacea” para los complejos problemas de un proceso de transición.

nes y autores de un antiguo régimen es demasiado difícil y compleja como para darle soluciones fáciles y rápidas⁴⁵. Toda transición es diferente y requiere tomar en consideración las circunstancias concretas de la situación concreta⁴⁶; un análisis puramente jurídico pierde de vista estas circunstancias en su mayor parte socio-políticas⁴⁷ y la dimensión moral de la justicia de transición⁴⁸. Es crucial encontrar el justo equilibrio entre los valores con-

⁴⁵ Cfr. MARVIN FRANKEL, *Out of the Shadows of the Night: The Struggle for International Human Rights*, New York, Delacorte Press, 1989, págs. 103-104: "Una nación dividida durante un régimen represivo no emerge de repente unida cuando ha pasado el tiempo de la represión".

⁴⁶ Cfr. MÉNDEZ (nota 28), págs. 29, 33; POSNER/VERMEULE (nota 6); véase también CLAUDIA CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005, págs. 166, 167; CARSTEN STAHN, "The geometry of transitional justice: choices of institutional design" (2005) 18 LJIL 425, págs. 428; SEILS/WIERDA (nota 21), págs. 13, 14; CATALINA BOTERO M./ESTEBAN RESTREPO S., "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en RETTBERG (ed.) (nota 3) pág. 20; DURÁN (nota 19), pág. 34; OLSON (nota 30), pág. 294; ORENTLICHER (nota 21), pág. 18.

⁴⁷ Véase también KEMP (nota 21), pág. 69: "análisis puramente jurídico ... no realista"; igualmente en cuanto a la lucha contra la impunidad MEINTJES (nota 14), pág. 459; sobre la importancia del contexto político también FILIPPINI/MAGARRELL (nota 7), págs. 149 y ss.; CHANDRA LEKHA SRIRAM/AMY ROSS, "Geographies of Crime and Justice: Contemporary Transitional Justice and the Creation of Zones of Impunity" (2007) 1 IJTJ págs. 45-65 identificando "zonas de impunidad" especialmente en países africanos.

⁴⁸ Desde una perspectiva moral o ética es posible separar lo moral de lo jurídico, esto es, la renuncia a una persecución penal

trapuestos de paz y justicia tomando en consideración todos los intereses en juego⁴⁹ (sobre este ejercicio de ponderación véase con mayor detalle abajo, párrs. 19 y ss.).

5. La técnica más importante para eximir de persecución penal a los autores es la concesión de una *amnistía* en la forma de una amnistía política o post-conflictual; otros tipos de amnistías, quizás menos polémicos,

del perdón moral: "Es por esta razón por la que el perdón y la amnistía no van necesariamente de la mano. Un crimen puede ser amnistiado por ley sin ser moralmente perdonado. En el excelente film de André Van In *The Truth Commission*, la viuda de Bheki testifica [...] lo que ella vio (partes del cuerpo de Bheki esparcidos por todo el garage). "¿Cómo podría alguna vez perdonar a aquel cruel asesino?", ella pregunta (palabras más, palabras menos). Y YASMIN SOOKA, quien conducía el procedimiento, responde con mucha delicadeza con algo así: "Es verdad que esta gente está pidiendo amnistía, pero Usted no está obligada a perdonarlos". Usted no está obligada a perdonarlos, pero nosotros vamos a conceder la amnistía. La separación de lo ético de lo jurídico-político era esencial al mecanismo" (citado según CASSIN (nota 14), pág. 239; véase también OSIEL (nota 16), refiriéndose a Jaspers).

⁴⁹ Cfr. CROCKER (nota 28), págs. 546, 549; MÉNDEZ (nota 28), pág. 28 rechazando los "extremos de ambas posturas"; COLLEEN DUGGAN "Prólogo", en RETTBERG (ed.) (nota 3), pág. viii que sostiene que hoy "la decisión es entre cuánta justicia y cuánta paz"; UPRIMNY/SAFFON (nota 3), pág. 216 ("resolver la tensión entre los imperativos jurídicos internacionales de castigo ... y las exigencias prácticas de amnistía ..."), pág. 217 ("encontrar un punto medio entre ... justicia retributiva plena ... y de impunidad absoluta ...") y 229.

tal como las amnistías a favor de criminales comunes, las amnistías en ocasión de determinadas festividades⁵⁰ o las llamadas amnistías correctivas usadas para revertir una injusticia⁵¹ no son relevantes en nuestro contexto⁵². Curiosamente, IMMANUEL KANT, el gran defensor de la retribución, escribió en su *Metafísica de las costumbres* que “el verdadero concepto de paz supone la idea de la amnistía”⁵³. Así, no sorprende que en los modernos procesos de paz abunden ejemplos de propuestas de amnistía, las cuales entran en conflicto con las exigencias de justicia. Tómese por ejemplo el caso de El Salvador donde el tratado de paz del 16 de enero de 1992 expre-

24

⁵⁰ Véase ICTJ-guidelines, pág. 4.

⁵¹ Cf. RONALD C. SLYE, “The legitimacy of amnesties under international law and general principles of Anglo-American law: is a legitimate amnesty possible?” (2002) 43 Virginia Journal of International Law 243-4 (2002); sobre esta distinción véase la nota 88.

⁵² Para un análisis empírico de las motivaciones estatales para la concesión de amnistías, véase MALLINDER (nota 28), par. 6 y ss., incluida la figura 1 en donde concluye que la razón más común es la presión interna, seguida por la búsqueda de paz y reconciliación, las tradiciones culturales o jurídicas, la presión internacional, el favorecimiento del mismo régimen, las reparaciones y el favorecimiento de los exiliados. MALLINDER muestra además de qué manera son introducidas las amnistías (pars. 19 y ss. incluida la figura 2: en la mayoría de los casos por medio de decretos del poder ejecutivo o leyes del Parlamento) y quienes se benefician con ellas (pars. 26 y ss. incluida la figura 3: la mayoría de las veces, los opositores políticos). Las demás conclusiones serán referidas en lo siguiente en el texto.

⁵³ KANT, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, § 58, 1797.

só el compromiso de las partes en poner fin a la impunidad, afirmando explícitamente que los crímenes graves “deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia”⁵⁴; sin embargo, pocos días después, la asamblea legislativa aprobó una “Ley de Reconciliación Nacional” que preveía una amnistía retrasada y en marzo de 1993 —después de la publicación del informe de la CVR— fue promulgada una amnistía general para quienes hayan participado en la comisión de “delitos políticos, comunes conexos con estos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte antes del primero de enero de mil novecientos noventa y dos”⁵⁵.

25

6. A pesar de la enorme importancia práctica de las exenciones de persecución penal dentro del marco de la justicia de transición, la práctica y el debate corrientes padecen de la *falta de reglas y criterios claros* que ayuden a reconciliar la paz y la justicia en situaciones de transición. La ausencia de tales reglas deja completamente a la libre discreción de los negociadores el hecho de si

⁵⁴ Citado en SCHLUNCK (nota 30), pág. 116; DOUGLAS CASSEL, “Lessons from the Americas: guidelines for international response to amnesties for atrocities” (1996), 59 Law and Contemporary Problems 196, pág. 224; MARGARET POPKIN, “The Salvadorean Truth Commission and the Search for Justice” (2004) 15 CLF 105, págs. 108-109.

⁵⁵ Citado según CASSEL (nota 54), pág. 225; véase también POPKIN (nota 54), págs. 109, 115; SCHLUNCK (nota 30), pág. 116. Para un detallado análisis del proceso en El Salvador véase THOMAS BUERGENTHAL, “The UN Truth Commission for El Salvador”, en KRITZ (nota 1), 292, págs. 295 y ss.; SCHLUNCK (nota 30), págs. 87 y ss.; CASSEL, *op. cit.*, págs. 224 y ss.

aceptan o no exenciones a la persecución penal⁵⁶. Los argumentos políticos prevalecen sobre las consideraciones jurídicas y la mayoría de las veces el resultado depende de la relación de poder entre las partes negociadoras. Por tanto, es necesario desarrollar “una base común de normas y estándares internacionales”⁵⁷ para “judicializar” las políticas de la justicia de transición⁵⁸. Este estudio intenta hacer una modesta contribución a este respecto, mediante el análisis y la identificación en el primer capítulo, del fundamento jurídico concreto y los contenidos del interés de justicia en la justicia de transición; como resultado de este análisis será posible distinguir entre amnistías admisibles e inadmisibles y otras medidas de exención. La creciente importancia de la CPI hace necesario examinar, en el segundo capítulo, su derecho con respecto a los procesos de paz.

⁵⁶ Para los clásicos argumentos políticos véase MICHAEL SCHARF, “The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court” (1999), 32 Cornell Int’l L.J. 507, págs. 508 y ss.; para un enfoque orientado a la política también CASSEL (nota 54), pág. 228 refiriéndose a la Escuela de New Haven (“... criterios jurídicos no sirven como límites mecánicos, sino como objetivos de orden público explícitamente postulados ...”).

⁵⁷ Report Secretary General transitional justice, par. 1; que aboga también CASSEL (nota 54), págs. 204 y ss. quien, sin embargo, las mitiga considerablemente por su enfoque político (nota 56).

⁵⁸ La idea de una “judicialización de la política de la justicia transicional” proviene de IVÁN OROZCO, “Reflexiones impertinentes: sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia” en RETTBERG (nota 3), pág. 187, quien reconoce tal “judicialización” debido al creciente tratamiento judicial de situaciones de justicia de transición.

CAPÍTULO I

EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL INTERÉS DE JUSTICIA

Lineamientos sobre exenciones
de responsabilidad penal, en particular amnistías

7. Un concepto amplio de justicia, como el definido en el párrafo 2, cuenta con una completa gama de medidas para cumplir con un estándar mínimo de justicia y no está limitado a medidas de justicia penal tal como investigación, persecución y finalmente castigo⁵⁹. Sin embargo, la persecución penal de crímenes internacionales siempre ha estado y aún está en la vanguardia de la lucha global contra la impunidad. Es suficiente hacer referencia al instrumento probablemente más importante de esta lucha, el Estatuto de Roma de la CPI, que en su preámbulo (párr. 4) afirma que la persecución de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional” “no deben quedar sin castigo” y que la “persecución efectiva” de estos crímenes “debe ser garantizada”. De este modo, el primer elemento del

⁵⁹ Véase también KEMP (nota 21), pág. 69.

interés de justicia que ha de ser definido es un posible deber jurídico de perseguir crímenes internacionales (párrs. 8 y 9); tal deber, obviamente, puede limitar enormemente la discreción de los negociadores con respecto a exenciones de persecución penal. Luego habremos de examinar e identificar los derechos de las víctimas derivados del interés de justicia (párrs. 10 y ss.). Finalmente, podrá sugerirse el tratamiento apropiado de las amnistías (párrs. 23 y ss.).

1. EL DEBER DE PERSEGUIR LOS CRÍMENES INTERNACIONALES NUCLEARES

28

8. Antes de la adopción y entrada en vigor del Estatuto de la CPI era controvertido si y en particular en qué medida existía en derecho internacional un deber de perseguir crímenes internacionales⁶⁰. Aunque tal deber era

⁶⁰ Véase para una detallada discusión antes del Estatuto de la CPI: KAI AMBOS, "Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen" (1999) 37 AVR, págs. 318 y ss. e íd., *Impunidad y derecho penal internacional* (Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung y Editorial Diké, Medellín, 1997; 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999), págs. 66 y ss. con referencias a la doctrina hasta esa fecha. La literatura posterior reconoce de manera abrumadora un deber de perseguir: JOHN DUGARD, "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions", en A. CASSESE/P. GAETA/J. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume I* (Oxford, OUP, 2002), 693, págs. 696-697; BOTERO/RESTREPO (nota 46), págs. 26 y ss.; HRW, 2005, págs. 9 y ss.; identificando una "tendencia" hacia tal deber KARLIJN VAN DER VOORT/ MARTEN ZWANENBURG, "From «raison d'État» to «état de droit international» – Amnesties and the French

deducido convincentemente de obligaciones de tratados, por ejemplo, de las convenciones sobre el Genocidio⁶¹, de Ginebra⁶² o sobre la Tortura⁶³, respecto a los

implementation of the Rome Statute" (2001) 1 ICLR 315, págs. 316, 324; para un deber parcial dependiendo del crimen HELMUT GROPPENGIEßER/JORG MEIßNER, "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court" (2005) 5 ICLR 267, págs. 272 y ss.; Office of the UN High Commissioner for Human Rights Report, pág. 21; críticamente sobre un derecho al castigo aplicable TEITEL (nota 13), pág. 55.

⁶¹ Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, adoptada por la Resolución 260 (III) A de la AG de la ONU, 9.12.1948, <www.preventgenocide.org/> (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

⁶² Primer Convenio de Ginebra "para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña" (adoptado primeramente en 1864, última revisión en 1949). Segundo Convenio de Ginebra "para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar" (adoptado primeramente en 1949, sucesor de la Convención de La Haya X de 1907). Tercer Convenio de Ginebra "relativo al trato debido a los prisioneros de guerra" (adoptado primeramente en 1929, última revisión en 1949). Cuarto Convenio de Ginebra "relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra" (adoptado primeramente en 1949, basado parcialmente en la Convención de La Haya IV de 1907). Véanse también los tres protocolos adicionales. Protocolo I (1977): Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12.8.1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Protocolo II (1977): Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12.8.1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Protocolo III (2005): Protocolo Adicional a los

29

crímenes de genocidio, graves infracciones y tortura⁶⁴ respectivamente, él se limitaba a los Estados partes de

Convenios de Ginebra del 12.8.1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional; véase <www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/genevaconventions?opendocument> (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

⁶³ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, adoptada por resolución 39/46 de la AG de la ONU, 10.12.1984, <www.ohchr.org/english/law/cat.htm> (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

⁶⁴ Cfr. SCHARF (nota 54), 526; JOHN DUGARD, "Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?" (1999) 12 LJIL 1003, pág. 1004; SCHLUNCK (nota 30), págs. 30 y ss. (32), 33 y ss. (35); JESSICA GAVRON, "Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court" (2002), 51 ICLQ 92; SCHARF/RODLEY (nota 21), págs. 92-93; ROBINSON (nota 31), págs. 490-491; VAN DER VOORT/ZWANENBURG (nota 60), págs. 317-318; GROPPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), págs. 273, 274; CARSTEN STAHN, "Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court", 2005, 3 JICJ 703; THOMAS HETHE CLARK, "The Prosecutor of the International Criminal Court, amnesties, and the 'Interests of Justice': Striking a delicate balance", 2005, 4 Washington University Global Studies Law Review 389, pág. 399; Office of the UN High Commissioner for Human Rights Report, pág. 21; HRW, 2005, pág. 10; KREICKER (nota 21), págs. 9 y ss.; *Principles combating impunity*, principio 1 A. En cuanto a las infracciones graves ELIZABETH SALMÓN, "Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience" (2006) 88 ICRC Int. Rev. 327, págs. 328, 337; por un deber general de ejercer jurisdicción respecto a todos los crímenes de guerra OLSON (nota 30), págs. 279-280.

esos tratados. Más allá de ello, es controvertido en qué medida tal deber puede derivarse del derecho consuetudinario internacional (art. 38 (b) Estatuto de la CIJ) o de los principios generales del derecho (art. 38 (c) Estatuto de la CIJ). En cuanto al primero, es difícil aducir una práctica de los Estados a este efecto⁶⁵, y el recurso a los últimos es pasible de crítica, dado que aparentemente quiere superar la falta de una práctica de los Estados o incluso una práctica contraria simplemente ignorándola⁶⁶. Por otra parte, el deber de respeto y garantía y el derecho a un recurso efectivo de los tratados generales de derechos humanos (por ejemplo, art. 2 (1) y (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no necesariamente —en contra de la opinión dominante en la doctrina⁶⁷ y en la jurisprudencia de la CIDH⁶⁸— supo-

⁶⁵ Véase, por ejemplo, SCHLUNCK (nota 30), pág. 49 concluyendo que dicha práctica estatal solo puede ser identificada con respecto al genocidio. Para una crítica anterior, véase AMBOS (nota 60), págs. 328 y ss.

⁶⁶ AMBOS (nota 60), págs. 332 y ss.

⁶⁷ Véase AMBOS (nota 60), págs. 319 y ss., con otras referencias. Más recientemente sobre el art. 2 (3) PIDCP véase CHERIF BASSIOUNI, "Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights", en BASSIOUNI (ed.) (nota 9), págs. 43 y ss.; *Principles combating impunity*, principio 1 B; VAN DER VOORT/ZWANENBURG (nota 60), pág. 322; OLSON (nota 30), págs. 282-283.

⁶⁸ Desde *Velásquez-Rodríguez* [29 de julio de 1988] sentencia, par. 162 y ss., 166, 174), a *Almonacid Arellano et al. vs. Chile* [26 de septiembre de 2006] sentencia, Serie C núm. 154, par. 110: "La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determina-

nen un deber de persecución *penal* desde que los derechos pueden también ser “garantizados” a través de otros mecanismos y tales mecanismos pueden constituir “recursos” en el significado de estas disposiciones⁶⁹.

32

dos crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. [...] Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación [...]. En el mismo sentido, más recientemente el HRC, General Comment 31, identificando “obligaciones positivas” en el art. 2 (1) PIDCP y exigiendo “medidas adecuadas o [...] la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado” por violaciones al PIDCP cometidas por órganos estatales, así como por “particulares o entidades privadas” (par. 8); en cuanto al art. 2 (3) PIDCP, el HRC exige “recursos [...] eficaces”, “mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos” para dar efecto a la “obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez” (par. 15); además, los “Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia”, especialmente en caso de graves violaciones como tortura, asesinato arbitrario y desaparición forzada (par. 18). Para una posición anterior y casi idéntica del HRC con respecto a Uruguay véase CASSEL (nota 54), 214. Véase también *Basic Principles Victims*, sección II y la nota 103.

⁶⁹ En cuanto al argumento de que un remedio efectivo no necesita necesariamente ser una persecución penal véase SCHLUNCK (nota 30), págs. 44-45; GAVRON (nota 64), pág. 99 incluida la nota 42 (2002) refiriéndose a decisiones del Comité de Derechos Humanos (HRC) del PIDCP. También el *Basic Principles Victims*, sección VII, par. 11 incluye en el derecho a un remedio los derechos a “acceso a la justicia”, “reparación” y “acceso a información fáctica sobre las violaciones”.

Además, es discutible si la obligación general de proteger de manera efectiva a los derechos humanos abarca la persecución activa de los autores, dado que los tratados de derechos humanos también procuran proteger a tales autores por medio de las disposiciones sobre el debido proceso (*fair trial*) y otros derechos sustanciales⁷⁰. Sea como sea, el Estatuto de la CPI avanzó considerablemente el debate porque a partir de su entrada en vigor puede decirse con seguridad —sobre la base de los párrafos 4 a 6 del preámbulo⁷¹— que un Estado parte de este tratado está, al menos, obligado a perseguir los crímenes previstos en el Estatuto⁷². Los Estados no parte pueden estar vinculados o por una obligación convencional específica o bien por el efecto combinado de los instrumentos previos al Estatuto de la CPI y este Estatuto. En efecto, el Estatuto ha reforzado el deber de

33

⁷⁰ Sobre esta contradicción véase también WERLE (nota 16), núm. 187.

⁷¹ Sobre el párrafo 4 del preámbulo véase *supra* el párr. 7. Los párrafos 5 y 6 rezan:

“Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

”Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, [...]”.

⁷² Véase también SCHLUNCK (nota 30), pág. 30; en el mismo sentido MOHAMED EL ZEIDY, “The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law” (2002) 32 Michigan Journal of International Law 869, págs. 947-948, quien considera a estos crímenes incluso como normas de *ius cogens*. Por un deber general (emergente) de perseguir los crímenes de competencia de la CPI ROBINSON (nota 31), págs. 491-493.

derecho consuetudinario en cuanto expresa —como una clase de “práctica verbal”⁷³— la aceptación general de tal deber respecto a los crímenes de competencia de la CPI (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra)⁷⁴. Este deber será ulteriormente reforzado y consolidado a medida que aumente el número de Estados parte.

9. Si un Estado tiene el deber de perseguir ciertos crímenes, es de pura lógica concluir que no puede eximirlos de castigo, por ejemplo, concediendo una amnistía⁷⁵. El mismo resultado se obtiene de un argumento

⁷³ Véase también KREICKER (nota 21), págs. 12-13, 305.

⁷⁴ Véase también BASSIOUNI (nota 67), pág. 26 y KRITZ (nota 9), pág. 56, que extiende este deber a la tortura; para un deber de perseguir “crímenes de derecho internacional” *Basic Principles Victims*, sección III, par. 4 y *Principles combating impunity*, principio 1; a favor, aunque impreciso, también MÉNDEZ (nota 28), págs. 26-27, 39; para una “presunción mucho más clara y fuerte a favor de la responsabilidad y en contra de la impunidad” a la luz de los desarrollos de los últimos 10 años SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 2; para un deber consuetudinario de perseguir crímenes cometidos en conflictos no internacionales también ELIZABETH G. SALMÓN, “Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience”, 2006, 88 ICRC Int. Rev. 327, pág. 337. Con respecto al crimen de agresión (art. 5 (1) (d) Estatuto de la CPI) este deber puede surgir con su definición final y efectiva incorporación en el Estatuto.

⁷⁵ Cfr. para la discusión KAI AMBOS, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen* (Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg i. Br. 1997), págs. 209 y ss.; id., *Impunidad* (nota 60), págs. 126 y ss.; a favor de tal inferencia argumentan varios autores, por ejemplo, CASSEL (nota 54), pág. 210;

basado en el Estado de derecho (*rule of law*): si el derecho prevé un deber de perseguir, entonces el Estado de derecho supone una prohibición de amnistía⁷⁶ y como tal constituye un límite a la política⁷⁷; de otra forma, el mismo orden jurídico y social que debe ser protegido por el Estado de derecho se debilitaría y, en su lugar, se crearía o promovería una cultura de impunidad⁷⁸. De hecho, el argumento del Estado de derecho supone una serie de otros argumentos a favor de la persecución que son habitualmente conocidos en el debate sobre los fines

KRITZ (nota 9), pág. 56; BOTERO/RESTREPO (nota 46), págs. 27 y ss. (con especial referencia a Colombia); KREICKER (nota 21), págs. 305-306; indirectamente *Principles combating impunity*, principio 2; con respecto a las graves infracciones PFANNER (nota 28), pág. 371, Véase también HRW, 2005, pág. 11; ROBER CRYER/HAKAN FRIMAN/DARRYJ. ROBINSON/ELISABETH WILMSHURST, *International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pág. 32.

⁷⁶ En general sobre el argumento del Estado de derecho en este contexto SCHLUNCK (nota 30), págs. 24 y ss., 62; véase también la declaración de ROBERT BADINTER, ponente de la Comisión de Derecho Constitucional del Senado francés, que enfatiza que una amnistía respecto a crímenes nucleares internacionales simplemente no podría ser concebida en un Estado que respete el Estado de derecho (citado en VAN DER VOORT/ZWANENBURG [nota 60] pág. 337).

⁷⁷ TEITEL (nota 13), págs. 21-22, 59; véase también OLSON (nota 30), págs. 278-279.

⁷⁸ Véase MEINTJES (nota 14), pág. 462; CROCKER (nota 28), pág. 538 y SLYE (nota 51), págs. 197-198, que hace referencia a ARYEH NEIER (2002); véase también OJASOLO (nota 31), págs. 144-145.

de la pena.⁷⁹ la no persecución minaría la efectividad de disuasión del derecho penal⁸⁰, la persecución reintegra a las víctimas el estatus de conciudadanos⁸¹, envía el

⁷⁹ Cfr. KAI AMBOS/CHRISTIAN STEINER, "Vom Sinn des Straßens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene" (2001), *JuS*, págs. 12-13. Véase también CROCKER (nota 28), pág. 512; CLARK (nota 64), págs. 402-403; críticamente DANILO ZOLO, "Peace through Criminal Law?" (2004), 2 *JICJ* 727, que se lamenta (pág. 728) de la "pobreza de la reflexión teórica sobre los aspectos fundamentales del significado y cualidad del castigo ...".

⁸⁰ CROCKER (nota 28), págs. 536-537; ROBINSON (nota 31), pág. 489; UPRIMNY/SAFFON (nota 3), págs. 225-226; OLSON (nota 30), pág. 291; críticamente sobre este argumento MALAMUD-GOTI (nota 13), pág. 196; MÉNDEZ (nota 28), págs. 30-31; también ZOLO (nota 79), pág. 732: "poco o ningún poder de disuasión"; HAZAN (nota 25), pág. 35 sostiene que las "partes beligerantes toman en consideración el riesgo de persecución" pero que el "efecto disuasivo, sin rápidas acusaciones y arrestos, pronto disminuye"; WILLIAM W. BURKE-WHITE, "Complementarity in practice: The International Criminal Court as part of a system of multi-level global governance in the Democratic Republic of Congo" (2005), 18 *LJIL* 559, 587-7, afirma que la investigación de la CPI tiene algún efecto disuasivo sobre los líderes rebeldes en la República Democrática del Congo; de manera similar SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 19 y ICTJ, "Pursuing Justice in ongoing conflict: A Discussion of current Practice" (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), pág. 6, que explican que la CPI, al igual que el derecho penal nacional, tienen un efecto disuasivo por la probabilidad de que existan "consecuencias". De acuerdo con CRYER *et al.* (nota 75), pág. 30, la "disuasión difícilmente será posible si los autores potenciales opinan que pueden obtener exenciones de la persecución".

⁸¹ De manera similar MALAMUD-GOTI (nota 13), págs. 199 y ss.; MÉNDEZ (nota 28), pág. 31; SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 3; sobre un posible efecto terapéutico HAZAN (nota 25), págs. 39-40.

mensaje correcto a los autores y también a la sociedad en general (prevención general y especial negativas) y reafirma los valores de una sociedad dada (prevención general positiva)⁸². La reafirmación de valores tales como el derecho a la vida, la integridad corporal y la libertad tiene un efecto estabilizador para el nuevo sistema democrático⁸³ y muestra la dimensión moral de la cuestión⁸⁴. A pesar de todos estos convincentes argumentos a favor de la persecución, el deber de perseguir es considerado en general una regla o principio⁸⁵ y como tal permite excepciones —estrictamente definidas—. Desde un punto de vista político, la necesidad práctica de un instrumento de negociación —aunque como último recurso⁸⁶— en procesos de paz o reconciliación inter-

⁸² Véase también SCHARF/RODLEY (nota 21), págs. 90-91; TEITEL (nota 13), págs. 28, 67; MÉNDEZ (nota 28), págs. 31-32; KEMP (nota 21), pág. 71; GROPPENGIEßER/MEIBNER (nota 60), pág. 279; UPRIMNY/SAFFON (nota 3), págs. 225-226; ORENTLICHER (nota 21), pág. 15; críticamente ZOLO (nota 79), pág. 734: la "concepción retributiva del castigo criminal difícilmente puede reconciliarse con algún proyecto de construcción de la paz social".

⁸³ TEITEL (nota 13), pág. 67; BORAINÉ (nota 23), págs. 280-281; SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 3; UPRIMNY/SAFFON (nota 3), pág. 226.

⁸⁴ ROBINSON (nota 31), págs. 489-490.

⁸⁵ Véase también GROPPENGIEßER/MEIBNER (nota 60), pág. 276: "en principio"; STAHN (nota 64), págs. 701, 703; "generalmente incompatible" (701).

⁸⁶ SCHARF (nota 54), pág. 512; véase también KEMP (nota 21), pág. 71; CLARK (nota 64), págs. 404, 409; similarmente ARSANJANI (nota 21), pág. 67, considerando a la amnistía como un "contrato" que es "válido solo en la medida en que las partes [...] cumplan con sus términos".

nos exige un enfoque más flexible⁸⁷. Con respecto a las amnistías, es necesario un enfoque de dos frentes o bifurcado para distinguir entre amnistías absolutas, por un lado, y amnistías condicionales, limitadas, por el otro (ver abajo, párr. 23 y ss.)⁸⁸.

⁸⁷ Véase, por ejemplo, Sierra Leone TRC Report (nota 25), cap. 6, pág. 365, par. 11 ("amnistías no deberían estar excluidas enteramente"), págs. 367-368, par. 20 ("el canje de paz por amnistía representa la menos mala de las alternativas disponibles"). De la misma posición es el CICR, véase PFANNER (nota 28), pág. 372 ("ponderación de los intereses en disputa"). Véase también KEMP (nota 21), pág. 67 ("la suposición automática de que la búsqueda de la verdad y/o la persecución penal son necesarias ... ha de ser evitada"), 71 (2004).

⁸⁸ Para la misma distinción DUGARD (nota 64), 1005, pág. 1009; íd., en CASSESE/GAETA/JONES (nota 60), págs. 699-700; GOLDSTONE/FRITZ (nota 21), págs. 663-664; DAMIEN VANDERMEERSCH, "Droit belge", en ANTONIO CASSESE/MIREILLE DELMAS-MARTY (eds.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pág. 108; Office of the UN High Commissioner for Human Rights Report, pág. 23; VAN DER VOORT/ZWANENBURG (nota 60), 325; ANTONIO CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, OUP, 316 (respecto de la jurisdicción de un tercer Estado); MÉNDEZ (nota 28), págs. 39-40; GWEN K. YOUNG, "Amnesty and accountability" (2002) 35 U.C. Davis L. Rev. 427, págs. 456-457; ROBINSON (nota 31), pág. 484; SEIBERT-FOHR (nota 21), págs. 588, 590; SALMÓN (nota 64), págs. 331 y ss.; SLYE (nota 51), págs. 240 y ss. que distingue, ulteriormente, entre amnistías amnésicas, de compromiso, correctivas y responsables. Véase también GARCÍA RAMÍREZ, voto separado (nota 229), par. 10 (distingue entre "autoamnistías" que son "expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos", y amnistías "que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de

2. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

10. Justicia en justicia de transición es sobre todo y predominantemente justicia para las víctimas. Sin embargo, las víctimas no solo tienen intereses, como parte de una amplia noción de justicia (párr. 2), sino también derechos, a saber, un derecho a la justicia⁸⁹ y otros derechos inferidos directamente de la noción de justicia como concepto jurídico. Estos derechos han sido elaborados en gran detalle por la jurisprudencia de los derechos humanos, especialmente por la CIDH. Ellos están también reconocidos explícitamente en el Estatuto de la CPI (cfr. arts. 68 (3), 75)⁹⁰. Aunque estos derechos

los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquellos aprueba o reconoce como adecuados").

⁸⁹ Véase SLYE (nota 51), págs. 192-193.

⁹⁰ De acuerdo con CARSTEN STAHN/HÉCTOR OLÁSULO/KATE GIBSON, "Participation of Victims in the Pre-Trial Proceedings of the ICC" (2006) 4 JICJ 219, las víctimas tienen amplios derechos de participación en el Estatuto de la CPI conforme a los arts. 15 (3), 19 (3), 53 (3), 61 y 68 (3) del Estatuto de la CPI y las reglas 89-93 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Véase también KARIN N. CALVO-GOLLER, *The Trial Proceedings of the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2006), págs. 244 y ss. y STEFANIE BOCK, "Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof" (2007), 119 ZStW, págs. 670 y ss. Sobre los derechos de las víctimas a reparación en el Estatuto de la CPI véase más recientemente ANNE-MARIE DE BROUWER, "Reparation to Victims of Sexual Violence: Possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and Their Fami-

no se limitan a la justicia penal *stricto sensu*, la información empírica disponible indica que las víctimas tienen un fuerte interés en la persecución y castigo de los autores⁹¹ y en su propia participación (*partie civile*) en la persecución penal y los juicios⁹². Esto no descarta la posibilidad de que operen mecanismos alternativos a la justicia (párr. 12 y ss.), pero ellos solo pueden *complementar y no sustituir* a la justicia penal⁹³.

11. En síntesis, las víctimas tienen derecho⁹⁴ a:

lies" (2007) 20 LJIL 207. ICTJ (nota 80), págs. 70 y ss., que pregunta sobre quién habla en nombre de las víctimas y comprueba que las opiniones de las víctimas sobre sus derechos son diversas.

⁹¹ Véase KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), y OHCHR (nota 33), ambos citados en la nota 33.

⁹² Cfr. KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), págs. 102 y ss. incluidos los cuadros 23 y 24, concluyen que las víctimas tienen un "rol dual" como testigo que contribuye a la verificación de los hechos y como "narrador" que contribuye a la verdad histórica (págs. 104, 157).

⁹³ Cfr. CIDH, *Masacre de la Rochela vs. Colombia* [11 de mayo de 2007] sentencia, Serie C núm. 163, párs. 187 y ss. Esto también es confirmado por el estudio de KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), ver por ejemplo pág. 139 ("nociones reparadoras y punitivas son complementarias") y *passim*. Así, el punto de vista de CLARK (nota 64), pág. 405, de que los mecanismos alternativos pueden ser preferibles dado que son más abarcadores no está apoyada por evidencia empírica.

⁹⁴ Véase también GUSTAVO GALLÓN y otros [18 de mayo de 2006] sentencia C-370 de 2006, exp. D-6032 (Corte Constitucional colombiana) párs. 48-49; JUAN E. MÉNDEZ, "The right to truth", en CH. JOYNER (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Érès, Toulouse 1998), 255, pág. 263.

• *Verdad*, por ejemplo, al "esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes"⁹⁵; este es, a la vez, un "derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a informa-

⁹⁵ *Bámaca-Velásquez vs. Guatemala* [25 de noviembre de 2000] sentencia, Serie C núm. 70 (CIDH) par. 201; *Barrios Altos vs. Perú* [14 de marzo de 2001] sentencia, Serie C núm. 75 (CIDH) par. 48; *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* [22 de noviembre de 2004] sentencia, Serie C núm. 117 (CIDH) par. 128; *Comunidad Moiwana vs. Suriname* [15 de junio de 2005] sentencia, Serie C núm. 124 (CIDH) párs. 203 y ss.; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* [15 de septiembre de 2005] sentencia, Serie C núm. 134 (CIDH), par. 297; *Gómez-Palomino vs. Perú* [22 de noviembre de 2005] sentencia, Serie C núm. 136 (CIDH) párs. 76 y ss.; *Blanco-Romero et al. vs. Venezuela* [28 de noviembre de 2005] sentencia, Serie C núm. 138 (CIDH) par. 95 y ss.; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* [31 de enero de 2006] sentencia, Serie C núm. 140 (CIDH) par. 219, 266; *Baldón-García vs. Perú* [6 de abril de 2006] sentencia, Serie C núm. 147 (CIDH) par. 196; *Masacre de Ituango vs. Colombia* [1° de julio de 2006] sentencia, Serie C (CIDH) par. 399; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* [4 de julio de 2006] sentencia, Serie C núm. 149 (CIDH) par. 245; *Servellón-García et al. vs. Honduras* [21 de septiembre de 2006] sentencia, Serie C núm. 152 (CIDH) par. 193; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 68), párs. 148 y ss.; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* [25 de noviembre de 2006] sentencia, Serie C núm. 160 (CIDH) par. 440. Véase también *Hugh Jordan vs. UK* [4 de mayo de 2001] sentencia, 24746 de 1994 [2001] ECHR 327 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) par. 93 ("el propósito general de una investigación es descubrir la verdad acerca de hechos que conducen a la sospechosa muerte de una víctima"). Véase también *Gustavo Gallón y otros* (nota 94), par. 4.9.11.4. ("la posibilidad de conocer lo que sucedió y de buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real"). Para la doctrina véase SLYE (nota 51), págs. 193-194.

ción esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y ... un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía⁹⁶. El derecho a la verdad puede ser reconducido a los artículos 32 y 33 del PA I de 1977 a los CG I-IV de 1949⁹⁷; posteriormente, él ha sido reconocido, en particular con respecto al destino de los desaparecidos⁹⁸, por la jurisprudencia (nacional e internacional), por instrumentos de derechos humanos y por la práctica de los

⁹⁶ *Caso Ignacio Ellacuría et al.* [22 de diciembre de 1999] Informe 136 de 1999 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) par. 224. Véase también la sentencia de la Corte Constitucional peruana en *Villegas Namuche* [9 de diciembre de 2004], exp. 2488-2002-HC/TC, par. 9: "Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual ..."; JASON ABRAMS/MADLINE MORRIS, "Assessing the efforts to develop international principles or guidelines on accountability. Report of the Rapporteurs", en CH. JOYNER (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (érès, Toulouse 1998) 347 ("también un derecho colectivo").

⁹⁷ Los arts. 32 y 33 pertenecen a la sección referida a las "[p]ersonas desaparecidas y fallecidas". El art. 32 prevé "el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros". El art. 33 obliga a los Estados partes a buscar "las personas cuya desaparición haya señalado una parte adversa" (apdo. 1).

⁹⁸ Sobre los mecanismos nacionales e internacionales para esclarecer el destino de los desaparecidos MONIQUE CREITOL/ANNE-MARIE LA ROSA, "The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity" (2006) 88 ICRC Int. Rev. págs. 355 y ss.; sobre la cooperación de la CICR con una CVR PRANNER (nota 28), págs. 368 y ss.

Estados⁹⁹, la última, evidenciada en particular por el establecimiento de Comisiones de Verdad y Reconciliación.

⁹⁹ El reconocimiento más explícito puede encontrarse en el informe Joinet donde "el inalienable derecho a la verdad" es definido, como parte de un derecho más amplio a conocer (que contiene como "principios generales" adicionales el deber de recordar, el derecho de las víctimas a conocer y las garantías para la implementación), como sigue: "Cada pueblo tiene el derecho inalienable de conocer la verdad sobre los acontecimientos pasados, así como sobre las circunstancias y las razones que llevaron, por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar en el futuro que tales actos se reproduzcan (anexo 1, principio 1). Véase también la res. 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos (20 de abril de 2005). Para un análisis detallado del derecho y la práctica internacional (aplicables) véase YASMIN NAQVI, "The right to the truth in international law: fact or fiction?" (2006) 88 ICRC Int. Rev. 245, págs. 254 y ss.; también BOTERO/RESTREPO (nota 46), págs. 40 y ss. Sobre la práctica de los Estados no completamente consistente véase NAQVI (*supra*), págs. 261-262, 265-266. Por un "emergente" derecho a la verdad que es parte de un "más amplio derecho a la justicia" MÉNDEZ (nota 94), págs. 257 y ss. (260, 263); similarmente PRISCILLA B. HAYNER, "Recording the facts and the truth. Report of the Rapporteur", en CH. JOYNER (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (érès, Toulouse 1998) 215; para ABRAMS/MORRIS (nota 96), pág. 347 el derecho a conocer "deriva de la noción de que los Estados tienen un deber de reconocer y recordar los abusos a los derechos humanos". Muchos autores, sin embargo, dan por descontado el derecho a la verdad, ver por ejemplo ELIZABETH ODIÓ BENITO, "Justice for peace: no to impunity", en CH. JOYNER (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious*

Con base en este trasfondo puede concluirse con seguridad que el derecho a la verdad es una norma consuetudinaria emergente y un principio general del derecho¹⁰⁰.

• *Justicia*¹⁰¹, a saber, alguna forma de protección judicial o mediante el acceso al sistema jurídico del Estado infractor¹⁰² (el cual —de acuerdo con la jurisprudencia de derechos humanos¹⁰³— tiene un deber de investigar,

violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998 (érès, Toulouse 1998) 149, pág. 151.

¹⁰⁰ Véase NAQVI (nota 99), págs. 267-268 cuya conclusión, sin embargo, de que él se ubica “en algún lugar por encima de un buen argumento y en algún lugar por debajo de una clara regla jurídica” (pág. 273) aparece demasiado cautelosa y contradice su precedente análisis jurídico (págs. 254 y ss.).

¹⁰¹ La Corte Constitucional colombiana en *Gustavo Gallón y otros* (nota 94), par. 4.9.11.4., define el derecho a la justicia “como aquel que en cada caso concreto proscribe la impunidad”.

¹⁰² Véase *Basic Principles Victims*, sección VIII, par. 12 “todos los procesos públicos, judiciales, administrativos u otros, disponibles en el derecho doméstico existente, así como en el derecho internacional” (similarmente *Principles combating impunity*, principio 8); véase también *Hugh Jordan vs. UK* (nota 95), par. 16 (la familia de las víctimas “será informada de, y tendrá acceso a, toda audiencia así como toda información relevante para la investigación y tendrá el derecho a presentar otra prueba ...”), par. 23 (“Las personas afectadas por el uso de la fuerza y de armas de fuego... tendrán acceso a un proceso independiente, inclusive un proceso judicial”); para la doctrina véase SLYE (nota 51), págs. 195-196, 197; YOUNG (nota 88), págs. 477, 479; también ARSANJANI (nota 21), pág. 66; ROBINSON (nota 31), pág. 498.

¹⁰³ Véase ya la nota 68 y CIDH: *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (nota 95), par. 128; *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (nota 95),

par. 204; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 95), par. 295; *Blanco-Romero et al. vs. Venezuela* (nota 95), par. 95; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 95), par. 266; *López-Álvarez vs. Honduras* [1° de febrero de 2006] sentencia, Serie C núm. 141, par. 207; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 95), par. 168, 195; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 95), par. 399; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* (nota 95), par. 245; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* [5 de julio de 2006] sentencia, Serie C núm. 150, par. 137 y ss.; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 95), par. 192 y ss.; *Goiburú et al. vs. Paraguay* [22 de septiembre de 2006] sentencia, Serie C núm. 153, par. 164; *Vargas-Areco vs. Paraguay* [26 de septiembre de 2006] sentencia, Serie C núm. 155, par. 153 y ss.; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 68), par. 148; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 95), par. 436; *La Cantuta vs. Perú* [29 de noviembre de 2006] sentencia, Serie C núm. 162, par. 222. Véase también TEDH: *Aksoy vs. Turkey* [18 de diciembre de 1996] sentencia, 21987/93 [1996] ECHR 68, párr. 98 (“obligación sobre los Estados de llevar a cabo una minuciosa y efectiva investigación de episodios de tortura ...”, “identificación y castigo de los responsables, incluyendo el acceso efectivo del reclamante al procedimiento de investigación”); concordantemente *Aydın vs. Turkey* [25 de septiembre de 1997] sentencia, 23178/94 [1997] ECHR 75, par. 103; *Selçuk and Asker vs. Turkey* [24 de abril de 1998] sentencia, 23184/94, 23185/94 [1998] ECHR 36, par. 96; *Kurt vs. Turkey* [25 de mayo de 1998] sentencia, 24276/94 [1998] ECHR 44, par. 140; *Selmouni vs. France* [28 de julio de 1999] sentencia, 25803/94 [1999] ECHR 66, par. 79; *Hugh Jordan vs. UK* (nota 95), par. 157, 160 con otras referencias. Para una interpretación restrictiva de la jurisprudencia del TEDH MARKUS BENZING, “The complementarity regime of the ICC: International criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity” (2003) 7, Max Planck Yearbook of United Nations Law 608.

perseguir y sancionar a los responsables)¹⁰⁴ o mediante un foro (público) alternativo donde la víctima pueda confrontar y desafiar a los autores¹⁰⁵.

• *Reparación*, usado como un término genérico¹⁰⁶ que abarca:

¹⁰⁴ Para una discusión véase *supra* el párr. 8.

¹⁰⁵ Véase *Hugh Jordan vs. UK* (nota 95), par. 11 refiriéndose a una “comisión de investigación independiente o a un procedimiento similar”; véase también *SLYE* (nota 51), pág. 245; *CLARK* (nota 64), pág. 409.

¹⁰⁶ Para este uso véase, por ejemplo, HRC, General Comment 31, par. 16 (definiendo reparación como la “restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como disculpas públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos”). Véase también *Basic Principles Victims*, sección x, par. 21 y *Principles combating impunity*, principio 10 A que refiere a “restitución, compensación, rehabilitación, y satisfacción y garantías de no repetición” como formas de reparación; *TERTEL* (nota 13), pág. 119; *BASSIOUNI* (nota 67), págs. 37 y ss.; *BOTERO/RESTREPO* (nota 46), págs. 44 y ss.; *SOOKA* (nota 6), págs. 319-320; *KIZA/RATHGEBER/ROHNE* (nota 4), pág. 118 incluido el cuadro 32; para una explicación histórica exhaustiva *JOHN TORPEY*, “Making whole what has been smashed: Reflections on Reparations”, en *BASSIOUNI* (nota 9), págs. 217 y ss. Para una investigación sobre los *Basic Principles Victims* véase *CHRISTIAN TOMUSCHAT*, “Reparation in Favour of Individual Victims of Gross Violations of Human Rights and International Humanitarian Law”, *M. G. KOHEN* (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007), págs. 569 y ss. (respecto a la práctica de organismos internacionales seleccionados págs. 581 y ss.).

- La restitución plena (*restitutio in integrum*)¹⁰⁷;
- La compensación¹⁰⁸ (Estatuto CPI, art. 75);

¹⁰⁷ Véase CIDH: *Palamara-Iribarne vs. Chile* [22 de noviembre de 2005] sentencia, Serie C núm. 135, par. 234; *Gómez Palomino vs. Perú* (nota 95), par. 113; *García-Asto y Ramírez-Rojas vs. Perú* [25 de noviembre de 2005] sentencia, Serie C núm. 137, par. 248; *Blanco-Romero et al. vs. Venezuela* (nota 95), par. 69; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 95), par. 228; *López-Alvarez vs. Honduras* (nota 103), par. 182; *Acevedo-Jaramillo et al. vs. Perú* [7 de febrero de 2006] sentencia, Serie C núm. 144, par. 296; *Comunidad Indígena Sawboyamaxa vs. Paraguay* [29 de marzo de 2006] sentencia, Serie C núm. 146, par. 197; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 95), par. 176; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 95), par. 347; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* (nota 95), par. 209; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* (nota 103), par. 117; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 95), par. 162; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 103), par. 142; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 103), par. 141; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 68), par. 136; *Aguado-Alfaro et al. vs. Perú (Caso de los trabajadores cesados del Congreso)* [24 de noviembre de 2006] sentencia (únicamente en castellano), Serie C núm. 158, par. 143; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 95), par. 415; *La Cantuta vs. Perú* (nota 103), par. 201. Véase también *Basic Principles Victims*, sección x, par. 22 y *Principles combating impunity*, principio 10 B (“restituir a la víctima a la situación original anterior a las violaciones”; “restitución incluye: restablecimiento de la libertad, de los derechos legales, del estatus social, de la vida familiar y de la ciudadanía; retorno al lugar de residencia; y restablecimiento del empleo y restitución de la propiedad”).

¹⁰⁸ Véase sobre *daños pecuniarios* CIDH: *Comunidad Indígena Sawboyamaxa vs. Paraguay* (nota 107), par. 216; *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 93), par. 248; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 95), par. 183; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 95), par. 246; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* (nota 95), par. 220; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* (nota 103), par. 126; *Servellón-García*

— La rehabilitación¹⁰⁹;

et al. vs. Honduras (nota 95), par. 173; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 103), par. 150; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (n. 103) párr. 146; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 68), par. 158; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 95), par. 423; sobre daños no pecuniarios: *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 93), par. 273; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 95), par. 282; *Palamara-Iribarne vs. Chile* (nota 107), par. 234; *Gómez Palomino vs. Perú* (nota 95), par. 130; *García-Asto y Ramírez-Rojas vs. Perú* (nota 103), par. 276; *Blanco-Romero et al. vs. Venezuela* (nota 95), par. 86; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 95), par. 254; *López-Alvarez vs. Honduras* (nota 103), par. 199; *Acevedo-Jaramillo et al. vs. Perú* (nota 107), par. 308; *Comunidad Indígena Sawboyamaca vs. Paraguay* (nota 107), par. 219; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 95), par. 188; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 95), par. 383; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* (nota 95), par. 227; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* (nota 103), par. 130 y ss.; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 95), par. 179 y ss.; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 103), par. 156; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 103), par. 149 y ss.; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 68), par. 158; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 95), par. 430; *La Cantuta vs. Perú* (nota 103), par. 201, par. 216. Véase también TEDH: *Hugh Jordan vs. UK* (nota 95), par. 166 y ss.; *Aksoy vs. Turkey* (nota 103), pars. 110 y ss.; *Aydin vs. Turkey* (nota 103), par. 131; *Selçuk and Asker vs. Turkey* (nota 103), par. 104 y ss.; *Kurt vs. Turkey* (nota 103), pars. 174-175; *Selmouni vs. France* (nota 103), par. 123. De acuerdo con los *Basic Principles Victims*, sección X, par. 23 y los *Principles combating impunity*, principio 10 C: “[C]ompensación debería ser proporcionada respecto a todo perjuicio económico tasable ...”.

¹⁰⁹ Sobre asistencia médica y psicológica véase CIDH: *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 93), par. 302; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 95), par. 312; *Gómez Palomino vs. Perú* (nota 95), par. 143; *García-Asto y Ramírez-Rojas vs. Perú* (nota 103), par. 280; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 95), par. 274; *Baldeón-García v. Perú* (nota 95), par. 206; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 95),

— La satisfacción y garantías de no repetición¹¹⁰ y otras medidas¹¹¹, a saber, resumidamente, medidas que

par. 403; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 103), par. 159; *Miguel Penal Castro-Castro vs. Perú* (nota 95), par. 448; *La Cantuta vs. Perú* (nota 103), par. 238. De acuerdo con los *Basic Principles Victims*, sección x, par. 24 y los *Principles combating impunity*, principio 10 D “[R]ehabilitación debería incluir atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales”.

¹¹⁰ Según los *Basic Principles Victims*, sección x, par. 25 y los *Principles combating impunity*, principio 10 E, satisfacción y garantías de no repetición deberían incluir, *inter alia*, cesación de las violaciones, verificación de los hechos, búsqueda de los cuerpos de los asesinados o desaparecidos, disculpas, sanciones judiciales o administrativas contra el responsable, conmemoraciones a las víctimas, prevención de repetición de violaciones. Así, este derecho está en parte confundido con los derechos a verdad y justicia. Sobre las disculpas públicas véase también HAZAN (nota 25), págs. 42-43; CIDH, *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 93), par. 295.

¹¹¹ Por ejemplo, *búsqueda e identificación de personas desaparecidas o asesinadas, entrega del cuerpo*: *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* [7 de junio de 2003] sentencia, Serie C núm. 187 (CIDH), par. 127 y ss.; *19 Comerciantes vs. Colombia* [5 de julio de 2004] sentencia, Serie C núm. 109 (CIDH), par. 265; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 95), par. 305 y ss.; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 95), pars. 270-273; *Acevedo-Jaramillo et al. vs. Perú* (nota 107), par. 315; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 95), par. 208; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 103), par. 171; *La Cantuta vs. Perú* (nota 103), par. 231; o *medidas educativas*: *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 93), par. 303; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 95), pars. 316 y ss.; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 95), párr. 409; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 103), par. 161; *López-Alvarez vs. Honduras* (nota 103), par. 210; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 95),

tienden al pleno reconocimiento del estatus de víctima¹¹² y, en la medida de lo posible, el re-establecimiento de sus derechos¹¹³. Sin embargo, es discutido si existe un de-

par. 200; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* (nota 103), par. 147; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 95), par. 451; monumentos y otros lugares de memoria: *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 95), par. 315; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 95), par. 278; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 95), par. 205; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 95), par. 408; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 103), par. 158; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 95), par. 199; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 95), par. 454. Sobre la conmemoración pública con respecto al Cono Sur sudamericano véase ELIZABETH JEJIN, "Public Memorialization in Perspective: Truth, Justice and Memory of Past Repression in the Southern Cone of South America" (2007) 1 IJTJ 138 y ss.

¹¹² Acto público de reconocimiento de responsabilidad: CIDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* [17 de junio de 2005] sentencia, Serie C núm. 125, par. 226; *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (nota 95), par. 216; *Niñas Yean Basico vs. República Dominicana* [8 de septiembre de 2005] sentencia, Serie C núm. 130, par. 235; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 95), par. 314; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 95), par. 277; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 95), par. 204; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 95), par. 406; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 95), par. 198; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 103), par. 173; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 103), par. 158; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 95), par. 445; *La Cantuta vs. Perú* (nota 103), par. 235. Véase también SOOKA (nota 6), pág. 318.

¹¹³ La Corte Constitucional colombiana (*Gustavo Gallón y otros* (nota 94)), par. 4.9.11.4., define el derecho a reparación "como aquel que comprende obtener una compensación económica, pero que no se limita a ello sino que abarca medidas individuales y colectivas tendientes, en su conjunto, a restablecer la situación

ber estatal de reparar violaciones del derecho internacional, especialmente obligaciones de derechos humanos¹¹⁴, y la clase de reparación requerida depende mucho del contexto del conflicto¹¹⁵.

de las víctimas". Véase también ICTJ-Guidelines, pág. 5; véase también SCHLUNCK (nota 30), págs. 71-72; SLYE (nota 51), págs. 196-197, 245; YOUNG (nota 88), págs. 477, 479; ROBINSON (nota 31), pág. 498.

¹¹⁴ Para una discusión crítica véase CHRISTIAN TOMUSCHAT "Reparation for victims of grave human rights violations" (2002) 10 Tul.J.Int'l.Comp.L., págs. 158 y ss. Que concluye en la pág. 184: "no existe una regla general de derecho consuetudinario en cuanto a que toda violación grave de los derechos humanos hace surgir un reclamo de reparación individual". A favor de tal deber res. 2002/44 de la Comisión de Derechos Humanos (23 de abril de 2002), *Basic Principles Victims*, sección IX (en particular par. 16 refiriéndose a "obligaciones jurídicas internacionales") y *Principles combating impunity*, principio 9 B. Véase BASSIOUNI (nota 67), págs. 48 y ss. con ulteriores referencias jurisprudenciales. Sobre un deber *interestatal* a reparar que nace de la responsabilidad del Estado véase *Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro (Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)* [26 de febrero de 2007] sentencia (ICJ), par. 459 y ss., que establece en el par. 460 (con otras referencias) que cuando no es posible la *restitutio in integrum* el "Estado lesionado tiene derecho a obtener compensación de parte del Estado que ha cometido un acto ilícito internacional por los daños causados por este" (para el mismo resultado con respecto a las violaciones a los derechos humanos MÉNDEZ (nota 94), pág. 263).

¹¹⁵ Según KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), pág. 118 (cuadro 32), pág. 122 la mayoría de las víctimas (42%) exige una compensación económica, el 41 por ciento una disculpa (por el ofen-

3. ALTERNATIVAS A LA PERSECUCIÓN PENAL

12. La renuncia a la persecución penal a cambio de paz y reconciliación plantea la cuestión de las alternativas adecuadas a la justicia y persecución penal. Si bien estas alternativas no necesitan ser un equivalente de la persecución penal —ellas no la sustituyen, sino que solo la complementan (párr. 10)—, ellas deben ofrecer un camino alternativo serio para tratar con el pasado y como tal tomar en consideración efectivamente los intereses de las víctimas. Esto presupone, en primer lugar, la plena participación de las víctimas en el diseño y la ejecución de estas medidas¹¹⁶. Respecto a un proceso de paz, especialmente respecto a las negociaciones concernientes al tratamiento de los crímenes cometidos, esto significa que la voz de las víctimas debe ser oída. Su participación es indispensable para dar legitimidad a este proceso y hacerlo socialmente aceptable¹¹⁷. El nivel y grado de par-

sor o por un funcionario), el 29 por ciento un monumento conmemorativo, etc. Sobre una discusión con respecto a los crímenes internacionales véase TETTEL (nota 13), págs. 124 y ss. Para un panorama sobre las políticas de reparación material y simbólica en España, Argentina y Chile véase PALOMA AGUILAR, "Transitional Justice in the Spanish, Argentinian and Chilean Case" (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), págs. 10 y ss. y 15 y ss.

¹¹⁶ Véase UN-Ecosoc, *Impunity*, 27 February 2004, par. 11; *Report Secretary General transitional justice*, par. 18; véase también DUGGAN (nota 49), refiriéndose al reconocimiento (oficial) del sufrimiento de las víctimas.

¹¹⁷ Véase UN-Ecosoc, *Impunity*, 27 February 2004, par. 11; *Report Secretary General transitional justice*, párr. 18.

ticipación de las víctimas es decisivo para la contribución que la(s) medida(s) alternativa(s) pueda(n) hacer a la reconciliación nacional. Una contribución real y positiva a la reconciliación es, a la vez, un prerequisite para la legitimación democrática e internacional de la(s) medida(s): ¿Tuvo lugar un proceso de consulta con la sociedad en su conjunto?; ¿han sido discutidas las medidas públicamente y por órganos democráticos, tal como un parlamento elegido democráticamente?; ¿ha sido posible una discusión abierta y libre, con inclusión de una crítica de las eventuales medidas?; ¿tuvo lugar un referéndum?; ¿tomaron parte expertos y negociadores (de la ONU)?¹¹⁸.

13. La alternativa más importante a una persecución penal (pura) es el establecimiento de una Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR). Según una definición de autoridad, las Comisiones de la Verdad y Reconciliación son órganos oficiales, temporales y de comprobación de los hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Se ocupan en particular de las víctimas y concluyen su labor con la presentación de un informe

¹¹⁸ Cfr. SILVE (nota 51), pág. 245; ROBINSON (nota 31), pág. 497; SEIBERT-FOHR (nota 21), págs. 571-572; GROENIGER/MEISSNER (nota 60), pág. 278; CLARK (nota 64), págs. 409-410; DUGGAN (nota 49), xi; también ARSANJANI (nota 21), pág. 66. En Sudán, el Consejo de Seguridad de la ONU fomenta la creación de instituciones tales como comisiones de la verdad y/o reconciliación, cfr. S/RES/593 (2005), adoptada el 31 de marzo de 2005, par. 5.

final sobre las conclusiones de su investigación y sus recomendaciones. [...] Las Comisiones de la Verdad pueden prestar una ayuda muy valiosa a las sociedades con posterioridad a un conflicto al comprobar hechos relacionados con infracciones de los derechos humanos en el pasado, fomentar la rendición de cuentas, preservar las pruebas, identificar a los autores y recomendar indemnizaciones y reformas institucionales. También pueden servir de plataforma pública para que las víctimas cuenten directamente al país sus historias personales y pueden facilitar el debate público sobre cómo aceptar el pasado¹¹⁹.

De este modo, las CVR intentan hacer frente al pasado estableciendo la verdad, la cual, por un lado, va mucho más allá de la verdad judicial y narrativa de la sala de audiencias (cuyas limitaciones son puestas de manifiesto de la manera más clara a través del uso de procedimientos de reconocimiento de la culpabilidad y otros mecanismos de negociación)¹²⁰, pero, por el otro lado,

¹¹⁹ *Report Secretary General transitional justice*, par. 50. Véase en general también BASSIOUNI (nota 67), pág. 32; desde un punto de vista práctico SOOKA (nota 6), págs. 315 y ss. Para una evaluación positiva de las CVR latinoamericanas SALMÓN (nota 74), pág. 352: “[...] el trabajo de las comisiones de la verdad en la región ha tenido el efecto irreversible de poner a las víctimas de la violencia en primer plano y asegurar que sus voces sean escuchadas [...] los informes documentan una política estatal conciente de usar violaciones de los derechos humanos para alcanzar objetivos gubernamentales”.

¹²⁰ Véase MIRJAN DAMAŠKA, “Negotiating justice in International Criminal Courts” (2004) 2 JICJ 1018; véase también NA-

siempre resulta incompleta en cuanto solo abre la puerta a una ulterior investigación y establecimiento de la verdad¹²¹. Las CVR pueden establecer lo que algunos han definido una “verdad global”¹²², “verdad macro”¹²³, “verdad moral”¹²⁴, “verdad de conjunto”¹²⁵, “verdad objetiva”¹²⁶ o “verdad histórica”¹²⁷ —como opuesta a la mera

QVT (nota 99), págs. 271-272 y CHRISTINE BELL, “The ‘New Law’ of Transitional Justice” (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), págs. 8 y ss.

¹²¹ Cfr. MARTIN IMBLEAU, “Initial truth establishment by transitional bodies and the fight against denial” (2004) 15 CLF 159, pág. 188 (“comienzo ... para un establecimiento ulterior de la verdad”); véase también la entrevista a SALOMÓN LERNER, “Interview with Salomón Lerner” (2006) 88 ICRC Int. Rev. 225, at 227 (“la verdad así expuesta es abierta y susceptible de un enriquecimiento posterior ... no estamos haciendo una afirmación dogmática, incontrovertible ... Comienza con una lectura abierta de las interpretaciones y hechos establecidos científicamente que puede complementar esta suerte de búsqueda sin fin de la verdad, que, como sabemos, nunca será completa”). Sobre las diferentes formas de memoria véase también JELIN (nota 111), págs. 141 y ss.

¹²² PRISCILLA B. HAYNER, *Unspeakable truths, confronting state terror and atrocity*, New York, Routledge, London, 2001, pág. 85.

¹²³ IMBLEAU (nota 121), 177.

¹²⁴ TRISTRAM HUNT, “Whose Truth? Objective Truth and a Challenge for History” (2004), 15 CLF 193, pág. 195.

¹²⁵ RODOLFO MATTAROLLO, “Definition and Primary Objectives: To Search for the Truth and Safeguard the Evidence”, en BASSIOUNI (nota 9), 295, pág. 300.

¹²⁶ BORAINÉ (nota 23), pág. 287.

¹²⁷ EDUARDO GONZÁLEZ, “The contribution of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission to Prosecutions” (2004)

verdad judicial o fáctica¹²⁸, a saber una verdad que tiene en consideración todas las facetas de los crímenes y conflictos pasados¹²⁹; sin embargo, esto no es ne-

15 CLF 55, pág. 61; véase también JOSÉ ZALAUETT, "Confronting Human Rights Violations committed by former governments: Principles applicable and political constraints", en ASPEN INSTITUTE, "States Crimes: Punishment or Pardon?", Colorado, Aspen Institute, Wye Center, 1989, 3, pág. 31: "Lo importante es que la verdad sea establecida de una forma aprobada oficialmente, en una manera que permita que las conclusiones formen parte de la documentación histórica ... y que establezca una versión autorizada de los hechos, por sobre y encima de consideraciones partidarias". Críticamente HUNT (nota 124), pág. 198, que reclama cautela en cuanto al valor de verdad de las CVR y las considera como "hechos históricos" más que "fuentes"; sobre este punto véase también ELIZABETH COLE, "Transitional Justice and the Reform of History Education" (2007) 1 IJTJ 115, págs. 119-120, que aboga por una vinculación entre las CVR y la educación histórica; sobre el efecto educativo también BORAINÉ (nota 23), pág. 294.

¹²⁸ Sobre los diferentes objetivos de los procesos penales y las CVR véase también *Prosecutor vs. Norman*, Decision on the request by the TRC of Sierra Leone to Conduct a Public Hearing with Samuel Hinga Norman [29 de octubre de 2003] Case núm. SCSL-2003-08-PT (Corte Especial de Sierra Leona), par. 12. Véase también BORAINÉ (nota 23), págs. 292 y ss.; CÁRDENAS (nota 46), págs. 172-173.

¹²⁹ Sobre este complejo concepto de verdad véase, con más detalle, IMBIEAU (nota 121), págs. 160, 162, 167 (verdad "en el contexto de transición"), 177-178, 187 y ss.; véase también la entrevista a LERNER (nota 121), págs. 225-226 ("... concepto fenomenológico de verdad, si así es como entendemos un proceso de descubrimiento, de descorrimiento del velo y en consuecu-

cesariamente así¹³⁰. De este modo, las CVR son la expresión de un enfoque integral necesario para enfrentar los múltiples problemas que surgen en sociedades post-conflictuales¹³¹, pero ellas también pueden examinar casos individuales¹³² y pueden operar con diferentes conceptos de verdad¹³³.

cia de exploración del sentido, de los significados de las acciones humanas"; ADOLFO CHAPARRO, "La función crítica del «perdón sin soberanía» en procesos de justicia transicional", en A. RETTBERG (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, págs. 246 y ss. Se refiere a "memoria"; ORENTLICHER (nota 21), pág. 16.

¹³⁰ Sobre la verdad parcial véase OSIEL (nota 16), pág. 134; véase también la discusión crítica en TETTEL (nota 13), págs. 81 y ss.

¹³¹ Aboga por tal enfoque por ejemplo KRITZ (nota 9), págs. 58-59, 66; NAOMI ROHT-ARRIAZA, "Civil Society in Processes of Accountability", en BASSIOUNI (nota 9), pág. 97; ídem, "Truth Commissions as part of a social process: possible guidelines", en H. JOYNER (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (érès, Toulouse 1998), pág. 279; para una aproximación holística STAHN (nota 46), pág. 458; SOOKA (nota 6) pág. 320; a favor de "instrumentos múltiples" KIZIL/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), págs. 111, 162; ORENTLICHER (nota 21), pág. 16; JEJIN (nota 111), pág. 156.

¹³² Véase MATTAROLLO (nota 125), pág. 300 ("verdad individual").

¹³³ Véase CASSIN (nota 14), pág. 240 refiriéndose a la CVR sudáfricana ("De acuerdo con el mismo informe, la CVR trabajó de hecho con cuatro conceptos de verdad explícitamente retóricos e interconectados, cada uno definido por la situación en la cual era expresado. El primero era verdad "factual" o "forense", una

14. Con la creciente importancia de las CVR¹³⁴, especialmente el modelo relativamente exitoso de Sudáfrica¹³⁵, la investigación también ha aumentado considerablemente¹³⁶. La investigación muestra que cada una de

verdad judicial referida a las decisiones razonadas del Comité de la Amnistía. El segundo era verdad "personal y narrativa", la verdad expresada en términos prácticos por cada persona durante las audiencias y testimonianzas individuales. El tercero se refería a la verdad "social", una verdad de diálogo obtenida a través del proceso de confrontación o intercambio verbal entre víctimas y torturadores. Y finalmente, la cuarta verdad era la verdad "curativa" y "restaurativa", la verdad donde era decidido trazar un límite, la verdad que era suficiente para producir consenso acerca de aquello sobre lo cual y con lo cual podía ser construida la nación arcoiris. Estos fueron los estadios en la construcción discursiva que creó una verdad efectiva suspendiendo la diferencia entre la verdad real, que es objetiva, y las verdades falsas, que son subjetivas"; sobre estas clases de verdad véase también BORAINÉ (nota 23), págs. 288 y ss. Sobre los conceptos de verdad desde una perspectiva filosófica NAQVI (nota 99), págs. 249 y ss.

¹³⁴ Cfr. MALLINDER, *Study* (nota 28), par. 51 incluida la figura 6 que muestra el aumento desde 1985 a 2005.

¹³⁵ Cfr. BORAINÉ (nota 23), págs. 258 y ss. indicando seis razones del "nivel de éxito" (258) de la CVR de Sudáfrica: apoyo del partido gobernante (ANC) y del gobierno (especialmente del presidente Nelson Mandela), las exitosas negociaciones políticas que precedieron a la CVR, una sociedad civil muy fuerte, el interés de la comunidad internacional, el carácter religioso de la CVR, la personalidad de su presidente Desmond Tutu; sobre los beneficios de una CVR en comparación con las persecuciones penales *ibid.*, págs. 286 y ss.

¹³⁶ Para un estudio más detallado, véase HAYNER (nota 122), Chart 1, Appendix 1, págs. 291 y ss., en donde analiza 21 comisio-

las CVR debe ser analizada según sus propias características, dado que sus competencias y poderes, así como

nes de la verdad desde 1974; para una actualización véase *id.*, "Truth commissions: a schematic overview" (2006) 88 ICRC Int. Rev., 295 y ss. Un panorama sobre las CVR latinoamericanas proporciona SALMÓN (nota 74), págs. 344 y ss. refiriéndose a Argentina, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá y Perú. Véase también SCHLUNCK (nota 30), págs. 64 y ss., 260-261 centrándose en El Salvador y Sudáfrica. Sobre la CVR peruana, véase GONZÁLEZ (nota 127), págs. 55 y ss. y la entrevista a su presidente SALOMÓN LERNER (nota 121), págs. 225 y ss.; sobre la "Comisión para el esclarecimiento histórico" guatemalteca véase PAUL SEILS, "The Limits of Truth Commissions in the Search for Justice: An Analysis of the Truth Commissions of El Salvador and Guatemala and Their Effect in Achieving Post-Conflict Justice", en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice*, New York, Transnational Publishers, Ardsley, 2002, págs. 785 y ss.; sobre la CVR salvadoreña *ibid.*, págs. 779 y ss.; BUERGENTHAL (nota 55), págs. 292 y ss.; KEMP (nota 21), págs. 77 y ss.; POPKIN (nota 54), págs. 107 y ss.; sobre la CVR de Sierra Leona véase WILLIAM SCHABAS, "A synergistic relationship: The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone" (2004) 15 CLF 3 y ss.; KRITZ (nota 9), págs. 66 y ss. y JENNIFER POOLE, "Post-Conflict Justice in Sierra Leone", en BASSIOUNI (nota 9), págs. 577 y ss.; sobre la "Comisión Nacional de Reconciliación" de Ghana ver Ken Attafuah Agyemang, "An overview of Ghana's National Reconciliation Commission and its relationship with the courts" (2004) 15 CLF 125 y ss.; sobre la "Comisión para la recepción, la verdad y la reconciliación" de Timor Oriental (la respectiva Regulación 2001/10 de la Untaet está reimpresa en BASSIOUNI (nota 9), págs. 546 y ss.); PATRICK BURGESS, "Justice and reconciliation in East Timor. The relationship between the Commission for Reception, Truth and Reconciliation and the Courts" (2004) 15 CLF 135 y ss., y KRITZ (nota 9), págs. 78-79; sobre la CVR de

el marco socio-político de su funcionamiento varían enormemente¹³⁷. Desde un punto de vista estructural simplificado puede distinguirse entre comisiones de la verdad con mandato limitado y sin poderes judiciales, las cuales tienden principalmente a legitimar y/o preparar la impunidad de los mayores responsables (aquí llamadas “CVR de impunidad”) y otras que poseen un amplio mandato con poderes cuasi judiciales¹³⁸, suficientes recursos y la necesaria independencia para decidir sobre la base de criterios racionales (“CVR efectivas”)¹³⁹.

Bosnia-Herzegovina, KRITZ (nota 9), págs. 60 y ss. La “Ley de Justicia y Paz” colombiana (nota 203), establece una “Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación” (arts. 50-52), pero su competencia es muy limitada; en particular no está autorizada a recomendar que se lleven a cabo persecuciones penales (críticamente también DURÁN [nota 19], págs. 34-35).

¹³⁷ HAYNER (nota 99), pág. 216; JASON ABRAMS/PRISCILLA HAYNER, “Documenting, acknowledging and publicizing the truth”, en BASSIOUNI (nota 9), 283, pág. 284; WERLE (nota 17), núm. 205.

¹³⁸ Pero, normalmente, no se trata de poderes judiciales *stricto sensu*, esto es, los poderes de una corte penal, véase MATTAROLLO (nota 125), págs. 295-296; excepcionalmente, la CVR sudafricana estaba incluso facultada a ordenar el registro y el secuestro de bienes, así como la citación de personas, véase BORAINÉ (nota 23), págs. 272-273.

¹³⁹ Véase para una comparación entre la comisión de la verdad chilena y aquella sudafricana en este sentido DUGARD (nota 64), págs. 1009 y ss.; véase también DUGARD (nota 60), pág. 703; para una comparación entre los procesos de amnistía chileno y sudafricano véase GAVRON (nota 64), págs. 112 y ss. Para una comparación estructural entre internacional vs. doméstico, investigación selectiva vs. general, cuasi judicial vs. averiguación de los hechos, investigación vs. reintegración, véase STAHN (nota 46), págs. 428 y ss.

Las CVR, en su forma ideal, complementan o preparan la persecución penal¹⁴⁰. En este caso, surgen complejas cuestiones de delimitación entre los tribunales (nacionales e internacionales) y las respectivas CVR¹⁴¹ especialmente en cuanto a si y en qué medida las confesiones o los testimonios prestados ante una CVR pueden ser usados en los procesos penales subsiguientes¹⁴². Si una CVR es considerada como sustituta de las persecuciones penales, entonces debe cuestionarse la capacidad del sistema de justicia penal respectivo para hacer frente a los crímenes del pasado. Dado que una CVR no puede ser considerada como un equivalente a la persecución penal¹⁴³, la renuncia a la última en favor de la primera

¹⁴⁰ HAYNER (nota 99), pág. 215; ABRAMS/HAYNER (nota 137), pág. 286; véase también MÉNDEZ (nota 28), págs. 29-30, 33; CROCKER (nota 28), págs. 546-547 y ss.; ROBINSON (nota 31), pág. 484; CÁRDENAS (nota 46), pág. 172; NAQVI (nota 99), pág. 270; KIZÁ/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), pág. 106. Similarmente, la justicia restaurativa no puede sustituir, sino solo complementar a los procesos penales, véase UPRIMNY/SAFFON (nota 3), págs. 219, 220 y ss.

¹⁴¹ En general sobre esta cuestión ABRAMS/HAYNER (nota 137), pág. 287; KEMP (nota 21), págs. 74 y ss.; sobre la relación entre el TPIY y la CVR en Bosnia Herzegovina, KRITZ (nota 9), págs. 62 y ss.; sobre la relación entre la CESL y la CVR de Sierra Leona SCHABAS (nota 136), págs. 25 y ss.; KRITZ (nota 9), págs. 68 y ss. y POOLE (nota 136), págs. 589 y ss.; sobre la relación entre la CVR de Timor Oriental y la Unidad de Investigación de Crímenes Graves de la ONU BURGESS (nota 136), págs. 144 y ss.

¹⁴² Sobre el mecanismo del “inmune por testimonianza”, véase NAQVI (nota 99), págs. 270-271.

¹⁴³ CIDH, *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 68), par. 150 (la “verdad histórica” contenida en los informes de las citadas

sabe a acuerdo político, lo cual no refuerza el Estado de derecho y la separación de poderes, sino que indica la incapacidad del sistema de justicia penal en cuestión en el sentido del artículo 17 (3) Estatuto CPI (ver párr. 42).¹⁴⁴ En todo caso, si una CVR opera como sustituta (parcial) de la justicia, entonces la verdad que ha de ser descubierta por la CVR debe compensar, en términos cualitativos y cuantitativos, la pérdida o déficit de justicia.

Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales”); *La Cantuta vs. Perú* (nota 103), par. 224; *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 93), par. 187 y ss. Véase también ComIDH, *Chanéau et al. vs. Chile* [7 de abril de 1998] Informe núm. 25/98, par. 68 (“No puede considerarse a la Comisión de verdad como un sustituto adecuado de un proceso judicial”). Similarmente, *Ellacuría et al. vs. El Salvador* [22 de diciembre de 1999] Informe núm. 136/99 (ComIDH) par. 229 y ss.; *Romero y Galdámez vs. El Salvador* [13 de abril de 2000] Informe núm. 37/00 (ComIDH) par. 149-150,

¹⁴⁴ Por esta razón, en contra de la sustitución de una persecución penal por una CVR, Principles combating impunity, principio 12 A; similarmente JOYNER (nota 21), pág. 39 que critica que las CVR “no pueden ... llamar a un criminal específico a dar cuentas por sus crímenes”; es demasiado simplista y polémico, sin embargo, caracterizar a las CVR como la “Inquisición española de los tiempos modernos” (*ibid.* at 37); también KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), pág. 107 refiriéndose al riesgo de un intercambio que implique la falta de persecución por razones políticas. Críticamente también MÉNDEZ (nota 94), pág. 275; SEILS (nota 136), pág. 794; CÁRDENAS (nota 46), pág. 180. Un buen resumen de los pro y los contra es ofrecido por KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), pág. 107.

15. La efectividad de las CVR depende de cuan dispuestos y preparados estén los principales actores políticos a hacerlas; ellas dependen de su buena voluntad y cooperación¹⁴⁵. Si los mayores responsables no contratan la verdad si no se les ofrecen ciertas garantías, por ejemplo, que sus declaraciones no puedan ser usadas en su contra en un proceso penal posterior, entonces estas garantías habrán de ser dadas¹⁴⁶. Una CVR efectiva puede ciertamente constituir una vía alternativa seria para tratar con el pasado en cuanto establece una “verdad global” que va más allá de la mera verdad judicial (párr. 13)¹⁴⁷; de este modo, ella puede contribuir a la reconciliación nacional¹⁴⁸ y constituir una parte integral de un

¹⁴⁵ Cfr. SEILS (nota 136), pág. 793. Para un ejemplo positivo, véase el apoyo de la CVR sudafricana por parte del ANC y del presidente Nelson Mandela (BORAINÉ, citado en la nota 135).

¹⁴⁶ Para una discusión con respecto a Sierra Leona véase SCHABAS (nota 136), págs. 29-30, 41-42 para quien la voluntad de cooperar con la CVR “puede tener mucho menos que ver con promesas de amnistía o amenazas de persecución de lo que muchos pueden pensar” (pág. 42). Véase en general CÁRDENAS (nota 46), pág. 174.

¹⁴⁷ A favor del mejor “efecto de verdad” véase también DUGARD (nota 64), pág. 1006, que cita la decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en *AZAPO et al. vs. The President et al.* (nota 23); véase también DUGARD (nota 60), pág. 695; BRIAN F. HAVEL, “Public Law and the Construction of Collective Memory” en BASSIOUNI (nota 9), págs. 389 y ss.

¹⁴⁸ HAYNER (nota 99), pág. 216; ABRAMS/HAYNER (nota 137), pág. 290. Además de contribuir a la reconciliación, el establecimiento de la verdad puede contribuir a restaurar y mantener la paz, erradicar la impunidad, reconstruir identidades nacionales,

proceso de restauración de la sociedad¹⁴⁹ que tenga un importante potencial transformador¹⁵⁰. En este sentido, una CVR puede reclamar reconocimiento internacional, especialmente *vis-à-vis* el sistema de justicia penal internacional¹⁵¹. Este reconocimiento, sin embargo, depende del tratamiento de las exenciones de castigo, especialmente de las amnistías, por parte de la CVR. MALLINDER comprueba que las amnistías han sido introducidas con independencia de una CVR, antes o después de su establecimiento (por ejemplo, en Chile y El Salvador, respectivamente), o conjuntamente con ella¹⁵²; el ejemplo más claro de la relación entre CVR y amnistía lo ofrece el caso sudafricano, en donde la CVR estaba facultada

64

establecer el pasado histórico (cfr. NAQVI [nota 99], pág. 247) y provocar un cambio institucional (ŠIMONOVĚ [nota 30], pág. 703). Véase también PFANNER (nota 28), págs. 363-364.

¹⁴⁹ BORAINÉ (nota 23), págs. 295-296; MEINTJES (nota 14), pág. 460. Según KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), pág. 143 cuadro 42, la utilidad de una CVR aumenta, desde la perspectiva de las víctimas, con el grado de victimización.

¹⁵⁰ KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), pág. 126.

¹⁵¹ Véase a este respecto el legítimo reclamo hecho por la CVR sudafricana en cuanto a la responsabilidad penal internacional del crimen de apartheid: "La Comisión cree que el reconocimiento internacional debería ser dado al hecho de que la Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación, y el proceso mismo de esta Comisión, han intentado afrontar adecuadamente el asunto de la responsabilidad por tales políticas" (TRC Report, vol. 5, pág. 349 [1998], citado según DUGARD (nota 64), pág. 1009).

¹⁵² Cfr. MALLINDER, *Study* (nota 128), par. 46.

a conceder la amnistía individualmente¹⁵³. Claramente, si el gobierno toma la decisión de amnistiar sin considerar las conclusiones de la CVR, su credibilidad se debilita gravemente. Por otro lado, la facultad de conceder una amnistía plantea la cuestión de si han sido respetadas las limitaciones *ratione materiae* o *personae* (abajo párr. 21). Así, por ejemplo, la facultad de conceder amnistías de la CVR sudafricana se extiende incluso a los crímenes (políticos) más graves, mientras que esta posibilidad fue excluida en el caso de la Comisión para la Recepción, Verdad y Reconciliación de Timor Oriental¹⁵⁴. En todo caso, la mayoría de las veces la amnistía ha sido excluida en casos de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio¹⁵⁵.

16. Si se toman en consideración las experiencias de varias CVR, pueden obtenerse algunas de las mejores prácticas y desarrollarse ciertas pautas¹⁵⁶. Si estas son seguidas, podremos hablar de una CVR efectiva en el

65

¹⁵³ Este fue uno de los rasgos especiales de la CVR sudafricana (cfr. BORAINÉ [nota 23], pág. 269), véase más detalladamente abajo par. 31 y la nota 272 y ss.

¹⁵⁴ Cfr. UN-Ecosoc, *Impunity*, 27 february 2004, par. 12.

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, la Ley de Reconciliación Nacional guatemalteca que excluye de la amnistía el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas o crímenes que son imprescriptibles (MÉNDEZ [nota 28], pág. 36; KEMP (nota 21), pág. 82; véase en general ICTJ-Guidelines, pág. 5).

¹⁵⁶ Véase en particular UN-Ecosoc, *Impunity*, 27 february 2004, par. 19; ABRAMS/HAYNER (nota 137), págs. 283 y ss. (293); MATTAROLLO (nota 125), págs. 295 y ss.; CASSESE (nota 88), págs. 451-452; véase también ICTJ-Guidelines, pág. 5; *Principles combating impunity*, principios 11, 13; JOYNER (nota 21), pág. 40; ROHT-ARRIAZA (nota 131), págs. 281 y ss.; DUGARD (nota 64), pág. 1012;

sentido arriba mencionado (párr. 14) y muy probablemente serán conseguidos los objetivos supremos de paz, justicia (en sentido amplio) y reconciliación. Los criterios relevantes pueden ser resumidos como sigue:

- Una CVR debería estar compuesta de *personalidades* reconocidas e independientes de todos los grupos y sectores sociales relevantes, seleccionadas a través de un proceso consultivo y representativo;
- En el nivel operacional, debería establecerse un punto de contacto identificado públicamente para las víctimas y los testigos;
- Una CVR debe disponer de *recursos* adecuados y tener suficiente *independencia* del Estado y otros grupos interesados¹⁵⁷; ella debe poseer facultades de investigación suficientes y recibir apoyo nacional e internacional;

BENJAMIN SCHIFF, "Do Truth Commissions promote Accountability or Impunity? The Case of the South African Truth and Reconciliation Commission", en BASSIOUNI (nota 9), págs. 325 y ss.; ROBINSON (nota 31), pág. 497; CLAUDIA CÁRDENAS, "The admissibility test before the ICC under special considerations of amnesties and truth commissions", en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity* (Asser Press, The Hague 2006) 115, pág. 135; SALMÓN (nota 74), pág. 343; SOOKA (nota 6), págs. 317 y ss.; sobre el rasgo absolutamente especial de la relativamente exitosa CVR sudafricana BORAINÉ (nota 23), págs. 269 y ss. Véase también los principios de responsabilidad propuestos por BASSIOUNI (nota 67), pág. 40.

¹⁵⁷ Véase TEDH, *Hugh Jordan vs. UK* (nota 95), par. 11 ("Los miembros de tal comisión [de investigación] serán elegidos por su reconocida imparcialidad, competencia e independencia como individuos. En particular, ellos serán independientes de toda institución, agencia o persona que pueda ser sometida a la investigación").

• El *mandato* de una CVR no debe estar limitado al establecimiento de responsabilidades individuales, sino también debe arrojar luz sobre las *causas del conflicto* para prevenir la repetición de futuras violaciones. Como mínimo, deberían integrar el mandato los crímenes codificados en el Estatuto de la CPI (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra)¹⁵⁸. Deberían ser investigados casos representativos que ilustren patrones de criminalidad y debería prestarse especial atención a la violencia relacionada con el género¹⁵⁹.

• El *mandato* debería estar limitado en el tiempo¹⁶⁰, pero debería haber un procedimiento posterior que permita eventualmente la continuación de la investigación si el esclarecimiento de las atrocidades del pasado no ha sido satisfactoriamente alcanzado por la primera CVR;

• Una CVR debería identificar a las víctimas y recomendar reparaciones a los órganos estatales competentes¹⁶¹;

¹⁵⁸ Para CASSESE (nota 88), pág. 451 el genocidio debe ser afrontado exclusivamente por medio del sistema de justicia penal.

¹⁵⁹ Véase por ejemplo sobre esta cuestión ROHT-ARRIAZA (nota 131), pág. 284; SOOKA (nota 6), págs. 322-323.

¹⁶⁰ De acuerdo con la UN-Ecosoc, *Impunity*, 27 february 2004, par. 19 (h) por lo general no debería durar más de dos años completamente operativos; según ABRAMS/HAYNER (nota 137), pág. 288 las Comisiones han operado en su mayor parte por menos de dos años; según HAYNER (nota 136), pág. 295: "uno a tres años en promedio"; véanse también los ejemplos dados por MATTAROLLO (nota 125), pág. 313; a favor de un mandato limitado también ROHT-ARRIAZA (nota 131), pág. 283.

¹⁶¹ De acuerdo con la UN-Ecosoc, *Impunity*, 27 february 2004, par. 19 (b) una CVR no debería garantizar directamente reparacio-

- Debería existir plena cooperación con otros órganos estatales involucrados en la justicia de transición, incluido el suministro de información a las autoridades encargadas de la persecución;

- Los sospechosos¹⁶² deberían comparecer ante la CVR a fin de que confiesen públicamente sus crímenes y proporcionen pruebas sobre otros crímenes; las víctimas deberían estar presentes¹⁶³; en caso de identificación de los autores ("mencionar los nombres") deben ser respetados sus derechos a un debido proceso¹⁶⁴.

68

nes dado que esto la desviaría de su función de búsqueda de la verdad; según CASSESE (nota 88), pág. 451 una CVR puede determinar reparaciones; BORAINÉ (nota 23), págs. 294-295, ve esto incluso como una función importante.

¹⁶² Para CASSESE (nota 88), pág. 451 los autores del nivel más alto deberían ser enjuiciados o por el sistema de justicia penal nacional o por el internacional.

¹⁶³ Cfr. CASSESE (nota 88), pág. 451; más restrictiva la UN-Ecosoc, *Impunity*, 27 february 2004, par. 19 (d) ("Si una comisión de la verdad tiene autoridad para identificar a los sospechosos ...").

¹⁶⁴ La mención de los autores es discutible para el debido proceso. Los principios para la lucha contra la impunidad de Orendtcher proporcionan alguna guía (principio 9): "Antes de que una comisión identifique a los autores en su informe, las personas interesadas tendrán derecho a las siguientes garantías: (a) La comisión deberá tratar de corroborar la información que implique a esas personas antes de dar a conocer sus nombres públicamente; (b) Las personas implicadas deberán haber sido escuchadas, o al menos, convocadas a tal fin, y tener la posibilidad de exponer su versión de los hechos en una audiencia convocada por la comisión mientras realiza su investigación o de incorporar al

- La posible concesión de *amnistías* o *indultos* debería depender de la naturaleza y gravedad de los crímenes y de la extensión con la cual los sospechosos han cooperado en el descubrimiento de la verdad y en la compensación a las víctimas; si estas condiciones no se cumplen, la CVR debe estar facultada para rechazar la aplicación y transmitir el caso al sistema de justicia penal;

- Debería haber una *amplia participación* de la sociedad concernida en el diseño y operación de la CVR, en particular de las víctimas y/o sus representantes¹⁶⁵. El informe final debería ser publicado y puesto *ampliamente a disposi-*

69

expediente un documento equivalente a un derecho de réplica". Para una discusión véase OSIEL (nota 16); HAYNER (nota 122), págs. 114-115 y ss.; HAYNER (nota 136), pág. 296; NAQVI (nota 99), pág. 272; a favor de mencionar a los autores pero recordando los derechos de los sospechosos al debido proceso ABRAMS/HAYNER (nota 137), pág. 286; IMBLEAU (nota 121), págs. 186-187; a favor solo si luego no tendrá lugar un proceso MÉNDEZ (nota 94) págs. 267-268; recordando los derechos al debido proceso también PEANNER (nota 28), pág. 370. Esta competencia tuvieron, por ejemplo, la CVR sudafricana (BORAINÉ [nota 23], pág. 275), y la CVR salvadoreña (cfr. POPKIN (nota 54), págs. 109, 111). El problema es aparentemente ignorado por POSNER/VERMEULE (nota 6), pág. 767 dado que ellos argumentan, sin más, que el propósito de las CVR "es revelar las identidades de los autores".

¹⁶⁵ Sobre la importancia de la participación pública y de la integración de la sociedad civil en los procesos de responsabilidad, véase MEINTJES (nota 14), pág. 460; ROHT-ARRIAZA (nota 131), págs. 98 y ss.; MATTAROLLO (nota 125), págs. 306-307; FILIPPINI/MAGARRELL (nota 7), págs. 160 y ss.; CHAPARRO (nota 129), pág. 234; SOOKA (nota 6), pág. 314; sobre la experiencia sudafricana BORAINÉ (nota 23), págs. 270 y ss; BELL (nota 120), pág. 13.

ción del público en general a través medios de información que sean técnica y culturalmente accesibles. "Cuan-to más próximo a las víctimas y al público en general pueda ser llevado física y psicológicamente un trabajo de comisión, más potente serán los efectos educa-cionales y catárticos de la comisión"¹⁶⁶.

• Todos los órganos del Estado deben considerar en buena fe las recomendaciones de la CVR y ponerlas en práctica en la mayor medida posible; para ese propósi-to debería establecerse un órgano de *supervisión*¹⁶⁷.

17. Además de una CVR existen otros mecanismos de justicia alternativos¹⁶⁸, los cuales pueden ser organi-zados en cuatro grupos:

• La restitución, la reparación/compensación, la re-habilitación y la no repetición están dirigidos a las víc-timas y como tal son una consecuencia directa de los de-rechos de las víctimas¹⁶⁹.

¹⁶⁶ ABRAMS/HAYNER (nota 137), pág. 288; HAZAN (nota 25), pág. 37.

¹⁶⁷ El art. 18 de la ley de la CVR de Sierra Leona de 2000 establece que el gobierno debe instituir un órgano para supervi-sar la puesta en práctica de las recomendaciones de la Comisión y facilitarla. El gobierno debe proporcionar a este órgano infor-mes trimestrales que serán publicados y evaluados por él (UN-Ecosoc, *Impunity*, 27 february 2004, párr. 19 (e)). Según ABRAMS/HAYNER (nota 137), pág. 286 y MATTAROLLO (nota 125), pág. 322, debe prestarse mayor atención a la puesta en práctica de las reco-mendaciones. Para SOOKA (nota 6), pág. 324, el no poner en prác-tica las recomendaciones conduce frecuentemente a una crisis de legitimidad de las CVR.

¹⁶⁸ Véase ICTJ-Guidelines, pág. 5.

¹⁶⁹ Véase *supra* el párr. 10 y la nota 113.

• La lustración¹⁷⁰, descalificación y purgas son pro-cedimientos administrativos y de investigación de ante-cedentes (*screening*) dirigidos a la exclusión de cierto grupo de personas vinculados con el antiguo régimen de la función pública y/o de otros puestos socialmente im-portantes para facilitar la reforma institucional¹⁷¹. Los ejemplos incluyen la desnazificación por los aliados

¹⁷⁰ Del latín *lustratio*: "purificación por medio de sacrificio"; véase la definición en WILLIAM SMITH, *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, London, John Murray, 1875, pág. 719; para una ver-sión electrónica efectuada por el proyecto *Ancient Library* de la Universidad de Michigan véase <www.ancientlibrary.com/smith-dgra/> (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

¹⁷¹ Para un estudio crítico, véase ROMAN BOED, "An Evalua-tion of the Legality and Efficacy of Lustration as a Tool of Tran-sitional Justice", en BASSIOUNI (nota 9), págs. 345 y ss. quien con-clude que la lustración puede conducir a injustas discriminaciones, no tener por objetivo a los mayores responsables y no fomentar la reconciliación (págs. 379 y ss.); en un sentido similar POSNER/VERMEULE (nota 6), págs. 802 y ss.; crítico respecto de la falta de garantías procesales también JOYNER (nota 21), pág. 37; PAUL WILLIAMS, "Non-criminal civil and political measures for comba-ting impunity for international crimes. Report of the Rapporteur", en CH. JOYNER (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (érès, Toulouse 1998), 287, págs. 289-290; SIMONOVIE (nota 30), pág. 704; véase también HERMAN SCHWARTZ, "Lustration in Eastern Europe", en KRITZ (nota 1), págs. 461 y ss.; SCHLUNCK (nota 30), págs. 70-1; ICTJ-Guidelines, pág. 5; TEITEL (nota 13), págs. 163 y ss.; BASSIOUNI (nota 67), págs. 34-5; KRITZ (nota 9), págs. 80 y ss.; DURÁN, (nota 19), pág. 37; CRYER *et al.* (nota 75), pág. 35. Véase también *Principles combating impunity*, principios 14, 15 y 17-19.

después de la segunda guerra mundial, la investigación de antiguos informantes del Ministerio para la Seguridad del Estado ("Stasi") en la antigua RDA, la exclusión del ejército y de otros cargos públicos de los miembros del partido Baath por la autoridad de ocupación de Estados Unidos en Iraq y una nueva y controvertida ley polaca¹⁷².

• El desarme, la desmovilización, la reintegración constituyen un proceso colectivo dirigido a la reintegración de los antiguos grupos armados en la (nueva) sociedad¹⁷³.

72

¹⁷² La nueva ley del 15 de marzo de 2007 obliga a las personas nacidas antes del 1º de agosto de 1972 a presentar a las autoridades las llamadas "declaraciones de lustración" en cuanto a su relación con los servicios de seguridad polacos durante el período del gobierno comunista. Esta ley ha recibido fuertes críticas y fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional polaca el 12 de mayo de 2007 (véase International Press Institute, <www.freemedia.at/cms/ipi/statements_detail.html?ctxid=CH0055&docid=CMS1176367304750>; Andreas Leixnering, Communist screening law divides polish society, www.dw-world.de, visitada por última vez el 7 de mayo de 2007; www.trybunal.gov.pl/eng/).

¹⁷³ ICTJ-Guidelines, pág. 5; UN Department of Peace Keeping Operations, 1999; TOBIAS DEBIEL/ULF TERLINDEN, "Promoting Good Governance in Post-Conflict Societies", Discussion Paper (GTZ, Eschborn, 2005) 2005, págs. 10 y ss.; sobre un proyecto concreto de la GTZ en Costa de Marfil, véase: <www.gtz.de/de/weltweit/afrika/cote-d-ivoire/16849.htm> (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007); para una evaluación crítica del desarme, la desmovilización y la reintegración en Colombia THEODON (nota 36), págs. 66 y ss. concluyendo, *inter alia*, que el desarme, la desmovilización y la reintegración se focalizaron tradicio-

• Las formas de justicia tradicional (no occidental), por ejemplo, los *Gacaca* en Ruanda, *Ubuntu* en Sudafrica o los ritos de reconciliación (especialmente *mato oput*) de los Acholi en Uganda son con frecuencia una reacción a los sistemas de justicia penal nacional o internacional inspirados en modelos occidentales y aspiran a ofrecer una aproximación al problema más prometedora, dado que toman en consideración la cultura y las tradiciones locales¹⁷⁴. En efecto, la imposición del estilo occi-

nalmente demasiado en objetivos militares y de seguridad, ignorando los aspectos de justicia de transición del esclarecimiento histórico, la justicia, la reparación y la reconciliación.

¹⁷⁴ Véase por ejemplo con respecto a los *Gacaca* PETER UVIN/CHARLES MIRENKO, "Western and local approaches to justice in Rwanda" (2003) 9 Global Governance 219, págs. 228 y ss. donde sostiene que los sistemas de justicia inspirados en Occidente (TPIR, procesos domésticos) han fracasado y que los *Gacaca* ofrecen una alternativa prometedora; sobre el concepto de *Ubuntu* véase BORAINÉ (nota 23), pág. 362; sobre los ritos de los Acholi véase BAINES (nota 38), págs. 103 y ss., que concluye, sin embargo, que "hay muchas cuestiones pendientes que necesitarían ser respondidas" (114). Véase también KRITZ (nota 9), págs. 77-78; JAN-MICHAEL SIMON, "Criminal Accountability and Reconciliation", en HANS-JÖRG ALBRECHT/JAN-MICHAEL SIMON/HASAN REZAEI/HOLGER ROHNE/ERNESTO KIZA (eds.), *Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies - Between Tradition and Modernity*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, 99, págs. 104 y ss.; SANDRINE SCHILLING, *Gegen das Vergessen*, Bern Peter Lang Verlag, 2005, págs. 270 y ss.; TPIY (nota 80), págs. 17 y ss.; MANISUJI SSENYONJO, "The ICC and the Lord's Resistance Army Leaders: Prosecution or Amnesty?" (2007) 7 ICLR, págs. 373 y ss. Sobre los diferentes puntos de vista de las víctimas acerca del posible

73

dental de justicia penal puede impedirles a las víctimas afirmar el control sobre su propia victimización y conduce a una "externalización de la justicia"¹⁷⁵. Los procedimientos tradicionales pueden, sin embargo, entrar en conflicto con el concepto —es necesario admitirlo: occidental— de debido proceso¹⁷⁶.

18. Las medidas incluidas en los primeros dos grupos constituyen predominantemente sanciones no penales o no punitivas¹⁷⁷, el tercer grupo comporta bene-

74

uso de las prácticas de los Acholi véase OHCHR (nota 33), págs. 52 y ss. Sobre las prácticas de los espíritus de los *Magamba* en Mozambique véase VICTOR IGREJA, "Gamba Spirits and the Homines Aperti: Socio-Cultural Approaches to Deal with Legacies of the Civil War in Gorongosa, Mozambique" (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), págs. 6 y ss.

¹⁷⁵ Cfr. KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), pág. 95; en sentido similar DARCY (nota 44), pág. 394: "procesos y tribunales internacionales supone un concepto típicamente occidental de justicia retributiva que puede tener poco eco en muchas de las comunidades en cuyo favor ellos tendrían que operar...".

¹⁷⁶ STAHN (nota 64), pág. 713; *id.*, (nota 46), pág. 454; BAINES (nota 38), pág. 108 y HRW Memorandum 2007 pág. 7, insistiendo en "estándares de debido proceso internacionalmente reconocidos (...) en toda alternativa nacional a las persecuciones de la CPI"; véase también el caso ejemplificado por CLARK (nota 64), págs. 411-412. Esto también genera problemas con respecto al art. 17 (2) Estatuto de la CPI, véase el párr. 42 y la nota 377.

¹⁷⁷ Sobre el uso y significado de este término véase también WILLIAMS (nota 171), pág. 287; KRITZ (nota 9), págs. 80 y ss.; FRANK MEYER, "Complementing Complementarity" (2006) 6 *ICLR* 549, pág. 552.

ficios para los individuos afectados y el cuarto grupo puede consistir, a la vez, en sanciones penales y no penales. Las sanciones no penales, en principio, no deberían sustituir, sino más bien complementar, a las sanciones penales¹⁷⁸. La aplicabilidad de medidas individuales depende de las circunstancias de cada caso. Un sistema de variables en cuanto a las características del conflicto, a los actores (variables de estructura y contexto), al proceso de intervención (variable de proceso) y a los resultados posibles (variable de resultado) ayudan a seleccionar las medidas adecuadas¹⁷⁹. El escenario más probable es una aplicación combinada, dado que las medidas son "complementarias, y cada una cumple un función particular importante"¹⁸⁰. La aplicación de formas alternativas de justicia puede ser considerads como un factor atenuante en los procedimientos penales normales¹⁸¹.

75

4. PONDERACIÓN DE INTERESES POR VÍA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

19. En definitiva, la admisibilidad de limitaciones al interés de justicia, en particular por medio de la abstención de una persecución penal, depende del resultado de una sofisticada ponderación de los intereses en con-

¹⁷⁸ Véase también Principles combating impunity, principio 16 A.

¹⁷⁹ Para mayores detalles véase SCHLUNCK (nota 30), págs. 79 y ss.

¹⁸⁰ UN-Ecosoc, Impunity, 27 february 2004, par. 10.

¹⁸¹ Cfr. STAHN (nota 64), pág. 704.

flicto —paz y justicia—. Este ejercicio de ponderación consiste metodológicamente en un test de *proporcionalidad*¹⁸² en tres niveles, tal como lo ha desarrollado la Corte Constitucional alemana¹⁸³ y elaborado posteriormente desde el punto de vista teórico el estudioso alemán ROBERT ALEXY con su famosa “ley de ponderación” (*Abwägungsgesetz*)¹⁸⁴. La aplicación de este triple test a nuestro caso es como sigue: primero, debe determinarse si la medida en cuestión, por ejemplo, una amnistía, es adecuada para alcanzar el objetivo pretendido, esto es, una transición pacífica o la paz de la sociedad en cuestión¹⁸⁵.

76

¹⁸² Véase también GROPPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), págs. 278-9; UPRIMNY/SAIFON (nota 3), págs. 229-230.

¹⁸³ Véase la decisión fundamental *Erdölbevorratung* [16 de marzo de 1971] BVerfGE 30, 292 (Corte Constitucional alemana), pág. 316.

¹⁸⁴ Véase el trabajo fundamental de ROBERT ALEXY *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985, pág. 146 donde explica esta regla con las siguientes palabras: “Según la ley de la ponderación la medida admisible de no satisfacción o afectación de un principio depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya en la definición del concepto de principio, con la cláusula “relativamente a las posibilidades jurídicas”, es puesto en relación aquello que es exigido por el principio respectivo con aquello que es exigido por los principios opuestos. Es evidente que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o de manera absoluta, sino que siempre es posible hablar solamente de pesos relativos” (Véase también MICHAEL BRENNER/FRIEDRICH KLEIN/HERMANN V. MANGOLDT/CHRISTIAN STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, 5th ed., München, Vahlen, 2005, tomo 2, arts. 20 a 82, nm 314).

¹⁸⁵ SLYE (nota 51), 246; GROPPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), págs. 278-279.

Esto implica un análisis de la seriedad y legitimidad del objetivo declarado, esto es, si la autoridad (normalmente el gobierno) que ofrece la medida de exención persigue real y seriamente este objetivo y no otros planes políticos, por ejemplo, la legalización de un grupo armado con el cual simpatiza. El criterio de la adecuación plantea particularmente la cuestión de si la medida es parte de un proyecto global para romper con el anterior régimen o, por el contrario, garantiza su continuidad¹⁸⁶. Además, es esencial la cuestión de si el nuevo sistema creado sobre la base de una amnistía defiende los derechos humanos y respeta el Estado de derecho¹⁸⁷.

20. En segundo lugar, la medida también debe ser *necesaria o indispensable* para alcanzar dicho objetivo¹⁸⁸, esto es, no deben existir otras medidas que fueran menos intrusivas para el interés justicia. Por ejemplo, una amnistía ofrecida a grupos armados irregulares plantea la cuestión de si la paz o una transición pacífica no podría ser alcanzada por medio de una medida menor, esto es, por una amnistía menos amplia (por ejemplo, que excluya a los crímenes más graves y a los mayores responsables) o por una medida diferente, por ejemplo, una atenuación sustancial del castigo. En el sentido de un principio o excepción de necesidad, como propone ROBINSON¹⁸⁹,

77

¹⁸⁶ Véase también CLARK (nota 64), pág. 409.

¹⁸⁷ Véase también ARSANJANI (nota 21), págs. 66-67.

¹⁸⁸ GROPPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), págs. 279.

¹⁸⁹ ROBINSON (nota 31), pág. 497. Por una limitación similar tomando en consideración las posibilidades reales de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales y abogando por una persecución de “buena fe” MÉNDEZ (nota 94), págs. 264, 270.

es posible preguntarse si la medida es debida a realidades políticas, sociales y económicas.

21. *Last but not least* debe examinarse la *proporcionalidad en sentido estricto*. En este estadio entran a jugar todos los diferentes elementos y criterios que hablan a favor del interés de paz o de justicia. En síntesis, debe hacerse una ponderación entre la cantidad y cualidad (gravedad) de los actos que cubrirá la medida (aspecto de justicia) y el (los) objetivo(s) que se desea(n) lograr¹⁹⁰; en otras palabras, una “ponderación entre la medida del apartamiento de una plena persecución, esto es, la cualidad de las medidas tomadas, y la gravedad de los factores que necesitan una desviación”¹⁹¹. Hay algunos criterios particularmente importantes que se derivan de la discusión arriba efectuada y que tienden a limitar el alcance de las medidas que pueden ser ofrecidas para el bien de la paz:

- *Limitación ratione materiae* con respecto a crímenes internacionales nucleares¹⁹²: dado el deber general de

¹⁹⁰ GROPPENGEIER/MEISSNER (nota 60), pág. 279; UPRIMNY/SAFFON (nota 3), págs. 229-30.

¹⁹¹ ROBINSON (nota 31), pág. 497.

¹⁹² Véase ya AMBOS (nota 75), págs. 210 y ss.; id., *Impunidad* (nota 60), págs. 126 y ss.; CASSEL (nota 54), págs. 219, 220, 228-9; JOYNER (nota 21), págs. 40, 42-43; MÉNDEZ (nota 94), pág. 274; más recientemente YOUNG (nota 88), págs. 476, 477-478; BASSIOUNI (nota 67), págs. 41, 42; STAHN (nota 46), pág. 458; CLARK (nota 64), págs. 408-409; SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 19; UPRIMNY/SAFFON (nota 3), pág. 230; MEYER (nota 177), págs. 576-8; OLSON (nota 30), pág. 284; WERLE (nota 17), nm 212. Véase también Joinet report, principio 25; Orentlicher impunity principles, prin-

perseguir los crímenes de competencia de la CPI (párr. 8) es, en principio, inadmisibles eximirlos de una persecución penal y castigo.

- *Limitación ratione personae* con respecto a los mayores responsables¹⁹³: dada la decisiva y particular responsabilidad de los líderes políticos y militares, ellos no deben beneficiarse de una medida de exención, especialmente si ellos son quienes se la conceden a sí mismos (el caso más usual en la práctica es el de las llamadas auto-amnistías)¹⁹⁴. En efecto, un estudio sobre víctimas muestra que las élites políticas y militares son identificadas como las mayores responsables y en consecuencia deberían ser tenidas como responsables¹⁹⁵. Además, la exclusión y/o separación de aquellas élites criminales de

cipio 24 (a) y el Expert paper complementarity, par. 73; sobre los tribunales internacionales en cuanto a este aspecto véase la nota 335 y el texto principal.

¹⁹³ SLYE (nota 51), págs. 245, 246; BASSIOUNI (nota 67), pág. 41; SCHARF/RODLEY (nota 21), págs. 95-6; ROBINSON (nota 31), págs. 493 y ss. STAHN (nota 46), págs. 458; CLARK (nota 64), pág. 409; MEYER (nota 177), pág. 577. Véase también el Expert paper complementarity, par. 73; sobre los tribunales internacionales en cuanto a este aspecto véase la nota 336 y el texto principal.

¹⁹⁴ Véase ya AMBOS (nota 75), págs. 213 y ss.; id., *Impunidad* (nota 60), págs. 129 y ss.; CASSEL (nota 54), págs. 219, 228; más recientemente YOUNG (nota 88), pág. 477; CLARK (nota 64), págs. 409, 410. Véase también el Expert paper complementarity, par. 73.

¹⁹⁵ Véase KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), págs. 115 (cuadro 30), 122, 158, 161 en donde demuestra que el 71 por ciento de las víctimas considera responsables a los “líderes políticos” y el 42 por ciento a los “líderes militares” (cuadro 30).

la comunidad victimizada beneficia directamente a esta comunidad y al sistema político en su conjunto y por lo tanto tiene un positivo potencial transformador.¹⁹⁶

- Importancia del *estadio del procedimiento* en el cual la exención tiene lugar¹⁹⁷: cuanto más avanzado se encuentre una investigación o un procedimiento penal, más aceptable será eximir al responsable de castigo, dado que el avance de la investigación permite establecer al menos una parte de verdad y evitar la plena impunidad.

- Alguna forma de *responsabilidad (rendición de cuentas; accountability)*¹⁹⁸ y/o un procedimiento público (donde las víctimas puedan confrontarse con los sospechosos) que resulte en la revelación de los hechos (derecho a la verdad)¹⁹⁹ e identifique a los responsables, es decir, los posibles beneficios para los responsables (indultos parciales, atenuación del castigo, etc.) presuponen su cooperación efectiva (beneficios por cooperación)²⁰⁰; de otra

¹⁹⁶ *Ibid.* pág. 127. Véase también HRW, 2005, pág. 15: "El efecto estigmatizante de la persecución penal ayuda a aislar a los actores perturbadores de la escena política y a fortalecer la estabilidad política".

¹⁹⁷ GROPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), pág. 279.

¹⁹⁸ La responsabilidad en este sentido ha de ser entendida de manera amplia; no se limita, como sugiere JOYNER (nota 21), pág. 37, al proceso penal, esto es, a la denuncia, acusación y castigo.

¹⁹⁹ CASSEL (nota 54), págs. 219, 228; SLYE (nota 51), págs. 239, 245; ROBINSON (nota 31), pág. 498; KEMP (nota 21), pág. 69.

²⁰⁰ UPRIMNY/SAFFON (nota 3), págs. 211, 229-30 habla de indultos "responsabilizantes", esto es, la concesión de indultos presupone el reconocimiento de responsabilidad y la cooperación efectiva del responsable.

forma, la medida constituye una autónoma violación del derecho a un recurso (párr. 8)²⁰¹. Para evaluar la cualidad de la forma alternativa de justicia deben ser tenidos en consideración los derechos de las víctimas (párr. 10 y 11) y los criterios desarrollados para una CVR efectiva (párr. 16).

- Los efectos políticos, sociales y económicos *globales* de la(s) medida(s) deben ser evaluados²⁰². ¿Contribuyen a lograr una paz estable y duradera, a una verdadera reconciliación? ¿Contribuyen a la consolidación de la democracia y el Estado de derecho?

22. En la práctica, el ejercicio de ponderación ha sido aplicado por la Corte Constitucional colombiana con respecto a la compatibilidad de la *Ley de Justicia y Paz*²⁰³ con la Constitución²⁰⁴. En opinión de la Corte, para lograr una paz estable y duradera el legislador puede, por un lado, prescindir de ciertas restricciones derivadas del interés justicia, dado que de otro modo la paz puede ser inalcanzable; por otro lado, el interés paz no es absoluto; él no puede ser convertido en una clase de "razón del Estado", dado que el interés justicia y los derechos de

²⁰¹ Cfr. AMBOS (nota 75), págs. 218 y ss.; id., *Impunidad* (nota 60), págs. 135 y ss.

²⁰² Expert paper complementarity, par. 73.

²⁰³ Ley 975 de 2005.

²⁰⁴ GUSTAVO GALLÓN y otros (n 94); véase también CATALINA DÍAZ "Columbias Bid for Justice and Peace" (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), págs. 1 y ss. para un panorama general del conflicto armado en Colombia y el proceso de desmovilización de los paramilitares.

las víctimas también deben ser respetados. Es tarea de la Corte determinar, a través de la ponderación de los intereses involucrados ("método de ponderación"), si la ley puesta en discusión respeta los estándares mínimos protegidos por la Constitución²⁰⁵. La Corte distingue entre tres posibles opciones de ponderación y aplica la más amplia que requiere una ponderación entre los intereses de paz, por un lado, y de justicia, por el otro, incluyendo en el último no solo a la justicia como un valor abstracto y objetivo, sino también a los derechos particulares de las víctimas²⁰⁶. Hablando concretamente, las limitaciones impuestas por la ley al derecho a la justicia deben ser ponderadas con el derecho a la paz²⁰⁷. Sin embargo, dado que las limitaciones al derecho a la justicia no solo constituyen limitaciones de un derecho, sino, al mismo tiempo, de un instrumento para alcanzar la paz, ellas también contribuyen a la realización del derecho de las víctimas de no repetición, verdad y reparación. Por un lado, la paz es un prerrequisito fundamental para satisfacer estos derechos; por el otro, las medidas específicas previstas en la ley, por ejemplo, confesar los crímenes y compensar a las víctimas, contribuyen a la realización de los derechos de las víctimas²⁰⁸. Dada esta ambivalencia y compleja interdependencia de las medidas previstas en la ley, la Corte opta por una aproximación integral ("visión integral"), esto es, analiza cada

²⁰⁵ *Ibid.* par. 5.5., 5.9., 5.10. y *passim*.

²⁰⁶ *Ibid.* par. 5.6.

²⁰⁷ *Ibid.* par. 5.7.

²⁰⁸ *Ibid.* par. 5.12.

medida en el contexto de las otras y teniendo en cuenta todos sus efectos²⁰⁹. En cuanto a la considerable atenuación de la pena ("pena alternativa") para las personas comprendidas en la ley, la Corte afirma que esta sanción "alternativa" no afecta a la sanción original que ha de ser impuesta de acuerdo con el Código Penal; antes bien, la sanción original siempre puede ser aplicada si la persona en cuestión no cumple con las condiciones conectadas a la sanción alternativa. Dada la existencia de la sanción original y su posible aplicación, la posible reducción de pena no es, en opinión de la Corte, desproporcionada²¹⁰. Del mismo modo, el derecho a la verdad no es restringido indebidamente, dado que los beneficios de la ley, especialmente la sanción alternativa, solo se aplican si la persona en cuestión presta una confesión completa y veraz²¹¹. En conclusión, la Corte considera que la ley es compatible con la Constitución, pero exige algunas mejoras específicas con respecto a los derechos de las víctimas²¹². Este no es el lugar para evaluar críti-

²⁰⁹ *Ibid.* par. 5.15.

²¹⁰ *Ibid.* par. 6.2.1.4. En todo caso, hay buenas razones para discutir si puede haber penas proporcionales para atrocidades masivas, véase la discusión de la posición de HANNAH ARENDT en OSIEL (nota 16), págs. 128-9; véase también OSIEL, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, New Brunswick, New Jersey, Transaction Publishers, 1997, pág. 118 incluida nota 122.

²¹¹ *Ibid.* par. 6.2.2., especialmente 6.2.2.1.7.29 - 30.

²¹² *Ibid.* part. VII (decisión). Los cambios han sido introducidos por vía del decreto ejecutivo 3391 de 29 de septiembre de 2006, pero la legislación y práctica subsiguientes indican un retroceso de la decisión de la Corte Constitucional.

camente el proceso de desmovilización colombiano²¹³ ni la decisión de la Corte Constitucional; es claro, sin embargo, que el legislador colombiano podría haber dado mayor legitimidad al proceso, si hubiera usado en un modo más amplio los mecanismos alternativos a la persecución penal disponibles (párrs. 12 y ss.), en particular una CVR efectiva²¹⁴ y medidas de lustración²¹⁵.

5. CONSECUENCIAS PARA LAS AMNISTÍAS: DOS ENFOQUES

23. Dada la particular importancia de la amnistía como instrumento de negociación en los procesos de paz, se plantea la cuestión de si y, en su caso, bajo qué condiciones pueden ser concedidas amnistías a grupos

²¹³ Para una versión crítica de las negociaciones con los grupos paramilitares véase OROZCO (nota 58), págs. 195 y ss.; CHAPARRO (nota 129), págs. 233 y ss.; para una versión crítica sobre la base de investigación empírica en Bogotá, Medellín y Turbo-Apartadó véase Theidon (nota 36), págs. 70 y ss. constatando, *inter alia*, que los grupos paramilitares siguen existiendo y que la reintegración no ha sido suficientemente encarada.

²¹⁴ Véase para una evaluación crítica de la "Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación" ya la nota 136.

²¹⁵ Por el contrario, el reconocimiento como delincuentes políticos de las personas objeto de la "Ley 975", los legitima completamente para la actividad política (críticamente también DURÁN, (nota 19), pág. 37); pero véase la sentencia de la CSJ del 11 de julio de 2007 (Proceso núm. 26945, c/Orlando César Caballero Montalvo), en la cual declara que no es posible considerar la conformación y pertenencia a un grupo paramilitar como delito político; para mas detalles ver AMBOS, *El proceso de paz...*, en este libro, nota de pie de página 49 y texto principal.

combatientes en un conflicto. Desde un comienzo ya es claro de lo arriba dicho que "[j]usticia y paz no son fuerzas contrapuestas"²¹⁶ si, por un lado, el concepto de justicia es entendido de manera amplia, esto es, no limitado a la justicia penal (párr. 2), y, por el otro, las persecuciones penales son llevadas a cabo de manera debida y complementaria (no exclusiva) para reforzar la paz²¹⁷. En efecto, un concepto amplio de justicia revela que el eslogan "no hay paz sin justicia" debe ser leído —superando un concepto de justicia demasiado estrecho— en el sentido de "verdad global" (párr. 13), como un requisito (mínimo) para alcanzar paz y reconciliación reales²¹⁸. La misma ONU se refiere a casos donde "una falta de rendir justicia a través de una persecución formal no ha minado, a largo plazo, la paz"²¹⁹. Sin embargo, a cambio debe ofrecerse, sin dudas, alguna forma de responsabilidad. Así, aunque es claro que para alcanzar una paz duradera es indispensable el respeto del interés de justicia, la difícil cuestión es determinar cuánta justicia puede ser sacrificada en honor de las negociaciones de

²¹⁶ Report Secretary General transitional justice, par. 21; véase también *Gustavo Gallón y otros* (nota 94), par. 5.10. ("[...] la justicia no se opone necesariamente a la paz."); JOYNER (nota 21), pág. 42. Esto se sigue también del art. 1 (1) de la Carta de la ONU según el cual el propósito de la ONU es alcanzar la paz "de conformidad con los principios de la justicia".

²¹⁷ Cfr. CROCKER (nota 28), págs. 533, 543, 545-546; sobre la importancia de la equidad (*fairness*) véase también MÉNDEZ (nota 28), pág. 33.

²¹⁸ Para una similar lectura BASSIOUNI (nota 67), pág. 41.

²¹⁹ ICTJ-guidelines, pág. 4 (bastardilla agregada).

paz sin restringir indebidamente el deber estatal *vis-à-vis* los crímenes internacionales (párr. 8) y sin demoler las bases de una verdadera reconciliación. En cuanto a las amnistías, ya ha sido puesto de manifiesto que un enfoque bifurcado es necesario para distinguir entre amnistías absolutas y condicionales²²⁰, siendo la primera generalmente inadmisible y la última en principio admisible.

A) *Las amnistías absolutas son generalmente inadmisibles (enfoque estricto)*

24. Este tipo de amnistías puede ser caracterizado en su forma más extrema como “amnistías amnésicas” (del griego *amnesia*, referido a un acto de olvido), dado que su finalidad *primaria* es esconder completamente crímenes del pasado prohibiendo cualquier investigación²²¹. Si estas amnistías son el resultado de un compromiso político para poner fin a un conflicto violento o facilitar un proceso de transición, entonces pueden ser llamadas “amnistías de compromiso”; sin embargo, el compromiso subyacente no debe cambiar su deficiencia sustancial en términos de obligaciones internacionales y derechos de las víctimas²²². Un ejemplo clásico de tal amnistía es el decreto chileno 2.191 de abril de 1978 que extendía la amnistía a “autores, cómplices o encubridores” en relación con todos los crímenes cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 (día del *coup d'état* del

²²⁰ Cfr. *supra* el párr. 8 y la nota 88.

²²¹ Cfr. SLYE (nota 51), págs. 240-241.

²²² Cfr. SLYE (nota 51), págs. 241 y ss.

General Augusto Pinochet) y el 10 de marzo de 1978²²³. Un ejemplo más reciente es el artículo IX (2) del Acuerdo de Paz de Lomé del 7 de julio de 1999 entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario (*Revolutionary United Front*) que prevé que el gobierno “concederá un indulto libre y *absoluto* y clemencia a todos los combatientes y colaboradores respecto a *todo* lo hecho por ellos en la lucha por alcanzar sus objetivos”²²⁴.

25. El derecho internacional prohíbe de manera absolutamente inequívoca este tipo de amnistía. Existen varios *instrumentos* recientes que toman esta posición, el más notable —y en contra del Acuerdo de Lomé recién mencionado— es el Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona (CESL)²²⁵. Los *tribunales internacionales* pena-

²²³ Decr.-ley 2191, publicado en el *Diario Oficial* núm. 30.042 del 19 de abril de 1978. Para un análisis de esta y otras normas de impunidad latinoamericanas véase AMBOS (nota 75), págs. 83 y ss. (101-2), 227 y ss.; id., *Impunidad*, 1997 (nota 60), págs. 127 y ss.; id., *Impunidad* (nota 60), págs. 147 y ss.

²²⁴ Véase <www.sc-sl.org/documents.html> (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007); reproducido en BASSIOUNI (nota 9), págs. 593 y ss. (bastardilla agregada).

²²⁵ El art. 10 reza: “Una amnistía ... no será un obstáculo a la persecución”; véase también S/RES/1315 (2000) del 14 de agosto de 2000 que establece que “las disposiciones de amnistía del Acuerdo [Acuerdo de Lomé] no serán aplicables a los crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario”; art. 40 de la Ley de las Cámaras Extraordinarias de Camboya (reimpresa en KAI AMBOS/MOHAMED OTHMAN (eds.) *New Approaches in International Criminal Justice*:

les y de derechos humanos se han referido a las amnistías varias veces. El TPIY ha prohibido la amnistía para la tortura²²⁶, la CESL ha considerado sin valor la amnistía del Acuerdo de Lomé, dado que, *inter alia*, ella sería “contraria a la dirección en la cual se está desarrollando el derecho internacional consuetudinario y [...] a las obligaciones de ciertos tratados y convenciones cuyo fin es proteger la humanidad”²²⁷. En el nivel regional, es particularmente importante la jurisprudencia de la Cor-

Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia, Freiburg i. Br. Edition iuscrim, 2003, pág. 267): “el gobierno de Camboya no soliciará una amnistía o un indulto [...]”.

²²⁶ *Prosecutor v. Furundžija* [10 december 1998], Judgement, IT-95-17/1-T (TPIY) par. 155 (notas omitidas): “El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma perentoria de derecho internacional [...] sirve a delegitimar internacionalmente cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Sería un sinsentido sostener, por un lado, que a causa del valor de *jus cogens* de la prohibición contra la tortura, las reglas convencionales o consuetudinarias que prevean la tortura serían nulas e inválidas *ab initio*, y, por el otro, que un Estado podría no tenerla en cuenta, por ejemplo, tomando medidas nacionales que autoricen o aprueben la tortura o absuelvan a sus autores a través de una ley de amnistía”.

²²⁷ *Prosecutor v. Kallon and Kamara* [13 march 2004] App. Decision, SCSL-2004-15AR72(E) y CSCSL-2004-16 AR72(E) (CESL) par. 84 y par. 71, 73, 88; concordantemente *Prosecutor v. Kondewa* [25 may 2004] App. Decision, SCSL-2004-14 AR72(E) (CESL) con el voto separado del juez Robinson; para un comentario véase KAI AMBOS en ANDRÉ KLIP/GÖRAN SLUTER (eds.), *Annotated Leading Cases Vol. IX, The Special Court for Sierra Leone 2003-2004*, Antwerp, Intersentia, 2006, págs. 103 y ss.

te Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pues ha tenido que examinar la compatibilidad de una clásica amnistía absoluta, a saber la ley de amnistía peruana número 26.479 (y su ley interpretativa núm. 26.492)²²⁸ con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)²²⁹. La Corte consideró que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de la responsabilidad penal que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”²³⁰. Al adoptar las leyes de auto-amnistía Perú no cumplió con

²²⁸ La ley 26.479 del 14 de junio de 1995 (reimpresa en *Normas Legales*, núm. 229, págs. 143-144) era una amnistía absoluta a favor de personal militar, policial y civil por crímenes cometidos en la lucha contra el terrorismo entre mayo de 1980 y la promulgación de esa ley. La ley 26.492 era una ley para “interpretar” el alcance de la ley de amnistía (véase AMBOS (nota 75), págs. 95-6; *id.*, *Impunidad* (nota 60), págs. 140-141).

²²⁹ *Barrios Altos vs. Perú* Case (nota 95), par. 41 y ss. Para una posición similar —y anterior— de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con respecto a amnistías en Argentina, Chile, El Salvador y Uruguay véase Cassel (nota 54), págs. 208 y ss. con otras referencias. En *Velásquez-Rodríguez* (nota 68), la Corte no se refirió a la cuestión de la amnistía a pesar de que Honduras había aprobado una amnistía durante la tramitación del proceso (cfr. CASSEL, *op. cit.*, pág. 210).

²³⁰ *Barrios Altos vs. Perú* (nota 95), par. 41.

la obligación, prevista en el artículo 2 de la CADH, de adecuar el derecho interno a fin de hacer efectivos los derechos de la Convención²³¹. Tales leyes violan los artículos 8 y 25 en relación con el artículo 1 (1) y 2 de la CADH²³². Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad; ellas impiden la identificación de los autores obstruyendo la investigación y el acceso a la justicia; e impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. En consecuencia, tales leyes son manifiestamente incompatibles con la intención y el espíritu de la Convención²³³. Estas consideraciones han sido confirmadas en un proceso posterior contra Perú²³⁴. En otro proceso contra Chile,

²³¹ *Ibid.* par. 42. El art. 2 de la CADH ("Deber de adoptar disposiciones de derecho interno") reza: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

²³² El art. 8 (1) de la CADH establece el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial; el art. 25 (1) prevé el "derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención [...]"; el art. 1 (1) establece el deber del Estado de respetar los derechos y libertades de la CADH.

²³³ *Barrios Altos vs. Perú* (nota 95), par. 43.

²³⁴ *La Cantuta vs. Perú* (nota 103), par. 62, 80, 174.

referido al tristemente famoso *decreto-ley* 2.191 de 1978 (párr. 24), la Corte confirmó *Barrios Altos* y sostuvo que los crímenes contra la humanidad no pueden ser amnistiados²³⁵ y, en consecuencia, dicha amnistía debía ser privada de efectos jurídicos²³⁶. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) afirmó en un caso contra Turquía que respecto a "crímenes que incluyen tortura o maltrato" los procedimientos penales no deben tener límites temporales, ni ser impedidos por una amnistía o indulto²³⁷.

26. Aunque los *organismos de derechos humanos de la ONU* han rechazado previamente, en su jurisprudencia, amnistías respecto a violaciones graves de los derechos hu-

²³⁵ *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 68), párr. 114. Véase también la opinión separada del juez Cançado Trindade donde afirma, *inter alia*, que las autoamnistías "no son verdaderas leyes, por cuanto desprovistas del necesario carácter genérico de estas, de la *idea del Derecho* que las inspira (esencial inclusive para la seguridad jurídica), y de su búsqueda del bien común." (par. 7, notas omitidas). Más bien, ellas son "la propia negación del derecho" y violan el *ius cogens* (par. 10, notas omitidas; véanse también los pars. 17 y ss.).

²³⁶ *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 68), par. 118: "[...] el decreto-ley 2191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile". Muy crítico también Cançado Trindade, *supra* nota 235, pars. 11 y ss.

²³⁷ *Abdülşamet Yaman v. Turkey* [2 November 2004], Judgement, Application núm. 32446/96 [2004] ECHR 572, par. 55.

manos²³⁸, en particular la tortura, la posición de la ONU misma no está libre de duda. Ciertamente, aunque la organización reconoce “que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y un gesto de paz y reconciliación al fin de una guerra civil o un conflicto armado interno”,

²³⁸ Cfr. Commission of Human Rights, Question of enforced disappearance, E/CN.4/RES/1994/39, 4 march 1994, en donde se declara que los individuos “no deberían beneficiar de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas similares que tengan el efecto de exonerarlos de cualquier persecución o sanción penal”. Más recientemente, cualquier impedimento al establecimiento de la responsabilidad jurídica ha sido considerado incompatible con el art. 2 (3) PIDCP (HRC, General Comment 31, par. 18: “[...] cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto, [...] los Estados Parte no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías [...] y las inmunidades e indemnizaciones jurídicas anteriores. [...] Otros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse [...]”. En cuanto a la tortura, el HRC ya había antes declarado lo siguiente: “El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”. (HRC General Comment 20, par. 15). Véase también Joinet report, par. 32 en donde se afirma que: “La amnistía no puede ser acordada a los autores de violaciones en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz”. En contra de la prescripción de los “crímenes de derecho internacional” Basic Principles Victims, sección IV y Principles combating impunity, principio 3.

en varias ocasiones dejó en claro que no acepta en tratados de paz cláusulas de amnistía respecto a crímenes internacionales nucleares “como un genocidio, crímenes contra la humanidad o infracciones graves al derecho internacional humanitario”²³⁹. Sin embargo, la ONU ha tomado parte en negociaciones de paz con una amnistía sobre la mesa (por ejemplo en El Salvador, Guatemala, Haití, Sierra Leona)²⁴⁰ y de este modo ha dado

²³⁹ Report of the Secretary General on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone, S/2000/915, 4 october 2000, pág. 22 (notas omitidas). En el mismo sentido, en el último informe se ha reconocido que “una amnistía cuidadosamente formulada puede ayudar al regreso y la reinserción” de los grupos armados (Report Secretary General transicional justice, par. 32), pero al mismo tiempo confirmado que la ONU “nunca puede prometer amnistías para el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad o las graves violaciones de los derechos humanos...” (*ibid.* par. 10, 32, 64). Véase también ICTJ-guidelines, págs. 1, 2 (“prohibición para el personal de la ONU de aprobar una amnistía respecto a graves violaciones a los derechos humanos.”) y Guidelines Negotiations, par. 13 (“necesario y propio para que sea concedida inmunidad de persecución...; sin embargo, la ONU no puede consentir amnistías que conciernen crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio o fomentar a aquellos que violan obligaciones convencionales relevantes de las partes” en conflicto).

²⁴⁰ Críticamente sobre la participación de la ONU en El Salvador, Guatemala y Haití Cassel (nota 54), págs. 221 y ss.; críticamente sobre la cambiante posición respecto a la amnistía en Sierra Leona, el Informe de la CVR de Sierra Leona (nota 25), cap. 6, pág. 365, par. 10 (“inconsistencia de la práctica de la ONU”) y pág. 369, par. 25 (“Repudiando la amnistía en el Acuerdo de Paz de Lomé, las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona han

a tales amnistías una clase de legitimidad internacional²⁴¹. En el caso probablemente más dramático, el Acuerdo de Lomé, este camino de malabarista forzó al representante especial a anexar una “declaración interpretativa” al Acuerdo según la cual “[L]a ONU interpreta que la amnistía y los indultos previstos en el art. 9 del Acuerdo no serán aplicables a los crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras infracciones graves al derecho internacional humanitario”²⁴². En el proceso ugandés, el ex coordinador humanitario de la ONU, Jan Egeland, se encontraba en la difícil situación en la cual, por un lado, tenía que mediar entre el gobierno y el Ejército de Resistencia del Señor (ERS) y, por el otro, se rehusaba hablar con

socavado inadvertidamente las futuras negociaciones de paz donde la amnistía está contemplada”); sobre Haití véase GAVRON (nota 64), págs. 106-107 y RODOLFO MATTAROLLO, “The Transition to Democracy and Institution Building: The Case of Haiti”, en BASSIOUNI (nota 9), págs. 763 y ss. En Guatemala, la ONU merece crédito por las limitaciones *ratione materiae* ya mencionadas, *supra* nota 155.

²⁴¹ Sobre este riesgo véase también SCHARF/RODLEY (nota 21), pág. 91.

²⁴² Citado según CASSESE (n 88), at 315; véase también UN-Ecosoc, Impunity, 27 february 2004, par. 31; VAN DER VOORT/ZWANENBURG (nota 60), pág. 321 refiriéndose al Séptimo Informe de avance del Secretario General sobre la Misión de Observador de la ONU en Sierra Leona del 30 de julio de 1999 (7th Progress Report of the Secretary General of the UN Observer Mission in Sierra Leone of 30 July 1999 UN Doc. S/1999/836, par. 7).

los líderes rebeldes acerca del retiro de las órdenes de detención de la CPI dictadas en su contra y/o una posible amnistía que bloquee la investigación de la CPI²⁴³. Para evitar estos problemas, la ONU debería dejar en claro desde el principio que una amnistía absoluta no está en la mesa de negociaciones²⁴⁴.

27. La *práctica nacional* sobre amnistías absolutas es, a escala mundial, bastante infrecuente, dado que la mayoría de los países no conceden tales amnistías y en consecuencia no tienen que tratar jurídicamente con ellas. El estudio de MALLINDER comprueba que si bien los “crímenes internacionales” están alcanzados por amnistías, estas no son necesariamente amnistías absolutas y que, en todo caso, se aplican más frecuentemente a los “crímenes políticos” y a los “crímenes contra individuos” que a los crímenes internacionales²⁴⁵. De acuerdo con

²⁴³ Véase Reuters, “UN humanitarian chief willing to meet Uganda’s LRA,” 10 de noviembre de 2006 <www.alertnet.org/thenews/newsdesk/L10722529.htm> (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007). Sobre el conflicto entre la CPI y algunos líderes locales de los Acholi véase BAINES (nota 38), págs. 102-103 y SSENYONJO (nota 174), págs. 365 y ss.

²⁴⁴ Véase también MÉNDEZ (nota 28), pág. 37. Los documentos citados *supra* en la nota 239, no son claros a este respecto. En particular las Guidelines Negotiations solo exigen “[p]rontos compromisos para respetar los derechos humanos y los principios humanitarios...” (par. 7).

²⁴⁵ Así, Mallinder study (nota 28), pars. 34 y ss. y la figura 4 (pero reconociendo la definición “elástica” de crímenes políticos, par. 36, y que los crímenes contra individuos también pueden ser crímenes internacionales, par. 39).

un estudio reciente sobre la persecución nacional de crímenes internacionales, que comprende 33 países²⁴⁶, solo el derecho (escrito)²⁴⁷ de Venezuela contiene una prohibición de amnistiar crímenes internacionales, mientras que el derecho de los 32 países restantes no se expresa sobre la cuestión²⁴⁸. Aunque esto pueda ser cier-

²⁴⁶ ESER/SIEBER/KREICKER, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, vol. I–VII (Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg 2003–2006).

²⁴⁷ El art. 29 de la Constitución establece un deber de investigar y sancionar los “delitos contra los derechos humanos”, declara “imprescriptibles” las acciones penales de los “delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra” y dispone que las “violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad” “quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía. Véanse también las limitaciones *ratione materiae* en la Ley de Reconciliación Nacional de Guatemala, *supra* nota 155.

²⁴⁸ KREICKER (nota 21), págs. 306–307. Pero véase el reciente decreto presidencial de amnistía de febrero de 2006 de Algeria (Ordonnance n° 06-01 du 28 Moharran 1427 correspondant au 27 février 2006 portant mise en oeuvre de la CHARTE pour la paix et la réconciliation nationale, en Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire, n° 11, <http://193.194.78.233/ma_fr/stories.php?story=05/09/06/3612066> visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; véase OLSON (nota 30), pág. 288), y las discusiones sobre la amnistía en Somalia y Afghanistan (sobre Afghanistan véase especialmente el aún no implementado Plan de Acción de la República islámica de Afghanistan para la paz, la justicia y la reconciliación adoptado en diciembre de 2005 (“Action Plan of the Islamic Republic of Afghanistan for peace, justifi-

to también para el derecho de otros países, también lo es que actualmente existen pronunciamientos judiciales sobre amnistías y exenciones similares dictadas en el curso de la persecución de crímenes cometidos durante un pasado totalitario. La reciente jurisprudencia de algunos tribunales de América Latina es de particular importancia a este respecto²⁴⁹. Probablemente la decisión más explícita contra exenciones (de procedimiento) fue dictada por la Corte Suprema argentina en el caso *Simón*: la Corte, sobre la base de la afirmación de la CIDH de un deber de perseguir y una prohibición de amnistías (*Barrios Altos*, ver párr. 25), sostuvo que las leyes de Punto Final y Obediencia debida²⁵⁰ son nulas e incons-

ce and reconciliation adopted December 2005”) y AHMAD NADER NADERY, “Peace and Justice? Transitional Justice in Afghanistan” (2007) 1 *The International Journal of Transitional Justice*, págs. 173 y ss.). Existen también ejemplos históricos, como, en Italia, la “Amnistía Togliatti” del 22 de junio de 1946 (reimpresa en MIMMO FRANZINELLI, *Amnistia Togliatti*, Milano Mondadori, 2006, págs. 313 y ss.) que cubría a los delitos políticos (arts. 2, 3) y excluía ciertos crímenes especialmente graves, por ejemplo, la tortura (art. 3).

²⁴⁹ Para una visión general de las recientes amnistías en América Latina (en once países) véase CASSEL (nota 54), págs. 200–201.

²⁵⁰ Sobre estas leyes (ley 23.492 del 29 de diciembre de 1986 y ley 23.521 del 9 de junio de 1987) véase AMBOS (nota 75), págs. 109 y ss.; id., *Impunidad* (nota 60), págs. 158 y ss. Una anterior ley de amnistía absoluta al estilo chileno (decreto-ley 22.924 del 22 de septiembre de 1983) había sido derogada por el Congreso tres meses después de su entrada en vigor (véase Ambos (nota 60), págs. 107–108 y 156).

titucionales²⁵¹. La situación es mucho más compleja en Chile, en donde la Corte Suprema sostuvo por mucho

98

²⁵¹ Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad, etc. causa núm. 17.768, sentencia [14 de junio de 2005] (Corte Suprema argentina) en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 328, págs. 2056 y ss. La sentencia se compone de siete votos individuales de los jueces intervinientes, los cuales, conjuntamente, muestran una clara tendencia a favor de un deber de perseguir y una prohibición de amnistías y normas similares (véanse *inter alia*, los votos de los jueces PETRACCHI, par. 19, 20 y ss., 31; MAQUEDA, par. 19, 21, 76, 81, 82; ZAFFARONI, par. 14-16, 26 y Argibay, par. 14). Sin embargo, el juez FAYT disiente en la caracterización de las dos leyes como amnistías y considera que ellas no están prohibidas. En dos sentencias anteriores, la Corte Suprema había sostenido que los crímenes contra la humanidad, por ejemplo, un homicidio calificado cometido en el curso de la lucha contra la "subversión" de la dictadura militar no estaban sujetos a prescripción (Recurso de hecho deducido por el Estado y el gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros causa núm. 259 [24 de agosto de 2004] sentencia (Corte Suprema argentina) en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 327, págs. 3312 y ss.). Esto también había sido afirmado con respecto a meras violaciones de la CADH (Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por la defensa [23 de diciembre de 2004] sentencia (Corte Suprema argentina) en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 327, págs. 5668 y ss.). Véase también EZEQUIEL MALARINO, "Argentina", en K. AMBOS/E. MALARINO (eds.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Montevideo Konrad-Adenauer-Stiftung; 2003, págs. 69-70; PABLO PARENTI, "Argentina", en K. AMBOS/E. MALARINO/J. WOISCHNIK (eds.), *Dificultades jurídicas*

tiempo que el decreto de amnistía 2.191 (ver párr. 24) impedía cualquier investigación de los crímenes por él alcanzados²⁵². Solo después de dos decisiones de la Corte de Apelaciones de Santiago la posición de la Corte Suprema se volvió un poco más flexible y finalmente en 1998 sostuvo que la amnistía era "inaplicable" —no "inválida" — mientras que los autores o las víctimas no hubieran sido identificados²⁵³; posteriormente esta posición

y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, págs. 77-78, 84. Recientemente, la Cámara Federal de Buenos Aires ha declarado inválidos los decretos de indulto (a condenados) a favor del General Videla y el Almirante Massera (causa 13/84 "Incidente de inconstitucionalidad de los indultos dictados por el decr. 2741/90 del poder ejecutivo nacional". Registro de la Secretaría General núm. 02/07/P, sentencia del 25 de abril de 2007); la decisión de la Corte Suprema está pendiente. Cfr., también "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad", M. 2333. XLII y otros. sentencia [13 de julio de 2007] (Corte Suprema argentina).

²⁵² Véase sobre esta jurisprudencia AMBOS (nota 75), págs. 239 y ss.; *id.*, *Impunidad* (nota 60), págs. 163 y ss.

²⁵³ Pedro Enrique Poblete Córdova [9 de septiembre de 1998] sentencia, rol núm. 895-96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago (Corte Suprema chilena), en *Gaceta Jurídica* 219, págs. 122 y ss. La Corte invocó los Convenios de Ginebra (que anteriormente habían sido considerados inaplicables) y algunas disposiciones de procedimiento (véase AMBOS (nota 60), págs. 165 y ss.; JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, "Chile", en K. AMBOS/E. MALARINO (eds.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung; 2003, págs. 175, 187).

99

fue confirmada, pero también rechazada²⁵⁴, de modo que es justo decir que la Corte es al menos ambigua. *Last but not least*, en Uruguay la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado²⁵⁵ fue confirmada por la Corte Suprema tratándola como una amnistía²⁵⁶.

28. Por otro lado, los tribunales de *terceros Estados* debieron ocuparse, sobre la base de la jurisdicción universal u otros vínculos extraterritoriales, de amnistías o exenciones similares concedidas en los Estados territoriales, y normalmente declararon a estas medidas inválidas o irrelevantes respecto a las persecuciones nacionales. Así, la *Audiencia Nacional* española sostuvo que las

100

²⁵⁴ Véase, por un lado, Miguel Ángel Cotreras Sandoval [17 de noviembre de 2004] sentencia (Corte Suprema chilena), donde la Corte sostuvo que una amnistía está prohibida respecto a crímenes de guerra (par. 34 y 35), y, por el otro, *Secuestro de Ricardo Ríosco Montoya y Luis Cotal Álvarez* [4 de agosto de 2005] sentencia (Corte Suprema chilena) donde la Corte rechazó (otra vez) la aplicación de los Convenios de Ginebra y aplicó la amnistía.

²⁵⁵ Ley 15.848 del 22 de diciembre de 1986. Esta ley era una consecuencia de leyes de amnistías absolutas anteriores (véase JOSÉ LUIS GONZÁLEZ, "Uruguay", en K. AMBOS/E. MALARINO (eds.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung; 2003, págs. 519-20; sobre la génesis de la ley véase FUCHS (nota 21), págs. 48 y ss).

²⁵⁶ *Detta Josefina/Menotti Noris/Martínez Federico/Muso Osiris/Burgell Jorge - Denuncia - Inconstitucionalidad de la Ley 15.848, art. 1, 2, 3 y 4* (Ficha 112/87) [2 de mayo de 1988] sentencia 184 (Corte Suprema uruguaya) y *González José Luis en Representación de Juan Gelman - Inconstitucionalidad* (Ficha 90-10462/2002) [15 de noviembre de 2004] sentencia 332 (Corte Suprema uruguaya).

leyes argentinas de *Punto Final* y *Obediencia Debida* eran —no obstante su violación del derecho internacional— irrelevantes para la persecución en España de tales casos, dado que esas leyes no establecen indultos, sino que solo descriminalizan los actos respectivos²⁵⁷. Esta práctica es sustentada por la consideración general de que el tercer Estado que lleva adelante la persecución está ejerciendo su propia jurisdicción y, en consecuencia, no está vinculado por los obstáculos de procedimiento existentes en otra jurisdicción²⁵⁸. El argumento sustancial o normativo subyacente es que el tercer Estado no puede infringir el derecho internacional, especialmente la soberanía del Estado del acusado, si hace lo que el derecho internacional exige, esto es, perseguir los crímenes

101

²⁵⁷ Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), 4 de noviembre de 1998, Recurso de Apelación núm. 84/1998 (ARP 1998\5943). Fundamento jurídico "Octavo". Cosa juzgada. Véase también ALICIA GIL GIL, "España", en K. AMBOS/E. MALARINO (eds.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung; 2003, 335, pág. 357. Véase también el proceso alemán sobre los desaparecidos de nacionalidad alemana durante el régimen militar argentino que no estaba obstaculizado por las leyes argentinas de Punto Final y Obediencia Debida (cfr. KAI AMBOS/GUIDO RUEGENBERG/JAN WOISCHNIK, "Straflosigkeit in Argentinien für während der Militärdiktatur (1976-1983) begangene Taten des "Verschwindenlassens"?/Rechtslage für Opfer mit deutscher oder anderer Staatsangehörigkeit" (1998) 25 EuGRZ 468, págs. 474 y ss.).

²⁵⁸ Cfr. CRYER *et al.* (nota 75), pág. 33. Véase para una discusión KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht*, München C. H. Beck, 2006, § 3 nm. 53 y ss.

internacionales nucleares, mientras que el Estado territorial—en contra de este deber— amnistía estos crímenes en lugar de perseguirlos²⁵⁹.

29. La amplia *literatura* sobre amnistías en su mayoría adopta la posición descrita en los puntos precedentes (25-28) y normalmente recurre a las mismas fuentes normativas²⁶⁰. Con frecuencia, se arguye, desde una

²⁵⁹ Cfr. CASSESE (nota 88) pág. 316; similar PFANNER (nota 28), págs. 371-372; WERLE (nota 17), nm 212.

²⁶⁰ Véase AMBOS (nota 75), págs. 209 y ss. con otras referencias en la nota 214; id. (nota 258), § 7 nm. 114; véase también TEITEL (nota 13), pág. 58; CHERIF BASSIOUNI, *International Criminal Law* (Transnational Publishers, Ardsley 1999), págs. 10-14, 22; GOLDSTONE/FRITZ (nota 21), pág. 663; MÉNDEZ (nota 28), pág. 33; ANDREAS O'SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, London, New York, Kluwer, The Hague, 2002, págs. 195-196; CHRISTINA MÖLLER, *Völkerstrafrecht und IStGH – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte* (LitV, Münster 2003), págs. 614-615, 619; ANTONIO CASSESE, "The Special Court and international law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty" (2004) 2 JICJ, págs. 1130 y ss.; ÁNGEL SÁNCHEZ L., *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 372 y ss.; URS BEHRENDT, *Die Verfolgung des Völkermords in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte*, Berlin, BWV 2005, pág. 308; JÖRG MENZEL/TOBIAS PIERLINGS/JEANNINE HOFFMANN, *Völkerrechtsprechung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pág. 795; STAHN (nota 64), pág. 704; id. (nota 46), pág. 461; BELL (nota 120), págs. 3 y ss.; BURKE-WHITE (nota 80), pág. 582; SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 14; OLSON (nota 30), págs. 283-4; SALMÓN (nota 74), págs. 332 y ss. (339-40). HRW, 2005, págs. 12 y ss. no distingue entre amnistías absolutas y condicionales, pero sostiene de manera general que una amnistía respecto a "crímenes más graves" es inadmisibles. Para una posición filosófica véa-

perspectiva *ratione materiae*, que las amnistías son inadmisibles respecto a los crímenes internacionales nucleares²⁶¹. El mismo argumento se hace invocando el deber de perseguir estos crímenes²⁶². El claro compromiso del Estatuto de la CPI en contra de la impunidad (párrafos 4 a 6 del preámbulo) es considerado una expresión de *opinio iuris* de que las amnistías están prohibidas respecto a los crímenes de competencia de la CPI²⁶³. Algunos estudios, desde una perspectiva mucho más pragmática y políticamente orientada, no aceptan amnistías que equivalgan a impunidad²⁶⁴. El argumento de la soberanía

se ANJA MATWIJKI, "A Philosophical Perspective on Rights, Accountability and Post-Conflict Justice: Setting up the Premises", en BASSIOUNI (nota 9), 155, págs. 193 y ss.

²⁶¹ WERLE (nota 16), pág. 65: "una exención general [...] inaceptable" "amnistías generales para crímenes de derecho internacional son inadmisibles"; MEYER (nota 177), págs. 556-557: "La corriente de opinión predominante [...] excluye al menos a las amnistías generales como mecanismos de responsabilidad legítimos para crímenes contra el derecho internacional"; OLSON (nota 30), pág. 284; BORAINÉ (nota 23), pág. 278.

²⁶² Véase *Princeton Principles*, Principio 7: "Las amnistías están generalmente en contradicción con la obligación de los Estados de asignar responsabilidad ..." <www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html> (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007) y WERLE (nota 17), núm. 212; SSENYONJO (nota 174), pág. 386.

²⁶³ GROPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), pág. 300; véase también SCHARF (nota 54), pág. 522; STAHN (nota 64), pág. 702.

²⁶⁴ Véase SCHARF (nota 54), pág. 512 donde sostiene que las amnistías no equivalen a impunidad, sino que más bien con fre-

nía avanzado por el *Conseil Constitutionnel* francés²⁶⁵, esto es, que el ejercicio efectivo de la soberanía comprende el derecho a tomar una decisión soberana sobre la amnistía, no es convincente, dado que se basa en un concepto grociano de soberanía que no tiene en cuenta las obligaciones internacionales, esto es, el deber de perseguir los crímenes internacionales nucleares²⁶⁶.

B) *Una amnistía condicionada puede ser admisible bajo ciertas circunstancias (enfoque flexible)*

104

30. Una amnistía condicional es una amnistía que —a diferencia de una amnistía absoluta— no exime automáticamente de castigo por los actos cometidos durante un cierto período de tiempo, sino que condiciona el beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario(s). La primera y mínima condición es que los grupos armados prometan depone sus armas incondicionalmente y así facilitar el fin de las hostilidades. Esta condición es la consecuencia de los argumentos de los peores abusos o de el riesgo de transición arriba mencionados (párr. 3). Más concretamente

cuencia están vinculadas a mecanismos de responsabilidad; en contra de la posibilidad de amnistiar “verdaderos” crímenes internacionales también JOYNER (nota 21), págs. 40, 42-43.

²⁶⁵ Decisión 98-408, 22 de enero de 1999, *Journal officiel* de la République Française du 24 Janvier 1999, 1317, pág. 1320. Véase también YOUNG (nota 88), págs. 479 y ss.

²⁶⁶ Véase también VAN DER VOORT/ZWANENBURG (nota 60), págs. 333-334.

te, los (antiguos) autores deben efectuar ciertos actos con vistas a cumplir con el núcleo del elemento justicia, esto es, especialmente satisfacer los legítimos reclamos de las víctimas (párr. 10-11), en particular a través de la revelación completa de los hechos, el reconocimiento de responsabilidad, el arrepentimiento, etc.²⁶⁷. Como un importante efecto colateral, este proceso de afrontar el propio pasado ayudará a los antiguos autores en su propia rehabilitación y reintegración en la nueva sociedad. Dado que una amnistía condicional está acompañada normalmente por una CVR, también son aplicables los criterios desarrollados para una CVR efectiva (párr. 16). Al igual que en el caso de una CVR, la legitimidad de una amnistía depende del procedimiento empleado para su creación²⁶⁸: cuanto más amplia sea la participación ciudadana, cuanto más democrático y transparente sea este proceso, tanto más legitimidad gozará la amnistía. Igualmente importante es la calidad democrática del procedi-

105

²⁶⁷ Cfr. CRYER *et al.* (nota 75), pág. 33, donde afirma que “una amnistía será menos probablemente ilegítima si existen otros mecanismos para la compensación de la víctima y similares”. Sobre posibles condiciones a las amnistías véase Mallinder study (nota 28), par. 42 y ss. incluida la figura 5 en donde constata que en la mayoría de los casos se han previsto medidas de reparación, seguidas por rendición/desarme, tiempo límite para la aplicación de la medida, arrepentimiento y cooperación, comisiones para la verdad y reconciliación, lustración y justicia basada en la comunidad.

²⁶⁸ Véase también CIDH, *Informe anual*, 192-3 (1986); SLYE (nota 51), págs. 239, 245, 246; véase también YOUNG (nota 88), pág. 476; sobre el procedimiento democrático véase también TEITEL (nota 13), pág. 58; GOLDSTONE/FRITZ (nota 21), pág. 664.

miento por medio del cual se seleccionan los beneficiarios de la amnistía. Dicho todo esto, es claro que desde la perspectiva de las víctimas lo esencial de una amnistía condicional es que prevea *alguna forma de responsabilidad*, si bien no dentro del marco de un juicio penal al menos por medio de un mecanismo alternativo, especialmente una CVR. Solo este tipo de amnistía, que podría ser mencionada como “amnistía responsable” (*accountable amnesty*)²⁶⁹, puede, dependiendo de las condiciones y circunstancias del caso concreto, contribuir a la verdadera reconciliación²⁷⁰. El cumplimiento de todas estas condiciones puede ser facilitado por una *cláusula de revocación de la amnistía* como parte de un tratado de paz que establezca que la amnistía será revocada si las partes del tratado violan las condiciones acordadas²⁷¹.

31. El ejemplo más famoso de tal amnistía responsable es el de Sudáfrica²⁷², prevista en el epílogo a la

²⁶⁹ SLYE (nota 51), págs. 245-246.

²⁷⁰ Para una conclusión similar y un útil, aunque no completamente satisfactorio, intento de desarrollar criterios para evaluar la posible contribución de una amnistía a la reconciliación cfr. Mallinder study (nota 28), pars. 54 y ss. afirmando en el par. 66 que el efecto sobre la reconciliación “depende de las amplias condiciones políticas de un Estado...”.

²⁷¹ Cfr. Sierra Leone TRC Report (nota 25), capítulo 6, pág. 369, par. 26; BELL (nota 120), págs. 13 y ss.

²⁷² Véase el fundamental estudio de JEREMY SARKIN, *Carrots and sticks: TRC and the South African amnesty process* (Intersentia, Antwerp, Oxford 2004); un punto de vista de un *insider* ofrece BORATNE (nota 23); véase también DUGARD (nota 64), págs. 10-11-12; SCHLUNCK (nota 30), págs. 186 y ss., 226 y ss.; GAYRON (nota

Constitución de 1994²⁷³ y regulada en detalle en la ley de verdad y reconciliación (*Truth and Reconciliation Act*)²⁷⁴. Según esta normativa, una amnistía individual puede ser concedida, a requerimiento, por un específico Comité de Amnistía²⁷⁵ dentro del marco de un procedimiento

64), págs. 113 y ss.; SCHIFF, (nota 156), págs. 328 y ss.; PAUL VAN ZYL, “Unfinished Business: The Truth and Reconciliation Commission’s Contribution to Justice in Post-Apartheid South Africa”, en BASSIOUNI (nota 9), págs. 745 y ss.; CASSIN (nota 14), especialmente, págs. 238 y ss.; JEREMY SARKIN, “The Amnesty Hearings in South Africa Revisited”, en GERHARD WERLE (ed.), *Justice in Transition – Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa*, Berlin, BWV, 2006, págs. 43 y ss.; VOLKER NERLICH, “Lessons for the International Criminal Court: The Impact of Criminal Proceedings on the South African Amnesty Process” en *ibid.*, págs. 55 y ss.; sobre los procesos posteriores a la CVR véase Lovell Fernandez, “Post TRC Prosecutions in South Africa” en *ibid.*, págs. 65 y ss.

²⁷³ Véase supra el párr. 3 incluida la nota 22.

²⁷⁴ Su nombre completo es “Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación núm. 34 de 1995” (“*Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995*”). Véase también SARKIN (nota 272), págs. 234 y ss.

²⁷⁵ La Ley de la CVR (sección 3 (3)) crea tres comités (el Comité de las violaciones a los Derechos Humanos, el Comité de la Reparación y Rehabilitación, el Comité de la Amnistía). El Comité de la Amnistía está facultado a conceder una amnistía respecto a todo acto, omisión o delito si media una solicitud particular, siempre que quien la ha solicitado haya revelado completamente todos los hechos y, además, siempre que el acto, omisión o delito en cuestión cometido en el curso de los conflictos del pasado esté asociado con un objetivo político (sección 20 (1), (2), (3) ley de la CVR).

parecido a un proceso que exponga al solicitante a un escrutinio público. En Sudáfrica, las condiciones eran, *inter alia*, que el solicitante revele todos los hechos cometidos ("esquema de reconocimiento por amnistía"²⁷⁶, "amnistía a cambio de verdad"²⁷⁷) y que estos hechos pudieran ser considerados delitos políticos²⁷⁸. De 7.116

²⁷⁶ ABRAMS/HAYNER (nota 137), pág. 287.

²⁷⁷ BORAINÉ (nota 23), págs. 275 y ss. (276: "revelación completa").

²⁷⁸ Véase la sección 3 (1) de la Ley de la CVR según la cual la CVR debe facilitar "... la concesión de la amnistía a personas que hacen una completa revelación de todos los hechos importantes referidos a actos asociados con un objetivo político ...". La sección 20 (3) define un acto "asociado con un objetivo político" recurriendo a los siguientes criterios:

"(a) El motivo de la persona que cometió el acto, omisión o delito;

"(b) el contexto en el cual el acto, omisión o delito y, en particular, si el acto, omisión o delito fue cometido en el curso de o como parte de una revuelta, disturbio o suceso o en reacción a esto;

"(c) la naturaleza jurídica o fáctica del acto, omisión o delito, incluida la gravedad del acto, omisión o delito;

"(d) el objeto u objetivo del acto, omisión o delito y, en particular, si el acto, omisión o delito fue dirigido primariamente contra un adversario político o contra personal o propiedad del Estado o contra individuos o propiedad privada;

"(e) si el acto, omisión o delito fue cometido en ejecución de una orden de o en nombre de o con aprobación de la organización, institución, movimiento de liberación u órgano del cual era miembro, agente o partidario la persona que cometió el acto; y

"(f) la relación entre el acto, omisión o delito y el objetivo político perseguido y en particular la proximidad y el carácter di-

solicitudes individuales, en 1.167 casos se concedió la amnistía y en 145 el solicitante tuvo un éxito parcial²⁷⁹. Dadas estas condiciones, la amnistía sudafricana debe ser claramente distinguida de una amnistía absoluta tal como la he definido arriba (párr. 24)²⁸⁰. De este modo,

recto de la relación y la proporcionalidad del acto, omisión o delito respecto al objetivo perseguido. Pero no incluye a ningún acto, omisión o delito cometido por alguna persona referida en la subsección 2 si esta actuó

"(i) en beneficio personal: a condición de que el acto, omisión o delito cometido por una persona que actuó o recibió dinero o algo de valor en cuanto informante del Estado o de un antiguo Estado, organización política o movimiento de liberación no sea excluido solo en razón de que la persona haya recibido dinero o algo de valor por su información; o

"(ii) en razón de malicia personal, malevolencia o despecho contra la víctima de los actos cometidos".

Para una análisis crítico de los requisitos de la revelación de los hechos y del delito político véase SARKIN (nota 272), págs. 249 y ss., págs. 278 y ss.; sobre la naturaleza política de los actos véase también BORAINÉ (nota 23), págs. 276-277.

²⁷⁹ Para una análisis detallado véase SARKIN (nota 272), págs. 107 y ss.

²⁸⁰ Véase también la Corte Constitucional, *supra* nota 23, par. 32: "La amnistía contemplada no es una amnistía absoluta contra una persecución penal para todo el mundo, concedida automáticamente como un acto uniforme de amnesia legalmente obligatoria. Ella es autorizada en concreto con el propósito de lograr una transición constructiva hacia un orden democrático. Ella está disponible solo si existe una completa revelación de los hechos al Comité de la Amnistía y si es claro que la transgresión concreta, cometida en el curso de los conflictos del pasado, fue

no sorprende que haya sido aprobada por la Corte Constitucional básicamente con el argumento de que era necesaria para cruzar un “puente histórico” —en el camino hacia la reconciliación y unidad nacionales²⁸¹—. Sin embargo, se ha criticado que la amnistía sudafricana, con excepción de la exigencia del delito político, no tuviera limitaciones *ratione materiae* o *personae*²⁸² y es

realizada durante el período prescripto y con un objetivo político” Para una defensa a este respecto también BORAINÉ (nota 23), págs. 297-298.

²⁸¹ Corte Constitucional, *supra* nota 23; la mención a un “puente histórico” está contenida en el epílogo a la Constitución (*supra* nota 22), Mahomed DP concluyó, seguido por los nueve jueces restantes (Didcott J. disintió únicamente en cuanto al fundamento respecto a la exclusión de la responsabilidad civil): “En conclusión, estoy satisfecho de que el epílogo de la Constitución haya autorizado y contemplado una “amnistía” en su significado más amplio y generoso para aumentar y optimizar las posibilidades de facilitar el viaje constitucional de la vergüenza del pasado a la promesa del futuro.” (Corte Constitucional, *supra* nota 23, par. 50).

²⁸² Para una exposición general de la crítica véase SARKIN (nota 272), págs. 6 y ss.; críticamente también IMBLEAU (nota 121), pág. 170; HUNT (nota 124), pág. 196; OROZCO (nota 58), págs. 186-187; SOOKA (nota 6), págs. 316-317. Según SCHIFF (nota 156), págs. 331, 339, 341 la generalizada impunidad en Sudáfrica se debe más a la debilidad del sistema judicial doméstico que al trabajo de la CVR. En sentido similar, VAN ZYL (nota 272), págs. 745 y ss., sostiene que la CVR no tenía autoridad sobre las persecuciones y reparaciones (pág. 760); en todo caso, fue “extraordinariamente exitosa como proceso de narración de la verdad” (pág. 759); para una evaluación positiva también BORAINÉ (nota 23), págs. 258 y ss. (véanse ya las notas 135 y 280), págs. 340 y ss. (con respecto a la reconciliación). Según LOVELL FERNANDEZ (nota 272), hay pocas

efectivamente discutible que estas limitaciones generalmente reconocidas (párrs. 15, 21, 25 y ss.) puedan ser ignoradas sin más. Aunque se sigue, en un nivel abstracto, del test de proporcionalidad (párrs. 19 y ss.) que los crímenes nucleares internacionales no deben ser objeto de una exención y tanto menos si la exención también alcanza —por falta de limitaciones *ratione personae*— a los mayores responsables (párr. 21), esta regla es un principio y como tal no es inmovible, sino que está abierta a excepciones —aunque muy estrictas—. Aunque la admisibilidad de estas excepciones dependa de las circunstancias del caso concreto —como en Sudáfrica donde es importante tener en cuenta que la mayoría de los pedidos de amnistías han sido desestimados— es claro que, en un nivel abstracto, tales excepciones solo pueden estar justificadas por circunstancias extremas que casi no dejen, con vistas a una transición pacífica, otra opción que aceptar, en última instancia, la impunidad de los crímenes internacionales nucleares (sobre este “argumento de los peores abusos” ver el párr. 3). Ciertamente, aceptar este argumento significa ceder al poder de las armas —*auctoritas, non veritas facit legem*— y en una situación dada difícilmente pueda probarse que las concesiones eran realmente necesarias, dado que la alternativa —ceñida a las limitaciones *ratione materiae* y *personae*— no ha sido puesta en práctica.

dudas de que “la elección de conceder amnistías a personas que han cometido crasas violaciones de los derechos humanos no está de acuerdo con el derecho internacional” (pág. 79). Para una reciente defensa DESMOND M. TUTU, “Reflections on Moral Accountability” (2007) 1 IJTJ, págs. 6-7.

32. Probablemente, el argumento jurídico más fuerte a favor de un enfoque flexible se encuentre en el artículo 6 (5) del *Protocolo adicional II* (PA II) a las cuatro Convenciones de Ginebra²⁸³. La disposición siempre ha sido interpretada —de acuerdo con la opinión del CICR basada en los *travaux*²⁸⁴— en el sentido de que únicamente se refiere a actos legales en combate y a aquellas violaciones mutuas del derecho internacional humanitario que han sido cometidas como una consecuencia necesaria del conflicto armado, esto es, en el sentido de que no cubre a las infracciones al derecho internacional humanitario²⁸⁵. En efecto, la disposición se aplica solo a los conflictos armados no internacionales y de este

112

²⁸³ La disposición reza: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

²⁸⁴ Cfr. YVES SANDOZ/CHRISTOPHE SWINARSKI/BRUNO ZIMMERMANN, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, núm. 4618: “El objeto de este párrafo es promover un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado dividido”. Véase también PFANNER (nota 28), pág. 371.

²⁸⁵ Concordantemente, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.480, Informe núm. 1/99, par. 116; UN-Ecosoc, *impunity*, 27 February 2004, par. 27. Véase también CASSEL (nota 54), pág. 218; MÉNDEZ (nota 28), pág. 35; GAVRON (nota 64), págs. 101-2 y SLYE (nota 51), pág. 178 todos haciendo referencia a la posición del CICR; también YOUNG (nota 88), págs. 446-447; Seils/Wierda (nota 21), pág. 14; OLSON (nota 30), pág. 286; SALMÓN (nota 74), pág. 338.

modo no puede socavar el deber de perseguir las infracciones graves. En cuanto a amnistías respecto a crímenes cometidos en conflictos no internacionales, la reciente criminalización de estos actos por la jurisprudencia en el caso *Tadić*²⁸⁶ y el artículo 8 (2) (c) y (e) del Estatuto de la CPI hacen necesario desde el punto de vista del principio de la unidad del orden jurídico (internacional) o bien seguir la interpretación restrictiva del CICR o bien rechazar las amnistías por crímenes de guerra: si este orden establece un deber de perseguir crímenes de guerra (en particular las infracciones graves de las Convenciones de Ginebra, párr. 7), no puede, al mismo tiempo (y precisamente por un instrumento de la misma área jurídica, a saber el DIH) permitir que estos crímenes sean exonerados de castigo²⁸⁷. Sea como fuese, la mera existencia del artículo 6 (5) PA II con su explícita referencia a una amnistía exige cierta flexibilidad; por consiguiente, luego de un conflicto armado una amnistía debe seguir siendo posible, de acuerdo con el artículo 6 (5) PA

113

²⁸⁶ *Prosecutor vs. Tadić* [2 October 1995] Decisión de Apelación, IT-94-1-AR 72 (TPIY), pars. 71 y ss.

²⁸⁷ Véase ya AMBOS (nota 75), págs. 210-11; véase también CHRISTIAN TOMUSCHAT, “The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals”, en H. J. CREMER (ed.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Steinberger*, Berlin, Springer, 2002, pág. 315; WERLE (nota 16), nm 191 incluida la nota 366; Sánchez L. (nota 260), pág. 371; GROPPENGIEßER/MEIBNER (nota 60), pág. 272; GERHARD HAFNER/KRISTEN BOON/ANNE RUBESAME/JONATHAN HUSTON, “A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgewood” (1999), 10 *EJIL* 111; GAVRON (nota 64), pág. 103.

II, si es una herramienta apropiada y necesaria para lograr la reconciliación nacional²⁸⁸ y si ella no socava el deber de investigar del Estado.

33. La doctrina predominante sigue el enfoque doble y distingue entre amnistías absolutas y condicionales²⁸⁹ y, consiguientemente, permite las últimas bajo ciertas y excepcionales circunstancias. Algunos estudiosos sostienen que, desde el punto de vista jurídico, una prohibición general aún no existe²⁹⁰, otros que, por razones políticas, no puede existir²⁹¹. Aun otros ponen énfasis

²⁸⁸ Véase también ARSANJANI (nota 21), pág. 65 y BELL (nota 120), págs. 5 y ss.

²⁸⁹ Véanse las referencias *supra* en la nota 88.

²⁹⁰ Véase por ejemplo CASSESE (nota 88), pág. 315: "No existe aún ninguna obligación general de abstenerse a dictar leyes de amnistía respecto a estos crímenes". Para un punto de vista más estricto aparentemente Olson (nota 30), págs. 289 y ss. generalmente en contra de una amnistía respecto a crímenes nucleares internacionales.

²⁹¹ Véase por ejemplo WERLE (nota 16), pág. 66 (núm. 190): "[...] derecho (penal) internacional no puede bloquear completamente una amnistía que es necesaria para restaurar la paz."; GROPPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), págs. 278-279: "prohibición relativa"; WARD FERDINANDUSSE, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, The Hague, TMC Asser Press, 2006, págs. 205 y ss. (207: "presunción" de prohibición); KREICKER (nota 21), págs. 17-18, 306. Véase también el análisis crítico del elemento justicia en el proceso de paz de Dayton en WILLIAMS (nota 20), pág. 115, quien concluye que "el punto de vista actualmente predominante parece ser que es mejor negociar la paz con los responsables de las atrocidades que insistir en la inclusión de normas de justicia que pueden hacer descarrilar el proceso de paz ..." (pág. 133).

en los criterios para permitir amnistías condicionales o limitadas, por ejemplo, que toda la verdad sea dicha y que la amnistía sea necesaria para la transición pacífica²⁹² o que ella sea aplicada solo a crímenes colectivos²⁹³. En algunos casos, el dilema argumentativo deviene manifiesto al tratar de reconciliar ambos puntos de vista —el prohibitivo y el permisivo—. Los estudios llevados a cabo por ORENTLICHER²⁹⁴ y DUGARD²⁹⁵ sirven de buenos ejemplos a este respecto. OHRENTLICHER propone, por un lado, un principio (núm. 22) de acuerdo con el cual los Estados deberán incorporar "garantías contras las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía ..." y, por el otro, un principio específico (núm. 24) según el cual las amnistías y otras medidas de clemencia serán en general posibles, pero mantenidas dentro de ciertos límites, a saber, que el Estado en cuestión desarrolle una investigación independiente e imparcial²⁹⁶ o que la persona en cuestión sea sometida a juicio ante la justicia nacional o internacional²⁹⁷ y que la amnistía no afecte el derecho de la víctima a reparación²⁹⁸. Interpretando de este modo estos princi-

²⁹² VAN DER VOORT/ZWANENBURG (nota 60), págs. 324 y ss. (326).

²⁹³ LARRY MAY, *Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, págs. 243 y ss., 251-252.

²⁹⁴ Orentlicher impunity principles.

²⁹⁵ DUGARD (nota 60), págs. 693 y ss.

²⁹⁶ Orentlicher impunity principles, Principio 24 (a) en relación con el Principio 19.

²⁹⁷ *Ibid.*, Principio 24 (a).

²⁹⁸ *Ibid.*, Principio 24 (b).

pios contradictorios (22 y 24), la autora dice que intentó evitar toda posible implicación de que el autor de delitos graves con arreglo al derecho internacional pueda verse eximido por *completo* de castigo penal si durante el periodo de la investigación [...] revela sus delitos²⁹⁹.

DUGARD deriva, por un lado, una prohibición de amnistiar crímenes internacionales del deber de perseguir estos crímenes³⁰⁰, pero, por el otro, rechaza en vista de la práctica de los Estados la existencia de tal deber y, consiguientemente, una prohibición de amnistía³⁰¹ y en última instancia deja a la discreción de los Estados concernidos la concesión de amnistías con tal de que no contemplen genocidios, infracciones graves y tortura³⁰².

De hecho, aunque DUGARD no distingue claramente entre el deber de perseguir y la concesión de amnistías,

²⁹⁹ Orentlicher *Impunity principles commentary*, par. 56 (bastardilla agregada). Más recientemente Orentlicher confirmó su respaldo a mecanismos de responsabilidad penal, pero hizo énfasis en la importancia de los actores locales, los cuales pueden hacer necesaria una suspensión temporal de la persecución penal (Orentlicher [nota 21], págs. 21-22).

³⁰⁰ DUGARD (nota 60), pág. 697.

³⁰¹ *Ibid.* pág. 698.

³⁰² *Ibid.* pág. 699. De manera similar ya DUGARD (nota 64), págs. 1003-1004 expresando dudas acerca de si el derecho internacional —dada la práctica estatal contraria— prohíbe las amnistías, aunque reconoce que se está “moviendo en esa dirección”. En cuanto a los crímenes en particular sostiene que el genocidio y los crímenes de guerra (“infracciones graves”) no pueden estar cubiertos por una amnistía, pero que el derecho no es claro respecto a otros crímenes internacionales (pág. 1015).

él distingue entre amnistías absolutas y condicionales, concretamente la chilena y la sudafricana³⁰³. Para las últimas, él requiere una aprobación judicial o una investigación cuasi-judicial³⁰⁴ y las acepta —siguiendo el ejemplo de Sudáfrica— si ellas han “sido concedidas como parte de una investigación” que apunte a la “verdad y reconciliación y cada persona [...] ha sido obligada a revelar completamente su conducta criminal como pre-condición para la amnistía y los hechos tenían una motivación política”³⁰⁵.

³⁰³ DUGARD (nota 60), págs. 699-700.

³⁰⁴ DUGARD (nota 60), pág. 703.

³⁰⁵ DUGARD (nota 60), pág. 700. De manera similar ya DUGARD (nota 64), págs. 1005, 1015 considerando que una amnistía absoluta, incondicional, sin una comisión de la verdad “no es más una opción aceptable”.

CAPÍTULO II

PROCESOS DE PAZ Y CPI

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

34. Aunque por mucho tiempo los procesos de paz no han estado bajo el control de un *mecanismo permanente de responsabilidad*—como mucho han sido establecidos *ex post facto* mecanismos *ad hoc* como tribunales internacionales o internacionalizados³⁰⁶— la situación ha cambiado radicalmente con el establecimiento de la CPI³⁰⁷. En efecto, la CPI es “parte del proyecto de justicia de transición”³⁰⁸ y las partes de un conflicto pueden tomar en serio la “amenaza” de la CPI mucho antes de que las mismas negociaciones comiencen, y algunos de los ma-

³⁰⁶ Sobre los Tribunales “híbridos” en este contexto véase KRITZ (nota 9), págs. 70 y ss.

³⁰⁷ SCHLUNCK (nota 30), págs. 251-52, 254; GOLDSTONE/FRITZ (nota 21), págs. 665-6; para una evaluación positiva SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 18.

³⁰⁸ JUIS MORENO-OCAMPO, “Transitional justice in ongoing conflicts” (2007) 1 IJTJ, 8.

yores responsables pueden incluso ser excluidos de estas negociaciones³⁰⁹. Este efecto no se limita a los Estados parte dado que, como muestra la situación de Sudán, incluso un Estado no parte puede ser objeto de investigaciones de la CPI en caso de una remisión de la situación por el Consejo de Seguridad (art. 13 (b) Estatuto de la CPI)³¹⁰. Es interesante conocer que investigaciones empíricas muestran que la mayoría de las víctimas apoyan la idea de una justicia penal internacional y universal³¹¹. Además, dado que la CPI se basa en un tratado independiente (arts. 1 y 4 Estatuto de la CPI), otros actores, especialmente la ONU, no pueden, con excepción del Consejo de Seguridad (sobre el art. 16 Estatuto de la CPI, véase el párr. 50), interferir en sus investigaciones. Como muestra la situación del Norte de Uganda, la ONU como mediador de la paz no está en la posición de decidir sobre la continuación de una investigación o el retiro de las órdenes de detención³¹². La

³⁰⁹ SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 19. Sobre el efecto de exclusión que acarrea la persecución penal véase ya *supra* el párr. 21 incluida la nota 196.

³¹⁰ Esta expansión jurisdiccional ha sido llamada el “mazo” (*sledgehammer*) de la CPI por ANTONIO CASSESE, “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections” (1999) 10 EJIL 144, pág. 161.

³¹¹ Según KIZA/RATHGEBER/ROHNE (nota 4), págs. 100 y ss. (cuadro 21), 110, 156 el 53 por ciento de las víctimas entrevistadas quería que un tribunal internacional juzgue a los autores. Cfr. para el punto de vista no uniforme de las víctimas ugandesas OHCHR (nota 33), págs. 50 y ss.

³¹² Véase *supra* el párr. 25 incluida la nota 243.

CPI tiene autonomía judicial *vis-à-vis* otras organizaciones internacionales y tribunales, así como *vis-à-vis* las partes de un conflicto. Esto se sigue de su posición organizativa —recién descrita— y de varias disposiciones del Estatuto³¹³. Al mismo tiempo, en situaciones de conflictos en curso la CPI, especialmente la Oficina del Fiscal (OF), debe guardar las distancias respecto a todas las partes de un conflicto para preservar su imparcialidad y neutralidad³¹⁴. Por otro lado, las decisiones de la Corte no tienen un efecto limitador sobre terceros Estados, esto es, estos deciden autónomamente sobre su jurisdicción e interés de perseguir crímenes internacionales³¹⁵. Por el contrario, las limitaciones de la Corte *ratione personae* y *materiae* (véase *infra* párr. 36) significan que las jurisdicciones domésticas aún tienen que desempeñar un importante papel en el juzgamiento de crímenes internacionales, con excepción de los autores más im-

³¹³ Véase por ejemplo el art. 19 (1) según el cual la CPI “se cerciorará” (“shall satisfy itself”) y determinará la admisibilidad “de oficio” (“on its own motion”) (cfr. STAHL [nota 64], pág. 700).

³¹⁴ Véase OTP Activities Report, pág. 16-17 donde se declara, en relación con las iniciativas de paz en el norte de Uganda, que “[...] para preservar su imparcialidad, la Oficina [del fiscal] no puede formar parte de estas iniciativas. La política de la Oficina es mantener su propia independencia y llevar a cabo su mandato de investigar y enjuiciar, y hacerlo de tal modo que respete los mandatos de otros e intente maximizar el impacto positivo de los esfuerzos conjuntos de todos los actores. [...] la Oficina ha mantenido un perfil público bajo durante la investigación[...]. En ningún momento, sin embargo, la Oficina frenó su investigación”.

³¹⁵ Cfr. ROBINSON (nota 31), págs. 503-504; SEIBERT-FOHR (nota 21), págs. 576 y ss. Véase también *supra* el párr. 25.

portantes de los crímenes más importantes³¹⁶. A la vez, el Estatuto de la CPI puede tener un efecto limitador sobre las amnistías nacionales en la medida en que los Estados parte están obligados a cooperar, por ejemplo, entregando a una persona que está protegida por una amnistía nacional (incondicional)³¹⁷.

35. La cuestión de la *amnistía* fue planteada, aunque no fue considerada con seriedad, durante el Comité Preparatorio³¹⁸ y deliberadamente eludida durante la Conferencia de Roma³¹⁹. De hecho, un acuerdo general sobre la cuestión no era viable y, en consecuencia, se dejó su

122

³¹⁶ Véase también OTP Policy Paper, págs. 3 y 7, que aboga por un enfoque de dos niveles que deje la persecución de los "autores de nivel inferior" a las jurisdicciones domésticas.

³¹⁷ Con más detalle SEIBERT-FOHR (nota 21), págs. 584 y ss.

³¹⁸ Report of the PrepCom on the Establishment of the ICC (1996), UN-GAOR, 51st session, suppl. núm. 22 (A/51/22), vol. 1, pág. 40 (par. 174): "También se ha expresado el punto de vista de que la "excepción" al principio *non bis in idem* tal como establecida en el artículo 42 (b) debería extenderse más allá del procedimiento judicial para abarcar la libertad condicional, el indulto, la amnistía, etc.". SCHARF (nota 54), págs. 507, 508, GAVRON (nota 64), pág. 108 y SEIBERT-FOHR (nota 21), pág. 562 se refiere a un documento informal ("non-paper") de los EEUU; además, SEIBERT-FOHR (nota 21), pág. 556 sugiere que una de las razones de la administración Bush de "retirar la firma" ("unsign") del Estatuto de la CPI fue la ausencia de una disposición sobre amnistías. Véase también ARSANJANI (nota 21), pág. 67: "nunca discutida con seriedad"; ROBINSON (nota 31), pág. 483; CÁRDENAS (nota 46), págs. 155-156.

³¹⁹ HAFNER/BOON/RÜBESAME/HUSTON (nota 287), págs. 109-113; véase también DUGARD (nota 64), pág. 1013; DUGARD (nota 60), págs. 700-701 con otras referencias.

solución, como la de tantas otras, a la CPI³²⁰. De la misma manera, tampoco fue tratada expresamente la cuestión de los mecanismos de responsabilidad alternativos³²¹. En todo caso, el Estatuto de la CPI es un instrumento flexible y la CPI un mecanismo de responsabilidad flexible³²². Desde el punto de vista jurídico, esto se sigue, por un

³²⁰ La historia de las negociaciones es malinterpretada por YOUNG (nota 88), págs. 459 y ss. quien critica la ausencia de una disposición explícita y de pautas precisas sobre la amnistía en el Estatuto y las RPP (págs. 470-471, 475-6, 482). Este autor no solo ignora que la cuestión fue deliberadamente dejada abierta por los proyectistas dado que arribar a un acuerdo era simplemente imposible (véase también ROBINSON [nota 31], 483; SEIBERT-FOHR [nota 21], págs. 561, 589; CÁRDENAS [nota 46], pág. 156), sino también —en un nivel más general— convierte erróneamente a la CDI en proyectista del Estatuto (pág. 459: "... la CDI proyectó sencillamente disposiciones ..."), y al Estatuto en un tratado de la ONU (pág. 464: "La ONU adoptó el Estatuto de Roma ..."). Estos son errores graves y sorprende cómo el trabajo pudo haber sido publicado, sin que estos errores fueran corregidos.

³²¹ Cfr. CHERIF BASSIOUNI, *The Legislative History of the International Criminal Court*, vol. 1, New York, Transnational Publishers, 2005, págs. 133-134.

³²² Cfr. DANIEL D. NTANDA NSEREKO, "The ICC: jurisdictional and related issues" (1999), 10 CLF 87, pág. 120; ARSANJANI (nota 21), pág. 65, págs. 66, 68; ROBINSON (nota 31), págs. 483-484, 502, 505; SEIBERT-FOHR (nota 21), págs. 557-558, 573-574; CLARK (nota 64), págs. 407, 414; MEYER (nota 177), págs. 564 y ss., pág. 576 afirmando que "mientras las decisiones nacionales ... se compadecan con la complejidad de las convicciones y dinámicas sociales, la CPI debería ser respetuosa" de ellas. Schlunck (nota 30), pág. 259 sostiene que sería corto de vista poner a la CPI por sobre la voluntad política de quienes toman las decisiones nacionales, esto iría contra una gestión flexible del conflicto.

123

lado, de la relativamente amplia discreción del Fiscal con respecto a la investigación preliminar y a la toma de ciertas medidas de investigación³²³ y, por el otro lado, de los artículos 16, 17 y 53 del Estatuto de la CPI, que serán analizados con más detalle más adelante (párr. 37 y ss.). Dichas disposiciones podrían ser interpretadas como un reconocimiento indirecto de medidas de abstención de la persecución penal a fin de lograr una transición pacífica o la paz³²⁴. En la práctica, el Fiscal toma en consideración el argumento del riesgo de la transición (párr. 3) y trata de evaluar el riesgo real y concreto a través de discusiones minuciosas con las fuentes en el terreno de conflicto³²⁵. Por consiguiente, el Estatuto de la CPI deja lugar a las amnistías u otras exenciones si ellas son condicionales y están acompañadas de formas alternativas de justicia, las cuales en última instancia pueden condu-

³²³ El estándar del “fundamento suficiente” (“reasonable basis”) de los arts. 15 (3) y 53 deja una amplia discreción; la solicitud de una orden de detención conforme al art. 58 puede ser aplazada si el sospechoso participa en las negociaciones de paz (véase también SEILS/WIERDA [nota 21], págs. 2, 7). Incluso HRW, 2005, pág. 21 admite que existe alguna discreción en la persecución respecto al *timing*, por ejemplo, con respecto a la solicitud de una orden de detención; sin embargo, el Fiscal no debería reconocer públicamente que el retraso se debe al proceso de paz y este retraso no debería ser indefinido (*ibid.* pág. 22).

³²⁴ Véase también SCHARF (nota 54), pág. 508 que sostiene incluso que el documento informal (“non-paper”) de los EE. UU., formalmente rechazado (nota 318), fue indirectamente codificado; críticamente CÁRDENAS (nota 46), pág. 156.

³²⁵ SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 13.

cir a la persecución y sanción penal³²⁶. En efecto, es inconcebible que la CPI pretenda reemplazar la decisión de una nación que busca paz y justicia por medios alternativos³²⁷. Sin embargo, va demasiado lejos justificar esta flexibilidad con el “objetivo general [de la CPI] [...] de proteger la paz y la seguridad”³²⁸. Por un lado, esto es una exageración: aunque el preámbulo (párrafo 3) haga referencia a la paz y a la seguridad en conexión con los crímenes de competencia de la CPI, esta en cuanto corte *penal* interesada en la responsabilidad individual tiene objetivos mucho más concretos y modestos, a saber, perseguir y sancionar a los autores de crímenes internacionales (preámbulo, párrafo 4) y, así, “poner fin a la impunidad” de esos crímenes (preámbulo, párrafo 5). Si, como efecto colateral, esto también contribuye a la paz y a la seguridad, entonces ha de ser bienvenido³²⁹, pero no puede ser el objetivo principal o “general” de la CPI. Por el otro lado, si la continua impunidad de estos crímenes realmente amenaza la paz y seguridad internacionales, como lo sugiere el párrafo 3 del preámbulo, entonces es contradictorio justificar exenciones del castigo,

³²⁶ GOLDSTONE/FRITZ (nota 21), págs. 656, 667; STAHN (nota 64), pág. 719.

³²⁷ GOLDSTONE/FRITZ (nota 21), pág. 667.

³²⁸ SEIBERT-FOHR (nota 21), pág. 574.

³²⁹ Véase, por ejemplo, OTP Activities Report, pág. 18 (que hace referencia a la importancia de la justicia y la responsabilidad para la paz en Darfur): “Este claro reconocimiento de las importantes conexiones entre justicia, paz y seguridad [...] es un gran logro en la evolución del rol de la justicia internacional”.

esto es, la impunidad de estos crímenes, con la protección de estos mismos valores. Como mucho, la no persecución facilita el logro de la paz y de la seguridad, pero no las protege o consolida. De hecho, es difícil explicar que una institución creada para evitar la impunidad, debería promoverla aceptando amnistías³³⁰; esto iría, en efecto, contra el *telos* de la CPI³³¹.

36. La autonomía judicial de la CPI (párr. 34) significa que tiene amplia discreción para decidir cómo tratar con las amnistías. Podría incluso rechazar amnistías que alcancen crímenes respecto a los cuales no exista un claro deber de perseguir³³². Por otro lado, las limitaciones *ratione materiae* y *personae* arriba mencionadas (párr. 21) operan para la CPI en la dirección opuesta: dado que la CPI —así como los Tribunales *ad hoc*³³³— adelanta una

³³⁰ La cuestión llegó ante el TPIY en *Prosecutor v. Deric* [30 March 2004] Sentencing Judgement, Case núm. IT-02-61-S, opinión disidente del juez Schomburg, par. 11: “a) Promesas [...] no pueden resultar de facto en una concesión de amnistía/impunidad parcial por el fiscal, especialmente no en una institución creada para evitar la impunidad”.

³³¹ YOUNG (nota 88), pág. 471; ROBINSON (nota 31), pág. 497; STAHN (nota 64), pág. 703; SSENYONJO (nota 174), pág. 377.

³³² STAHN (nota 64), pág. 705.

³³³ Véase por ejemplo, CS ONU Res. 1534 (26 de marzo de 2004), par. 5 solicitando al TPIY y al TPIR que se aseguren que las acusaciones se concentren sobre los líderes de más alto nivel y la regla 28 (A) de las RPP del TPIY que dispone que el *Bureau* (esto es, la Sala compuesta por el Presidente del Tribunal, el Vicepresidente y los jueces que presiden las Salas de Juicio, cfr. art. 23 de las RPP del TPIY) determinará si la acusación “se dirige contra uno o más de los líderes de más alto nivel sospechados de ser los mayores responsables”; de otro modo y si los crímenes no

estrategia de persecución³³⁴ centrada en los crímenes más graves³³⁵ y en los autores mayormente responsables³³⁶, las amnistías u otras exenciones referidas a auto-

son de suficiente gravedad el caso debería ser reenviado a los tribunales locales (regla 11 bis (C)); véase también el art. 1 Estatuto de la CESL (“personas que tienen la mayor responsabilidad ...”).

³³⁴ El fiscal en jefe, Luis Moreno Ocampo distingue al respecto —teniendo en consideración preocupaciones presupuestarias de los Estados donantes— entre un “enfoque guiado por los recursos” muy limitado y un “enfoque guiado por el caso” menos selectivo (Moreno-Ocampo Statement 2005, págs. 8-9).

³³⁵ Esto ya se sigue del preámbulo (por ejemplo, párrafo 4: “crímenes más graves” (“most serious crimes”) y del art. 17 (1) (d) que refiere a la “gravedad suficiente” (“sufficient gravity”); sobre esta exigencia véase abajo el párr. 38 incluidas las notas 353 y ss. Véase también OTP Activities Report, págs. 7-8, 23; OTP Report on Prosecutorial Strategy, 14.9.2006, pág. 5; OTP Fourth Report, pág. 4; Moreno-Ocampo Statement 2006b, pág. 2.

³³⁶ Cfr. OTP Policy Paper, pág. 3, 7 (“concentrarse [...] sobre aquellos que tienen la mayor responsabilidad [...]”; concordantemente OTP Activities Report, págs. 7-8, 16, 23; OTP Report on Prosecutorial Strategy, 14.9.2006, pág. 5; OTP Fourth Report, pág. 4; Moreno Ocampo Statement 2006b, pág. 2. Véase también SCHLUNCK (nota 30), pág. 260; EL ZEIDY (nota 72), pág. 905; OLÁSOLO (nota 31), pág. 146; STAHN (nota 64), págs. 707-8; MEYER (nota 177), pág. 577 que sostiene que respecto a los autores de nivel bajo son suficientes sanciones no penales. Para la Sala de Cuestiones Preliminares I, situación en la República Democrática del Congo en el caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* [24 February 2006] Decision concerning PTC I’s Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 (ICC), par. 50, esto también está asegurado por el umbral de gravedad del art. 17 (1) (d). Esta limitación *ratione personae*

res del nivel medio o bajo y/o a crímenes menos graves no son de su incumbencia³³⁷. Respecto a los crímenes, la Corte puede seguir un enfoque específico del crimen (*crime-specific approach*) esto es, decidir caso por caso con respecto a cada crimen si está bloqueado por una amnistía; para la desaparición forzada, por ejemplo, podría optar por un rechazo retroactivo de una amnistía anterior, dado que es un delito permanente³³⁸. En todo caso, dada la exclusión de grandes grupos de autores menores y de crímenes menos graves por la estrategia de persecución actual, persecuciones selectivas por una judicatura nacional centrada en los crímenes más graves y en los autores mayormente responsables generalmente pasaría el test de complementariedad y, por consiguiente, tornaría inadmisibile la intervención de la CPI³³⁹.

2. ANÁLISIS DE DISPOSICIONES RELEVANTES

A) Complementariedad (art. 17 Estatuto de la CPI)

a) Análisis de la disposición

37. El artículo 17, para algunos la disposición "más delicada" en el contexto de la justicia de transición³⁴⁰,

es confirmada por investigaciones sobre las actitudes de las víctimas, véase supra notas 195 y 196.

³³⁷ Sobre este "espacio de impunidad" SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 14.

³³⁸ Cf. STAHN (nota 64), pág. 706.

³³⁹ Para el mismo resultado ROBINSON (nota 31), págs. 500-501.

³⁴⁰ STAHN (nota 64), pág. 719.

organiza la relación entre la CPI y las jurisdicciones domésticas y, como tal, constituye la disposición más importante del Estatuto de la CPI en lo que se refiere a los Estados parte³⁴¹. La disposición intenta lograr un adecuado equilibrio entre el ejercicio soberano de la jurisdicción (penal) de los Estados y el interés de la comunidad internacional por evitar la impunidad de los crímenes internacionales nucleares³⁴², dando preferencia a los Estados parte en caso de que tengan voluntad y capacidad de investigar y perseguir tales crímenes. El artículo 17 propociona reglas sobre la *admisibilidad* de los procedimientos ante la CPI *vis-à-vis* las jurisdicciones domésticas. De este modo, no es una disposición jurisdiccional *stricto sensu*, sino que *presupone* la existencia de la jurisdicción (tal como quedó previsto en los arts. 11 y 12 del Estatuto de la CPI), la cual puede ser *ejercida* si el caso es admisible³⁴³. La determinación de inadmisibilidad por la CPI de acuerdo con el apartado 1 del artículo 17 presupone que tenga lugar un proceso nacional respecto a los mismos episodios y conductas³⁴⁴ —el art. 17

³⁴¹ Cf. BENZING (nota 103), pág. 593.

³⁴² Cf. BENZING (nota 103), págs. 595 y ss., 600.

³⁴³ Véase también BENZING (nota 103), pág. 594; confuso SEIBERT-FOHR (nota 21), pág. 561 tratando la cuestión como una jurisdiccional.

³⁴⁴ Véase la reciente solicitud conforme al art. 58 (7) del fiscal de la CPI en el caso Darfur: "Aunque las investigaciones en Sudán involucran a Ali Kushayb, ellas no se refieren a los *mismos episodios o conducta* que son objeto del presente caso ante la Corte. En consecuencia, el caso es admisible." (ICC Prosecutor Presents Evidence on Darfur Crimes, The Hague, 27 February 2007, ICC-OTP-20070227-206-En (bastardilla agregada).

se refiere a un caso específico y no a la situación global³⁴⁵; si esto no es así, esto es, si el sistema nacional está completamente inactivo, el caso ha de ser considerado admisible sin más³⁴⁶. En este sentido, la soberanía estatal es restringida dado que a los Estados parte no les está permitido permanecer inactivos frente a crímenes internacionales nucleares³⁴⁷. Es importante observar, sin embargo, que un deber estatal de actuar frente a estos crímenes, en particular de perseguirlos (párr. 8), no nació recién con el establecimiento de la CPI, sino que ya existía con anterioridad. Si bien la cuestión de la inactividad es de naturaleza *empírica*, el verdadero examen del artículo 17 —en caso de existencia de un proceso nacional— es esencialmente *normativo*, centrándose sobre la calidad de los procesos y —vinculado íntimamente con esto— la falta de voluntad y la incapacidad del sistema

³⁴⁵ Véase también BENZING (nota 103), pág. 603. Sin embargo, una situación, consistente en varios casos, es referida a la Corte (art. 13); por lo tanto, en caso de “incapacidad” (“inability”) (art. 17 (3)) el efecto de un colapso del sistema de justicia nacional puede ir mucho más allá el caso específico y extenderse a la situación en su conjunto (cfr. MORTEN BERGSMO, “The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court, Part II, arts. 11-19”, 1998, 6 Eur.J.Cr., Cr.L. & Cr. J. 29, pág. 43; CÁRDENAS (nota 46), págs. 130-131).

³⁴⁶ BENZING (nota 103), pág. 601; contrariamente a BENZING esto también es pertinente respecto a la inactividad debida a un obstáculo procesal, dado que entonces una investigación no tiene lugar en absoluto, véase también abajo la nota 371 y el texto correspondiente. Véase también SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 6.

³⁴⁷ BENZING (nota 103), pág. 600.

doméstico en cuestión³⁴⁸. Así, resumiendo, es posible decir que la “CPI solo actúa cuando los Estados no llevan a cabo procesos o no lo hacen debidamente”³⁴⁹. Desde el punto de vista del procedimiento, las solicitudes de inadmisibilidad pueden ser planteadas por el Estado interesado (arts. 18 (2) y 19 (2) (b), (c) del Estatuto de la CPI) o el acusado (art. 19 (2) (a))³⁵⁰.

38. Una mirada más detenida del artículo 17 revela varios aspectos que deben distinguirse. Por un lado, la disposición distingue entre investigación y enjuiciamiento (art. 17 (1) (a) y (b)) y un juicio ya terminado por un tribunal (art. 17 (1) (c) con referencia al artículo 20 (3)). Por el otro lado, hay una distinción temporal en cuanto a la *etapa procesal* de la investigación: o la investigación (o el enjuiciamiento) está en curso actualmente (art. 17 (1) (a)) o ella ya ha sido concluida y ha sido tomada la correspondiente decisión de no perseguir (art. 17 (1) (b)). Si, a su vez, la decisión de perseguir ha sido tomada y la persona ya ha sido juzgada, el estadio procesal es aún más avanzado y es aplicable el artículo 17 (1) (c). Independientemente de estos criterios temporales, los crímenes en cuestión deben ser de suficiente *gravedad* “para justificar la adopción de otras medidas por la Corte” (art. 17

³⁴⁸ Para la misma distinción empírica y normativa DARRYL ROBINSON, “Comments on chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena”, en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, The Hague, Asser Press, 2006, 141, pág. 142.

³⁴⁹ *Ibid.* pág. 142; CÁRDENAS (nota 156), pág. 115.

³⁵⁰ Véase también STAHN (nota 64), 698; para un análisis detallado véase EL ZUIDY (nota 72), págs. 906 y ss.

(1) (d))³⁵¹, esto es, a pesar de la gravedad de los crímenes de competencia de la CPI como tales, el artículo 17 (1) (d) establece por tanto un umbral *adicional*³⁵². En todo caso, la gravedad en el sentido del artículo 17 (1) (d) es relevante en dos momentos diferentes del proceso³⁵³ y debe ser determinada caso por caso³⁵⁴ invocando como criterios la naturaleza y el impacto social de los crímenes (¿sistemático o a gran escala?), el modo de comisión (por ejemplo, una particular brutalidad o crueldad) y el estatus y la actividad de los sospechosos (¿son ellos los más responsables como arriba mencionado?)³⁵⁵. Dada

132

³⁵¹ Véase también el art. 53 (1) (b) y (2) (b).

³⁵² Cfr. PTC I, *supra* nota 336, par. 41: “[...] este umbral de gravedad es adicional a [...] los crímenes incluidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto [...]” Véase también OTP Activities Report, pág. 6: “Aunque todo crimen que caiga dentro de la competencia de la Corte es un asunto grave, el Estatuto de Roma [...] claramente prevé y requiere una consideración adicional de ‘gravedad’ [...]”; Moreno Ocampo Statement 2005, págs. 8-9: “[...] en nuestro Estatuto, gravedad no es solo una característica del crimen, sino también un factor de admisibilidad, que parece reflejar el deseo de nuestros fundadores de que la CPI debería concentrarse en las situaciones más graves del mundo”. Véase también BENZING (nota 103), págs. 619-620; CÁRDENAS (nota 46), págs. 90 y ss.; íd. (nota 156), págs. 119-120; para una interpretación restringida SEIBERT-FOHR (nota 21), págs. 565 y ss.

³⁵³ En cuanto a la iniciación de la investigación de una situación y del o los casos que surgen de esta situación (PTC I, *supra* nota 336, par. 44).

³⁵⁴ Cfr. CÁRDENAS (nota 46), págs. 158, 176.

³⁵⁵ PTC I, *supra* nota 336, pars. 42 y ss. (46, 50-4, 63). Véase también OTP Activities Report, pág. 6, refiriéndose a la escala y naturaleza de los crímenes, la manera de comisión y el impacto

la particular gravedad del crimen de genocidio y su específica exigencia de *mens rea*, puede sostenerse que un genocidio siempre alcanza el umbral de gravedad del artículo 17 (1) (d)³⁵⁶.

39. En cuanto concierne a la concreta aplicación del artículo 17 sobre exenciones de persecución penal es posible distinguir según el estadio procesal en el que intervienen estas exenciones. Si se toma por ejemplo una amnistía, en cuanto exención más importante, las únicas disposiciones aplicables parecen ser las letras (a) y (b) del artículo 17 (1). Como una amnistía impide una investigación (penal) o un enjuiciamiento penal³⁵⁷, la letra (c) del artículo 17 (1) no es aplicable, dado que presupone más, es decir, que haya tenido lugar un juicio por un tribunal³⁵⁸. De hecho, la letra (c) solo es aplicable a exenciones o suspensiones del castigo luego de la condena, en particular los indultos³⁵⁹. Entonces surge la

133

de los crímenes; EI. ZEIDY (nota 72), 905; CÁRDENAS (nota 46), págs. 93 y ss. concentrándose en la incumbencia internacional (“interés internacional”, págs. 98, 100) de la cuestión.

³⁵⁶ Cfr. CÁRDENAS (nota 46), pág. 99; *idem*, “The Admissibility Test before the International Criminal Court”, en GERHARD WERLE (ed.), *Justice in Transition – Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa*, Berlin, BWV, 2006, 239, pág. 244.

³⁵⁷ *Black’s Law Dictionary*, 8th ed., St. Paul, West, 2004, pág. 93 sobre “amnistía”.

³⁵⁸ Cfr. ROBINSON (nota 31), 499; CÁRDENAS (nota 46), pág. 160.

³⁵⁹ *Black’s Law Dictionary* (nota 357), “indulto”, pág. 1144. Aunque en la práctica puede ser posible una “amnistía después de una condena” (CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT/TOM ONGENA, “*Ne bis in idem* Principle, Including the Issue of Amnesty”, en CASSESE/GAETA/JONES (nota 60), 705, págs. 726-727; SEIBERT-

cuestión (empírica) de si el primer proceso obedeció “al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal” (art. 17 (1) (c) en conexión con el artículo 20 (3) (a))³⁶⁰. El artículo 17 (1) (a) presupone que el caso sea “objeto de una investigación o enjuiciamiento”, esto es, para la inadmisibilidad es suficiente que una investigación o un enjuiciamiento esté teniendo lugar. Aunque estos requisitos son alternativos, no tiene mucho sentido separar la investigación del enjuiciamiento, esto es, examinar una investigación aislada, dado que, en cualquier caso, una vez que una investigación está terminada, debe ser tomada la decisión sobre abrir el enjuiciamiento o no hacerlo. En otras palabras, aunque una investigación en el sentido de la letra (a) pueda bloquear la intervención de la CPI por un cierto período de tiempo (a saber, mientras el caso está siendo “investigado”), luego debe ser tomada una decisión sobre la apertura del enjuiciamiento y en ese preciso momento el artículo 17 (1) (b) deviene aplicable³⁶¹. En cualquier caso, tanto en

FOHR (nota 21), pág. 565; CÁRDENAS (nota 46), pág. 162), conceptualmente esto confunde amnistías e indultos.

³⁶⁰ Cfr. CÁRDENAS (nota 46), págs. 162-3; sobre el art. 20 (3) en general véase también CÁRDENAS (nota 46), págs. 134 y ss.; SCHARF (nota 54), pág. 525; GAVRON (nota 64), pág. 109; BENZING (nota 103), págs. 616 y ss.

³⁶¹ Este aspecto temporal aparentemente ha sido pasado por alto por CÁRDENAS (nota 46), págs. 159 y ss. quien distingue de manera demasiado artificial entre investigación y enjuiciamiento y en consecuencia aplica el art. 17 (1) (a) de modo demasiado formalista a una amnistía.

la letra (a) como en la (b), los criterios decisivos son la falta de voluntad y la incapacidad tal como están definidas en el artículo 17 (2) y (3). Por consiguiente, para los requisitos de la investigación y el enjuiciamiento la distinción entre las letras (a) y (b) es meramente de naturaleza temporal. En suma, en la práctica, si un Estado “en su sabiduría soberana”³⁶² decide no investigar y/o enjuiciar concediendo una amnistía, se aplica el artículo 17 (1) (b) y deben cumplirse tres condiciones para hacer inadmisibile la intervención de la CPI:

- el Estado respectivo debe haber “investigado” el caso,
- debe haber tomado la decisión de “no abrir un enjuiciamiento”, y
- esta decisión no debe resultar de la falta de voluntad o la incapacidad³⁶³.

40. Respecto al *requisito de que exista una investigación*, la cuestión principal es si es necesaria una investigación penal por los respectivos órganos de justicia penal o si serían suficientes formas de investigación alternativas, incluso no judiciales, como las arriba mencionadas (párr. 12 y ss.), en particular, una CVR (efectiva)³⁶⁴. Claramente

³⁶² NSEREKO (nota 322), pág. 119; críticamente EL ZEIDY (nota 72), págs. 942-943.

³⁶³ ROBINSON (nota 31), pág. 499; STAHN (nota 64), pág. 710. Véase también GROPPENGIEßER/MEIBNER (nota 60), págs. 283-284.

³⁶⁴ Esta cuestión es dejada abierta por ROBINSON (nota 31), págs. 499-500 pero su enfoque general flexible indica que comparte el “enfoque ligeramente más amplio” por él discutido; indico también BENZING (nota 103), pág. 602.

te, como mínimo, se requiere una investigación sistemática de los hechos y circunstancias del caso³⁶⁵. Esta investigación debe ser llevada a cabo por órganos estatales, esto es, deben ser creados órganos no judiciales como una CVR, y estos órganos deben recibir el apoyo del Estado³⁶⁶, dado que el deber de investigar y perseguir recae sobre el Estado (ver párr. 7). Además de ello, el tenor literal y el *telos* del artículo 17 indican que el *objetivo* de toda "investigación" es la persecución o adjudicación penal, a saber "hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia" (art. 17 (2) (b) y (c))³⁶⁷. Aunque esto no excluya una investigación *preliminar* por una CVR con los respectivos poderes y en efecto la letra del artículo 17 (1) (a) ("objeto de una investigación; *being investigated*") deja espacio para dichas investigaciones alternativas³⁶⁸, el objetivo último de estas debe ser siempre una

136

³⁶⁵ CÁRDENAS (nota 46), pág. 58; *id.* (nota 156), págs. 117, 119.

³⁶⁶ Véase también CÁRDENAS (nota 46), págs. 177, 183.

³⁶⁷ En este sentido también GAVRON (nota 64), pág. 111 sosteniendo que "llevar a alguien ante la justicia" ha de ser interpretado en un sentido jurídico y no en uno moral más amplio. Más estricto aún JOHN T. HOLMES, "The principle of complementarity", en R. S. Lee (ed.) *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Kluwer Law International, 1999, pág. 41, pág. 77 ("Las disposiciones del Estatuto sobre la complementariedad tienen la intención de referirse a investigaciones penales.")

³⁶⁸ Véase también SEIBERT-FOHR (nota 21), pág. 569 y STAHN (nota 64), págs. 697, 711 que argumenta en contra de la exigencia de una investigación penal, dado que no está expresamente contenida en el art. 17. Para el mismo resultado CÁRDENAS (nota 46), págs. 58-59, 101; *id.* (nota 156), pág. 129. Demasiado restrictivo

persecución penal *stricto sensu*³⁶⁹ donde se cumplan los prerequisites fácticos y jurídicos de dicha persecución³⁷⁰. A la vez, esto significa que investigaciones de naturaleza general sobre hechos pasados que no individualizan responsabilidad y, por consiguiente, que no pueden servir de base para una persecución o adjudicación penal no satisfacen el requisito de que exista una investigación del artículo 17. Del mismo modo, si una persecución posterior es bloqueada *a limine* por una amnistía (absoluta) —inaceptable de todos modos (párr. 24 y ss.)—, el requisito de la investigación no se cumple y por

137

JÖRG MEIßNER, *Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut*, München C.H. Beck, 2003, pág. 76 que requiere investigaciones dentro del marco del proceso penal; también WOLFGANG SCHOMBURG/JAN NEMITZ, en WOLFGANG SCHOMBURG/OTTO LAGODNY/SABINE GIEß/THOMAS HACKNER, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, München, C. H. Beck, 2006, pág. 1730 contra un efecto ascendente del *ne bis in idem* (hacia los tribunales internacionales).

³⁶⁹ En este sentido también SEIBERT-FOHR (nota 21), pág. 569 vinculando la investigación al requisito del enjuiciamiento; también Gropengießer/Meißner (nota 60), pág. 287 sosteniendo que "procedimientos que no tienen la *calidad de un procedimiento penal* no pueden excluir el enjuiciamiento por la Corte" (bastardilla agregada); de manera similar, CÁRDENAS (nota 156), pág. 137 haciendo hincapié en la necesidad de procesos penales luego de que haya terminado el trabajo de una CVR; concordantemente (modificando su posición anterior) ROBINSON (nota 348), págs. 144-145 (posibilidad de un enjuiciamiento penal luego de la investigación).

³⁷⁰ Véase también STAHN (nota 64), págs. 711-712.

tanto no tendría sentido contener a la CPI desde el punto de vista de la complementariedad³⁷¹.

41. Esta interpretación es confirmada por el segundo requisito, la *decisión de abrir un enjuiciamiento*. Dicha decisión solo puede ser tomada si ha sido llevada a cabo una investigación sustancial sobre hechos concretos y personas individuales. En otras palabras, una decisión de abrir un enjuiciamiento presupone una investigación penal o al menos una investigación individualizada, que la preceda y prepare³⁷². Claramente, enjuiciamiento refiere a un enjuiciamiento penal³⁷³, pero no se requiere enjuiciamiento en sí, sino solo la "decisión" de abrir un enjuiciamiento. Esto presupone que el órgano que tome esta decisión deba tener al menos dos opciones: abrir un enjuiciamiento o no hacerlo³⁷⁴.

42. En cuanto al tercer requisito —que no haya *falta de voluntad o incapacidad* para perseguir *genuinamente*—, los criterios están establecidos en el artículo 17 (2) y (3). Desde el punto de vista político, estos conceptos están destinados, en palabras del ex Secretario General de la ONU Kofi Annan, "a asegurar que asesinos de masas y otros archicriminales no puedan refugiarse detrás de un Estado dirigido por ellos mismos o sus amigos, o

³⁷¹ Cfr. ROBINSON (nota 348), pág. 145; CÁRDENAS (nota 46), pág. 159; aparentemente pasado por alto por BENZING, tal como citado en la nota 346.

³⁷² Véase también STAHN (nota 64), pág. 712.

³⁷³ Cfr. CÁRDENAS (nota 46), págs. 58, 101.

³⁷⁴ ROBINSON (nota 31), pág. 500; véase también STAHN (nota 46), pág. 463.

sacar ventajas de una ruptura general de la ley y el orden"³⁷⁵. Aunque esto pueda proporcionar una orientación general en cuanto al objetivo global de este requisito, un análisis más preciso y técnico plantea algunas cuestiones intrincadas. De acuerdo con el artículo 17 (2) la Corte "examinará [...]" si se dan una o varias de las siguientes circunstancias"; una interpretación literal y teleológica indica que se trata de una lista taxativa³⁷⁶. Aunque estos criterios deban ser interpretados estrictamente, "teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías"³⁷⁷, ellos son altamente normativos y, como tales, abiertos a un juicio de valor. En cualquier

³⁷⁵ Discurso en la Universidad de Witwatersrand (Sudáfrica), tal como citado en VILLA-VICENCIO (nota 21), pág. 222.

³⁷⁶ JOHN T. HOLMES, "Complementarity: National Courts versus the ICC", en CASSESE/GAETA/JONES (nota 60), págs. 667, 675; MEIBNER (nota 368), págs. 72-73; BENZING (nota 103), pág. 606; CÁRDENAS (nota 46), pág. 133; de otra opinión ROBINSON (nota 31), pág. 500 sosteniendo que el término *consider* (en la versión castellana del Estatuto de Roma: "examinará") supone que la Corte puede tomar en consideración otros factores; esto no es convincente, dado que cuando los proyectistas quisieron dejar abiertos los criterios, emplearon una formulación no ambigua, por ejemplo, "sin perjuicio de las demás circunstancias" ("in addition to other grounds") (art. 31 Estatuto de la CPI), "entre otros" ("inter alia") (art. 97) o "entre otros" ("including but not limited to") (art. 90 [6]).

³⁷⁷ Estos principios no pueden ser interpretados *en el contexto del art. 17*, en cuanto referidos a los derechos del acusado o de las víctimas, dado que la *ratio* del art. 17, como fue explicado arriba (párr. 37), no es proteger estos derechos, sino evitar que se cree impunidad en razón de la falta de voluntad o incapacidad (para una buena discusión véase BENZING [nota 103], págs. 606 y ss.).

caso, la distinción estructural entre falta de voluntad e incapacidad consiste en lo siguiente: mientras en el primer caso, en principio, se manipula políticamente un sistema judicial en funcionamiento para generar la impunidad de autores poderosos e influyentes, en el último tal sistema ni siquiera existe físicamente, ha colapsado de manera sustancial o no está disponible³⁷⁸; por consiguiente, las disposiciones de exención concedidas en procesos de transición son más un problema de falta de voluntad que de incapacidad³⁷⁹, al menos si se construye la "incapacidad" estrictamente en el sentido de falta de capacidad física o sustancial³⁸⁰.

140

³⁷⁸ Para un análisis general véase BENZING (nota 103), págs. 613 y ss.; para una distinción similar SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 6; para una propuesta concreta y un análisis de los criterios de incapacidad con respecto a la República Democrática del Congo véase BURKE-WHITE (nota 80), págs. 576 y ss. quien sugiere (pág. 576) cuatro criterios "para juzgar la efectividad de sistemas judiciales en Estados que están recuperándose de un colapso judicial total o sustancial", a saber, disponibilidad de personal judicial experimentado e imparcial, una infraestructura jurídica viable, un derecho operativo adecuado y una suficiente capacidad policial.

³⁷⁹ Cfr. GROPPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), págs. 282 y ss.; WERTLE (nota 16), nn. 193; KREICKER (nota 21), pág. 305.

³⁸⁰ Si, por otro lado, la incapacidad es interpretada de modo de incluir también a la indisponibilidad en el sentido de los derechos humanos, esto es, la falta de un remedio judicial efectivo (a favor de esta interpretación amplia por ejemplo MEIßNER (nota 368), pág. 87 argumentando que una judicatura en funcionamiento existe, pero no puede ocuparse del caso particular por razones normativas o fácticas; también Benzing (nota 103), pág. 614: "capacidad sobrecargada"), una medida de exención dentro del marco de la justicia de transición puede ser considerada como un

43. La *falta de voluntad* está demostrada, por ejemplo, si el proceso es realizado "con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal" (apartado 2 (a)). La noción de "propósito" sugiere una interpretación subjetiva en el sentido de un objetivo o intención específica del Estado de proteger al individuo responsable de la justicia (penal)³⁸¹. Esta intención constituye, al mismo tiempo, una expresión de mala fe del Estado en cuestión con respecto a la intención de llevar al responsable ante la justicia. En efecto, la *mala fide* es un aspecto central del test de la falta de voluntad³⁸². Aunque una amnistía puede demostrar tal mala fe, esto no siempre y necesariamente es así³⁸³. Imaginemos una situación donde un Estado persigue el objetivo superior de la paz y concede, de buena fe, una amnistía como medio necesario para lograr este fin superior; entonces, no puede suponerse tal "propósito de mala fe"³⁸⁴. Simi-

141

indicador de indisponibilidad (en este sentido O'SHEA (nota 260), pág. 126 sosteniendo que la falta de persecución basada en una amnistía importaría una incapacidad de perseguir debido a la indisponibilidad del sistema judicial nacional; a favor de una incapacidad debida a una amnistía absoluta también BURKE-WHITE (nota 80), pág. 582). Contra esta interpretación amplia, sin embargo, se pronuncia la versión castellana del Estatuto que en relación con la incapacidad alude a la falta de una judicatura nacional ("carece de ella").

³⁸¹ CÁRDENAS (nota 46), págs. 115-116.

³⁸² CÁRDENAS (nota 46), pág. 113.

³⁸³ A favor de este punto de vista estricto, sin embargo, CÁRDENAS (nota 46), págs. 117, 164, 183, 184; id. (nota 156), pág. 130.

³⁸⁴ SEIBERT-FOHR (nota 21), pág. 570.

larmente, si se reconoce el derecho a una transición pacífica, sería contradictorio sostener que la falta de voluntad de poner en riesgo esta transición demuestra falta de voluntad en el sentido del artículo 17³⁸⁵. En suma, el hecho de que un efecto colateral seguro de una medida de exención sea la impunidad no es suficiente *per se* para calificar a esta medida como perseguidora de un propósito negativo global³⁸⁶. En todo caso, si bien el subapartado (a) del artículo 17 (2) claramente exige una interpretación subjetiva, los subapartados (b) y (c) deben ser interpretados de manera más objetiva³⁸⁷. Aunque la noción de “intención”, presente en ambos subapartados, normalmente tiene un significado subjetivo, ella debe ser leída en contexto y este contexto, que refiere a criterios objetivos tales como “demora injustificada”³⁸⁸, independencia e imparcialidad³⁸⁹ y las “circuns-

³⁸⁵ Véase, sin embargo, GAVRON (nota 64), págs. 111-112.

³⁸⁶ Más estricto CÁRDENAS (nota 156), pág. 131 que sostiene que la impunidad, como un “daño colateral” seguro, debe ser considerada parte del propósito.

³⁸⁷ BENZING (nota 103), pág. 610.

³⁸⁸ A favor de una interpretación objetiva EL ZEIDY (nota 72), pág. 901. Una demora “injustificada” requiere más que una demora “indebida” y por esta misma razón se ha preferido el primer término (BENZING [nota 103], págs. 610-611). El estándar general puede ser tomado de las reglas del debido proceso de los instrumentos de derechos humanos (*ibid.*), una demora puede ser “injustificada” en particular si habría podido ser evitada si los órganos del Estado respectivo hubieran empleado el cuidado adecuado (cfr. CÁRDENAS [nota 46], págs. 119-120).

³⁸⁹ Aquí, otra vez (*supra* nota 377), debe observarse que el subapartado (c) solo se refiere a casos donde la falta de inde-

tancias”, supone una interpretación objetiva de conjunto. Por lo tanto, el término “genuinamente” (apartado (1) (a), (b))* —la palabra menos objetable— fue insertado para dar al test de falta de voluntad / incapacidad un significado más concreto y objetivo³⁹⁰ y supone la buena fe y seriedad del Estado en cuestión en cuanto a la investigación o enjuiciamiento³⁹¹. Sería difícil sostener, por ejemplo, que un Estado que opta por una CVR efectiva, teniendo en mente el objetivo supremo de la paz, actúa sin “genuina” voluntad³⁹². Si la CVR, si es “efectiva”, es independiente e imparcial, la afirmación de falta de voluntad incluso contradiría el apartado (2) (c), dado que la falta de voluntad presupone una falta de independencia e imparcialidad. Por tanto, si se definen de un concepto amplio de justicia, como hace este autor (párr. 2), un procedimiento cuasi-judicial con la posibi-

pendencia e imparcialidad juega a favor del acusado y por tanto en los que ella conduciría a impunidad (cfr. BENZING [nota 103], págs. 612-613).

* N. del T. La versión oficial en lengua castellana del Estatuto de Roma no utiliza el concepto “genuinamente”, sino el de “realmente”. En el texto castellano, por otra parte, el término “realmente” se refiere exclusivamente al elemento de la “incapacidad” y no al de la “falta de voluntad”.

³⁹⁰ Cfr. HOLMES (nota 367), pág. 50; *id* (nota 376), pág. 674; véase también EL ZEIDY (nota 72), pág. 900; CÁRDENAS (nota 46), pág. 110.

³⁹¹ HOLMES (nota 376), pág. 674; BENZING (nota 103), 605; CÁRDENAS (nota 46), pág. 110.

³⁹² SEIBERT-FOHR (nota 21), pág. 570.

lidad de una sanción penal sería suficiente para satisfacer el "hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia" del apartado (2) (b) y (c)³⁹³.

b) *Escenarios posibles*

44. El análisis precedente muestra que una medida de exención nacional (especialmente, una amnistía) no hace, en cuanto tal, un caso inadmisibles³⁹⁴; más bien, la admisibilidad depende de las condiciones y del contenido específico de la medida. Pueden distinguirse cinco escenarios:

- una auto-amnistía absoluta,
- una amnistía condicional con una CVR,
- una amnistía condicional sin una CVR,
- medidas que no llegan a ser plenas exenciones,
- exenciones *ex post*, en particular indultos.

45. Una *auto-amnistía absoluta* ("modelo chileno") estaría *a limine* en contra del espíritu y la *raison d'être* del Estatuto de la CPI³⁹⁵. No cumpliría ninguno de los re-

³⁹³ STAHN (nota 64), págs. 716, 719; véase también el Expert paper complementarity, par. 73: "alguna forma de castigo".

³⁹⁴ *Conseil Constitutionnel* francés, *supra* nota 265; concordantemente GROPPENGIEßER/MEIBNER (nota 60), pág. 282; para el mismo resultado también SEIBERT-FOHR (nota 21), págs. 571, 573, 586; STAHN (nota 64), págs. 709-710. Véase también SCHLUNCK (nota 30), pág. 260 quien sostiene que la complementariedad ha de ser interpretada en el sentido de permitir sistemas nacionales de solución del conflicto. Para un punto de vista más estricto CÁRDENAS (nota 156), págs. 129 y ss.

³⁹⁵ ROBINSON (nota 31), pág. 505; SEIBERT-FOHR (nota 21), págs. 557-558.

quisitos del artículo 17 (1) (a) o (b)³⁹⁶: no habría ni una investigación³⁹⁷, ni una decisión de abrir un enjuiciamiento, dado que la amnistía bloquearía cualquier investigación y, por consiguiente, la posibilidad de un enjuiciamiento. Además, como tal medida constituiría "*prima facie* prueba de la falta de voluntad o incapacidad"³⁹⁸, podría ser interpretada como una "decisión [...] adoptada con el propósito de sustraer" a los beneficiarios de la amnistía en el sentido del artículo 17 (2) (a)³⁹⁹.

46. Más difícil es el caso de una *amnistía condicional con una CVR* ("modelo sudafricano")⁴⁰⁰. Si se sigue la inter-

³⁹⁶ ROBINSON (nota 31), pág. 501; SEIBERT-FOHR (nota 21), págs. 563 y ss., 588; STAHN (nota 46), pág. 461; CÁRDENAS (nota 46), pág. 73, 159; *id.* (nota 156), pág. 129; WERLE (nota 17), núm. 215; ICTJ (nota 80), pág. 10.

³⁹⁷ EL ZEIDY (nota 72), págs. 940, 942; ROBINSON (nota 31), pág. 503; SEIBERT-FOHR (nota 21), pág. 565; GROPPENGIEßER/MEIBNER (nota 60), pág. 283. Véase también *supra* la nota 371 y el texto correspondiente.

³⁹⁸ DUGARD (nota 64), pág. 1014; DUGARD (nota 60), pág. 702; NSEREKO (nota 322), pág. 119; Expert paper complementarity, par. 73 y anexo 4; para el mismo resultado en cuanto a Chile GAVRON (nota 64), pág. 113.

³⁹⁹ GAVRON (nota 64), pág. 111; ROBINSON (nota 31), pág. 501; CÁRDENAS (nota 46), págs. 159 y ss.; GROPPENGIEßER/MEIBNER (nota 60), pág. 285.

⁴⁰⁰ CONFUSO SCHARF (nota 54), pág. 525 y VAN DER VOORT/ZWANENBURG (nota 60), pág. 330 quienes sostienen, por un lado, que una comisión de la verdad constituye "una investigación genuina" y, por el otro, que la obligación de llevar a la persona ante la justicia puede requerir de un "proceso penal". En contra de una intervención de la CPI el ex secretario general de la ONU

pretación amplia de *investigación* aquí sugerida (párr. 40), una investigación cuasi-judicial por una CVR efectiva que cumpla los criterios arriba expuestos (párr. 16) puede ser considerada una investigación en el sentido del primer requisito del artículo 17 (1) (b)⁴⁰¹. Si, además, la CVR tiene la opción de decidir a favor o en contra de la *persecución*, esto es, si ella posee el poder de denegar una amnistía (párr. 40), sea porque los crímenes cometidos por la persona en cuestión son demasiado graves, sea porque su actuación ante la Comisión y frente a las víctimas no es considerada satisfactoria o sea porque en razón de cualquier otra valoración razonable e independiente ella no se merece la medida de exención, el segundo requisito también está cumplido⁴⁰². En cuanto al tercer requisito, el asunto es más complicado y la decisión última depende de las circunstancias de cada caso⁴⁰³ con la debida consideración del test de proporcionalidad (párrs. 19 y ss.) y los criterios concernientes a las amnistías condicionales (párr. 28) y a una CVR efectiva (párr.

Kofi Annan afirmó que "Nadie debería imaginar que [el Estatuto de la CPI] sería aplicable a un caso como Sudáfrica, donde el régimen y el conflicto que causaron los crímenes han llegado a un fin y las víctimas han heredado el poder" (Discurso en la Universidad de Witwatersrand, tal como citado en VILLA-VICENCIO [nota 21], pág. 222).

⁴⁰¹ ROBINSON (nota 31), pág. 501; CÁRDENAS (nota 156), pág. 135.

⁴⁰² ROBINSON (nota 31), pág. 501.

⁴⁰³ De manera similar WERLE (nota 16), pág. 66 (núm. 192); CÁRDENAS (nota 46), pág. 179; id. (nota 156), págs. 135-6; concordantemente ROBINSON (nota 348), pág. 146.

16)⁴⁰⁴. Si, por ejemplo, una CVR es independiente e imparcial esto puede ser considerado —con base en una interpretación *a contrario* del artículo 17 (2) (c)— como un indicio de la voluntad y, por tanto, un argumento en contra de la admisibilidad⁴⁰⁵. Además, se podría diferenciar según la naturaleza de la decisión de amnistía⁴⁰⁶: si ella es decidida individualmente, como en el caso sudanés, cada decisión individual debe ser examinada a la luz del artículo 17 (2) y (3); si ella es decidida de manera general respecto de un número de personas y crímenes, la decisión es comparable a una amnistía (general) y como tal indica falta de voluntad, aunque la valoración final depende, como siempre, de las circunstancias del caso concreto. En suma, es posible concluir que una amnistía condicional con una CVR deriva en la inadmisibilidad del caso solo en supuestos excepcionales, a saber solo si una CVR efectiva concede una amnistía individualmente y bajo ciertas condiciones estrictas.

47. De la conclusión que precede se sigue, *a fortiori*, que una *amnistía condicional sin una CVR* difícilmente cumplirá los requisitos del artículo 17 (1) (b). En primer lugar, es difícil de imaginar un cumplimiento efectivo de las condiciones que acompañan a una amnistía sin una CVR efectiva. Es perfectamente posible, ciertamente, poner condiciones a una amnistía independientemente de la existencia de una CVR, por ejemplo, la completa confesión de los crímenes cometidos. Sin embargo, es

⁴⁰⁴ Véase también ROBINSON (nota 31), págs. 501-502.

⁴⁰⁵ Véase también CÁRDENAS (nota 46), pág. 179.

⁴⁰⁶ Véase CÁRDENAS (nota 46), pág. 179.

más difícil hacer cumplir estas condiciones para órganos individuales del Estado, por ejemplo, un fiscal o un juez instructor, que no tienen apoyo de la población, los recursos y la legitimidad de una CVR efectiva. Aunque los requisitos de la investigación y de la decisión de abrir un enjuiciamiento pueden ser cumplidos incluso por dichos órganos individuales, si es que ellos pueden llevar adelante una investigación (por ejemplo, para verificar una confesión) y tomar una decisión de abrir un enjuiciamiento en caso de que no se cumplan las condiciones (por ejemplo, si solo se dio una confesión parcial o falsa), la ausencia de una CVR efectiva priva al proceso del más importante elemento de justicia alternativa y esta ausencia no puede ser compensada con otros mecanismos alternativos (párr. 17), al menos, si estos solo apuntan a las consecuencias como, por ejemplo, sanciones no penales. De hecho, solo formas alternativas de justicia tradicional (no occidental) pueden ser comparadas a una CVR efectiva si ellas gozan de amplia legitimidad y garantizan una adecuada participación y publicidad.

48. Otras *medidas* (colectivas) *que no llegan a ser plenas exenciones*, por ejemplo, una considerable atenuación (condicional) del castigo en el curso de un acuerdo de paz, cumple los requisitos del artículo 17 (1) (b). Si tomamos como ejemplo el “modelo colombiano” (*supra* párr. 22), tanto el requisito de la investigación, como el de la apertura de un enjuiciamiento están seguramente satisfechos, dado que la atenuación del castigo no excluye ni una investigación, ni un enjuiciamiento. Por el contrario, ciñéndonos a la letra de la ley, los beneficios

allí contenidos dependen de la cooperación (“versión libre”) de los miembros de los grupos armados; si ellos no cumplen con sus obligaciones de cooperación, pueden ser sometidos, al menos teóricamente, a un proceso penal normal. En cuanto al test de la falta de voluntad e incapacidad, el resultado depende de la seriedad del compromiso del gobierno, por un lado, hacia la paz como objetivo supremo del proceso y, por el otro, hacia la justicia para las víctimas en cuanto sea posible sin poner seriamente en peligro la paz. El compromiso del gobierno puede ser medido, *inter alia*, por la amplitud de la medida, esto es, si está planeada para alcanzar a todos los grupos involucrados en el conflicto o si ella privilegia a un grupo en particular y, por tanto, implica falta de voluntad respecto de este grupo⁴⁰⁷. En cuanto al test de proporcionalidad, la Corte Constitucional colombiana ha considerado a la ley proporcional y, por consiguiente, compatible con la Constitución siempre que sean hechas ciertas mejoras en cuanto concierne a los derechos de las víctimas (*supra* párr. 22). Desde una perspectiva puramente normativa este veredicto difícilmente pueda ser criticado; sin embargo, esto no exime al gobierno de hacer uso con más determinación de mecanismos alternativos de justicia, en particular, una CVR efectiva y sanciones no punitivas⁴⁰⁸. Sin tales mecanismos es difícil reconciliar tal proceso de desmovilización con el interés de justicia. Además, es difícil de imaginar que, especialmente sin una CVR efectiva, la práctica de

⁴⁰⁷ Véase también STAHN (nota 64), págs. 714-715.

⁴⁰⁸ Véase *supra* el párr. 20 incluidas las notas 214 y 215.

tal proceso pueda estar a la altura de las pretensiones normativas que derivan del derecho nacional y/o internacional.

49. También es imaginable que una investigación y un enjuiciamiento tengan lugar, esto es, que sean cumplidos los dos primeros requisitos del artículo 17 (1) (a) y (b), pero que el caso sea posteriormente cerrado; o bien que la persona sea acusada, pero luego absuelta o que sea condenada, pero luego (inmediatamente) indultada o bien que la ejecución de la sentencia sea suspendida. En todos estos casos de *exenciones ex post*, la admisibilidad dependería del tercer requisito, esto es, o el juicio no fue "genuino" en el sentido del artículo 17 (1) (a), (b) y/o el proceso fue efectuado para sustraer a la persona de la responsabilidad penal (art. 17 (2) (a)), y/o los procesos no fueron conducidos con la intención de o en modo de llevar a la persona ante la justicia (art. 17 (2) (b), (c)). En el caso de que haya tenido lugar un juicio completo ante un tribunal, sería aplicable el artículo 17 (1) (c) en conexión con el artículo 20 (3), pero esto solo conduciría —por vía del art. 20 (3)— al mismo criterio de la falta de voluntad contenido en el artículo 17 (2) (a), (c)⁴⁰⁹, aunque desde una perspectiva diferente ("después del juicio")⁴¹⁰. En todo caso, es difícil asumir en todos estos casos la admisibilidad del proceso ante la CPI, dado que esto presupondría un juicio de valor muy severo acerca del sistema nacional respectivo, a saber que está

⁴⁰⁹ GROPPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), págs. 285-286.

⁴¹⁰ Sobre el art. 20 (3) (a) y (b) véase en particular CÁRDENAS (nota 46), págs. 138 y ss.

actuando de mala fe para salvar a los autores de un castigo real⁴¹¹. Cuanto más avanzado esté el proceso, tanto más difícil será el uso del argumento de la mala fe. En todo caso, él solo puede ser usado convincentemente si puede demostrarse una clara "intención de impunidad" de los órganos estatales responsables: esto no sería posible, por ejemplo, si hubo un cambio de régimen y el régimen que concede la exención es completamente diferente de aquel en el poder durante el juicio⁴¹².

B) Intervención del Consejo de Seguridad (art. 16)

50. El artículo 16 autoriza al Consejo de Seguridad a suspender una investigación o enjuiciamiento con base en una resolución fundada en el capítulo VII de la Carta de la ONU, esto es, para prevenir una situación identificada como una amenaza o un quiebre de la paz (arts. 39, 40 Carta de la ONU). De este modo, el Consejo puede, con dicha decisión, darle validez internacional por un limitado lapso a un proceso de paz nacional con una amnistía u otra medida de exención⁴¹³; podría tam-

⁴¹¹ Véase HOLMES (nota 390), págs. 50, 77; EL ZEIDY (nota 72), pág. 901.

⁴¹² Véase también WILLIAM SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2nd ed., Cambridge, CUP, 2004, pág. 86; EL ZEIDY (nota 72), págs. 944-945.

⁴¹³ Véase SCHARF (nota 54), págs. 523-24; SEIBERT-FOHR (nota 21), pág. 583; VAN DER VOORT/ZWANENBURG (nota 60), pág. 329; ROBINSON (nota 31), pág. 503; SSENIONJO (nota 174), págs. 378 y ss.; GROPPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), págs. 288-289 incluso reconociendo que el Consejo de Seguridad pueda dictar amnis-

bién aplazar un proceso que bajo el artículo 17 fuera considerado admisible⁴¹⁴. No debe pasarse por alto, sin embargo, que la decisión sigue siendo una decisión de *suspender* el procedimiento y como tal no puede ser interpretada como una deferencia a la medida de exención nacional⁴¹⁵. Además, la CPI no estaría necesariamente obligada por tal decisión, pues ella no es parte del sistema de la ONU⁴¹⁶ y decide autónomamente sobre su jurisdicción, esto es, posee lo que se conoce como com-

petencia-competencia (*Kompetenz-Kompetenz*)⁴¹⁷ (párr. 34). Más importante, la Corte no puede ser forzada a aceptar una medida que eventualmente iría contra su deber de perseguir los crímenes internacionales que son parte de su jurisdicción en razón de la materia⁴¹⁸. Por todas estas razones, puede decirse que la Corte tiene el poder de reconsiderar *indirectamente* la decisión del Consejo⁴¹⁹.

C) El interés de justicia (art. 53 (1) (c), (2) (d))

51. Hay una fuerte corriente en la doctrina que sostiene que la cláusula del interés de justicia en el artículo 53 (1) (c) y (2)(c) es la puerta de entrada más explícita en el Estatuto de la CPI para el reconocimiento de procesos alternativos de reconciliación nacional, incluida la concesión de una amnistía u otras medidas de exención⁴²⁰.

152

⁴¹⁴ SEIBERT-FOHR (nota 21), pág. 589.

⁴¹⁵ Véase sin embargo SCHARF (nota 54), pág. 522; convincentemente contra este punto de vista GAVRON (nota 64), pág. 109; STAHN (nota 64), págs. 698-9, 717. Véase también SEILS/WIERDA (nota 21), págs. 8-9: solo aplazar el proceso, no una amnistía de facto.

⁴¹⁶ Cfr. el art. 4 (1) del Estatuto de la CPI y los arts. 48 (2) y 103 de la Carta de la ONU según los cuales las obligaciones emergentes de las resoluciones del Consejo de Seguridad están dirigidas únicamente a los miembros de la ONU (véase también STAHN [nota 64], pág. 701 incluida la nota 19).

⁴¹⁷ Véase también SCHARF (nota 54), pág. 523; STAHN (nota 64), págs. 700-701 con otras referencias; contra este punto de vista SEIBERT-FOHR (nota 21), pág. 584 quien concede al Consejo de Seguridad un "margen de apreciación"; para un punto de vista más amigable con el Consejo de Seguridad BENZING (nota 103), págs. 626-627, pero admitiendo que él no debe ignorar la competencia de la CPI con respecto a la complementariedad.

⁴¹⁸ Véase también SCHARF (nota 54), págs. 523-524; SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 9; GROPPENGIEßER/MEISSNER (nota 60), págs. 291-92 reconociendo que el mismo Consejo de Seguridad está vinculado por un eventual deber de perseguir crímenes internacionales; de manera similar STAHN (nota 64), pág. 717.

⁴¹⁹ Véase también SCHABAS (nota 412), pág. 84; concordantemente EL ZEIDY (nota 72), pág. 966.

⁴²⁰ DUGARD (nota 64), pág. 1014; DUGARD (nota 60), pág. 702; GOLDSTONE/FRITZ (nota 21), págs. 656, 662; ROBINSON (nota 31),

153

Otro punto de vista duda de que el artículo 53 proporcione la base jurídica apropiada para este escenario y sostiene que la cláusula del interés de justicia no prevé criterios adicionales que vayan más allá del artículo 17. Por consiguiente, se afirma que “difícilmente pueda sostenerse que la persecución no es en interés de la justicia” si el caso es admisible según el artículo 17⁴²¹. Otro punto de vista, aún más restrictivo, sostiene que el objeto y fin del Estatuto de la CPI (la lucha contra la impunidad) y el uso de la noción “interés de justicia” en otras disposiciones del Estatuto de la CPI y otros Estatutos⁴²² indican que una falta de investigación o de enjuiciamiento no puede basarse en consideraciones de justicia de transición⁴²³. Aunque los últimos puntos de vista

pág. 486; OLÁSULO (nota 31), pág. 111 refiriéndose a una CVR; BRUBACHER (nota 21), págs. 81-82 refiriéndose a procesos de reconciliación post-conflictuales; SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 12 (“importancia más directa a los mediadores”); MEYER (nota 177), pág. 579; menos enfático SCHARF (nota 54), pág. 524.

⁴²¹ SEIBERT-FOHR (nota 21), págs. 578 y ss.

⁴²² Véase HRW, 2005, pág. 6 refiriéndose a los arts. 55 (2)(c), 61, 65, 67 del Estatuto de la CPI y (en la nota 17) a los Estatutos de los Tribunales penales internacionales anteriores donde la noción siempre fue entendida en el sentido de una administración de justicia leal (*fair*).

⁴²³ Véase HRW, 2005, págs. 4 y ss. que afirma en las págs. 4-5 que “el fiscal no puede dejar de iniciar una investigación o decidir no proceder a la investigación a causa de esfuerzos nacionales, tales como comisiones de la verdad, amnistías nacionales o métodos de reconciliación tradicionales, o a causa de preocupaciones concernientes a un proceso de paz en curso ...”.

merecen mucho crédito por tratar de reducir la amplia discreción judicial construida sobre la cláusula del interés de justicia (abajo párr. 52) y una posible interferencia política, limitando el análisis jurídico a los criterios más precisos del artículo 17, ellos difícilmente pueden conciliarse con el texto del artículo 53 y la existencia misma de la cláusula del interés de justicia. Uno puede lamentarse, pero es claro que los proyectistas del Estatuto de la CPI quisieron dar al Fiscal —debe reconocerse, sin lograr una definición unánime de “interés de justicia”⁴²⁴— un instrumento adicional para ejercer esta discreción que vaya más allá del, más bien “técnico”, artículo 17⁴²⁵. En efecto, podría haber situaciones que fueran consideradas admisibles según el artículo 17 y, por tanto, solo podrían ser sacadas de la CPI, si lo fueran, recurriendo a la cláusula del interés de justicia. Tómese como ejemplo el escenario en que una CVR emprende una investigación que nunca puede conducir a un enjuiciamiento, dado que esta posibilidad está excluida por una amnistía. Dicha investigación por parte de la CVR no se corresponde con el requisito de la investigación del artículo 17 (1) (b), porque la CVR no tiene una verdadera opción de decidirse a favor de un enjuiciamiento (párrs. 40-41), esto es, el caso sería admisible y el único

⁴²⁴ Cfr. HRW, 2005, págs. 3-4 con otras referencias.

⁴²⁵ OLÁSULO (nota 21), págs. 135 y ss. incluso sostiene que los proyectistas del Estatuto de la CPI, con la cláusula del interés de justicia, han concedido una discreción política ilimitada al Fiscal “a través de la puerta de atrás”, deshaciendo las elecciones políticas fundamentales de la lucha contra la impunidad del preámbulo” (pág. 149).

camino para evitar una interferencia con el trabajo en curso de la CVR —además de una intervención del Consejo de Seguridad (art. 16)— sería recurrir a la cláusula del interés de justicia⁴²⁶.

52. Claramente, aunque uno lo quiera o no, no hay otra cláusula en el Estatuto de la CPI que autorice tan explícitamente consideraciones políticas⁴²⁷, en particular el artículo 15 solo prevé un test probatorio (“fundamento suficiente para abrir una investigación”), pero no implica un juicio de valor en cuanto a la adecuación de una amnistía⁴²⁸. En todo caso, iría demasiado lejos cons-

156

⁴²⁶ Véase también ROBINSON (nota 348), pág. 145.

⁴²⁷ Cfr. ARSANJANI (nota 21), pág. 67: “amplia gama de posibilidades”. Véase también GOLDSTONE/FRITZ (nota 21), págs. 662-663; BRUBACHER (nota 21), págs. 80 y ss. (pág. 81: “más amplio interés de la comunidad internacional”); MEYER (nota 177), pág. 580. CHRIS GALLAVIN, “Article 53 of the Rome Statute of the International Criminal Court: In the interests of justice?” (2003) 14 KCLJ 179, págs. 195, 197, traza una comparación con el criterio del “interés público” en el derecho inglés y galés y sostiene que aunque el fiscal debe ser independiente, al mismo tiempo debe ser conciente de las realidades políticas (sobre este paralelo véase también BRUBACHER (nota 21), pág. 80 sosteniendo en la pág. 95 que la “discreción [persecutoria] debe excluir políticas partidarias, pero no las políticas propias de un hombre de estado”, esto es, aquellas basadas en el interés público; SEILS/WIERDA (nota 21), pág. 12).

⁴²⁸ Cfr. SEIBERT-FOHR (nota 21), págs. 581-2 convincentemente en contra de DUGARD (nota 64), pág. 1014, quien sostiene que el fiscal puede abstenerse de proceder de conformidad al art. 15 a causa de la existencia de una amnistía nacional. Solo la reconsideración de un caso por el fiscal de acuerdo con el art. 15 (5) (véase también el art. 53 (4)) le confiere implícitamente discreción política (cfr. OLÁSOLO [nota 31], págs. 128 y ss.).

truir la cláusula del interés de justicia en el sentido de que otorga una “discreción política ilimitada”⁴²⁹ en cuanto a una posible excepción de amnistía⁴³⁰. Aunque pueda distinguirse entre el artículo 53 apartado 1 (c) y el apartado 2 (c) en cuanto el primero construye el “interés de justicia” como un criterio autónomo separado de los otros criterios (por ejemplo, gravedad del crimen), esto es, como un elemento que “aun” teniendo en cuenta otros factores (apartado 1 (c)) puede conducir a una decisión de no investigar, y el apartado 2 (c) construye el “interés de justicia” como un elemento de las “circunstancias” del caso⁴³¹, esta distinción no convierte al “interés de justicia” en un elemento completamente autónomo, sino que aún se refiere —extrínseca o intrínsecamente— a los criterios jurídicos mencionados, esto es, a la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas, la edad

157

⁴²⁹ Véase OLÁSOLO (nota 31), págs. 110-111, 135 y ss., especialmente pág. 141 distinguiendo (págs. 110-111) entre una discreción limitada en cuanto a los objetivos a ser alcanzados con la decisión persecutoria y una discreción ilimitada en cuanto a la conveniencia de una persecución con vistas a estos objetivos; OLÁSOLO en sentido crítico concluye que la combinación da “el alcance más amplio posible a la discreción política”.

⁴³⁰ En el mismo sentido STAHN (nota 64), págs. 717-718.

⁴³¹ Cfr. GALLAVIN (nota 427), págs. 185 y ss. distinguiendo entre una interpretación externa/extrínseca y una interna/intrínseca con respecto al apartado 1 (c) y apartado 2 (c) del art. 53 y dando al apartado 1 (c) precedencia sobre el apartado 2 (c) (pág. 187). Para HRW, 2005, pág. 19 el apartado 2 (c) concede una discreción más amplia que el apartado 1 (c).

o enfermedad del presunto autor y su papel en el presunto crimen (cfr. apartados (1) (c) y (2) (c))⁴³². Estos criterios, a la vez, dejan en claro que el Fiscal tiene que tomar una decisión fundada jurídicamente en cada caso individual y no puede solamente invocar consideraciones políticas generales por sí mismas; de otro modo, él podría, en efecto, “correr el riesgo de verse envuelto en la realización de juicios políticos que podrían, en última instancia, socavar su trabajo” —o mejor dicho, su autoridad— y ser sometido “a enormes presiones políticas e intentos de manipulaciones por gobiernos y grupos rebeldes”⁴³³. Por tanto, el fiscal tiene que tomar en consideración la situación jurídica y el debate sobre la admisibilidad de amnistías u otras medidas de exención en el curso de procesos de paz (párrs. 7 y ss., 23 y ss.), pues él está obligado por la *lex lata* internacional por vía del artículo 21 Estatuto de la CPI⁴³⁴. *Last but not least*, la posibilidad⁴³⁵ de una revisión judicial *motu proprio* por la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) de una decisión de no perseguir basada en la falta de interés de justicia

⁴³² Para una muy útil elaboración de estos criterios sobre la base de la jurisprudencia del TPIY y del TPIR véase HRW, 2005, págs. 16 y ss., 23-24 y OTP, Policy paper interests of justice, págs. 4 y ss.

⁴³³ HRW, 2005, pág. 14.

⁴³⁴ Véase también GROPPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), pág. 297; OTP (nota 432), págs. 8 y ss.

⁴³⁵ La SCP no está obligada pero “puede” revisar la decisión del Fiscal (art. 53 (3) (b), véase también la regla 109 RRP que concede a la SCP un período de 180 días para decidir sobre la revisión).

(art. 53 (3)(b))⁴³⁶ muestra claramente que el fiscal no tiene una discreción *irrestricta*; en efecto, aunque la SCP no debe reemplazar la discreción del fiscal por la suya, a ella le corresponde la revisión de la legalidad de la decisión del fiscal⁴³⁷.

53. La noción de *justicia* en la cláusula del interés de justicia ha de interpretarse en el mismo sentido amplio defendido a lo largo de este trabajo (párr. 2). De este modo, la “justicia” no se centra solo en el caso mismo⁴³⁸, ni se limita a la justicia penal, sino que abarca formas alternativas de justicia (párrs. 12 y ss.) y supone una evaluación general de la situación tomando en consideración la paz y la reconciliación como objetivos supremos de todo proceso de transición⁴³⁹. La mayor parte de la doctrina, por ello, hace hincapié en la discreción del fiscal para lograr un equilibrio entre esos intereses; él decidirá caso por caso si la iniciación formal de una investigación (art. 53 (1)) o enjuiciamiento (art. 53 (2)), independientemente de la admisibilidad del caso, pondría en peligro el interés superior de justicia en sentido

⁴³⁶ Véase también ROBINSON (nota 31), págs. 487-488; BRUBACHER (nota 21), págs. 86-87; SELLS/WIERDA (nota 21), pág. 5; HRW, 2005, pág. 4; GROPPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), págs. 297-298; muy crítico sobre los mecanismos de revisión judicial OLASOLO (nota 31), págs. 142-143.

⁴³⁷ Cfr. GROPPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), pág. 299; OTP (nota 432), pág. 3.

⁴³⁸ GAVRON (nota 64), pág. 110.

⁴³⁹ Véase también GOLDSTONE/FRITZ (nota 21), pág. 662; ROBINSON (nota 31), pág. 488; MEYER (nota 177), pág. 579.

amplio⁴⁴⁰. Sin embargo, no debe pasarse por alto que tomar en consideración las posibles consecuencias (negativas) de la persecución penal implica especular sobre hechos hipotéticos, futuros y, por consiguiente, es una operación llena de inseguridades. Además, como sucede con el argumento similar de los peores abusos, el Estado es vulnerable a chantajes (párr. 3). Además de esto, la noción de justicia, incluso en su sentido amplio, es difícil de conciliar con la total ausencia de justicia, por ejemplo, por deferencia a una medida de exención nacional sin mecanismos de compensación. En otras palabras, la cláusula del interés de justicia solo puede ser

160

⁴⁴⁰ Véase por ejemplo STAHN (nota 64), pág. 698 quien sostiene que la abstención de una persecución (inmediata) puede estar permitida si, de otro modo, la reconciliación sería seriamente puesta en peligro; o GROPPENGIEßER/MEIßNER (nota 60), pág. 296 donde sostienen que es "posible suspender el castigo incluso de delitos graves a favor de intereses prioritarios superiores" (en sentido similar VAN DER VOORT/ZWANENBURG (nota 60), págs. 329-330) o pág. 297 donde expresan que el fiscal toma "su propia decisión sobre la base de pronóstico y ponderación" (bastardilla en el original). Véase también OTP (nota 432), en donde se afirma, por un lado, que "la cuestión más amplia de la paz y seguridad internacionales no es responsabilidad del Fiscal; ella cae dentro del mandato de otras instituciones" (pág. 9) y, por el otro lado, se aprueba "completamente" "el rol complementario que pueden jugar las persecuciones domésticas, la búsqueda de la verdad, los programas de reparación, la reforma institucional y los mecanismos de justicia tradicional en búsqueda de una justicia más amplia" y se asegura que "todos los esfuerzos son tan complementarios como posible en el desarrollo de un enfoque amplio" (pág. 8). En cuanto a consideraciones sobre el *timing* de las acusaciones véase ICTJ (nota 80), págs. 3 y ss.

invocada si las razones que motivan que el fiscal se abstenga de una investigación o enjuiciamiento pueden ser realmente reconducidos o vinculados al interés de justicia, esto es, si la abstención sirve realmente a este interés de justicia (en sentido amplio)⁴⁴¹.

161

⁴⁴¹ En contra de HRW, 2005, págs. 19-20 el interés de justicia de las víctimas no puede limitarse al interés en una persecución penal excluyendo *a limine* su posible interés en la paz, la reconciliación tradicional, etc. Tampoco es convincente aducir como un factor adicional a favor de la persecución penal el interés de las víctimas en la memoria, dado que este interés normalmente puede ser mejor preservado por una CVR.

EL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA, A LA LUZ DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

*Apuntes sobre la ley 975 de 2005 y el decreto
reglamentario 3391 de 2006**

El tema del proceso de paz es el asunto más importante para Colombia en la actualidad. A la luz del derecho penal internacional se debe examinar esta cuestión a partir de tres enfoques diferentes: primero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, para precisar si la ley 975 del 25 de julio de 2005¹ es compatible con la Constitución, o sea si la sentencia C-

* Versión actualizada y revisada de una conferencia pronunciada en el Auditorio General de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, en los meses de octubre de 2006 y octubre de 2007, así como en la Universidad de Antioquia (Medellín), en octubre de 2007. La transliteración y corrección del texto original ha estado a cargo del profesor CHRISTIAN GUTIÉRREZ WOLFFHÜGEL; el autor agradece al profesor FERNANDO VELÁSQUEZ y a su doctorando FLORIAN HUBER, por sus comentarios y sugerencias adicionales.

¹ *Diario Oficial* núm. 45.980 de 25 de julio de 2005.

370 del 18 de mayo de 2006 de la Corte Constitucional que la declaró ajustada a la Carta Constitucional es jurídicamente defendible; segundo, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante "CADH"); y, tercero, desde el ángulo del Derecho penal internacional, en particular con el fin de precisar cuál debe ser la actuación de la Corte Penal Internacional ("CPI") frente a Colombia. Luego de analizar estos enfoques, haré unas observaciones sobre el decreto reglamentario 3391 del 29 de septiembre de 2006² y en torno a algunos desarrollos posteriores.

164

1. LA LEY 975 DE 2005 A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

A) La cuestión constitucional

En Colombia hay una ventaja grande para un gobierno que quiera hacer un proceso de paz: la misma Constitución prevé que la *paz es uno de los fines constitucionales*³. Así mismo, el Texto Superior refuerza esta idea en otras disposiciones (arts. 67, inc. 2° y 95 num. 6), amén de que consagra como obligación del gobierno garantizar el derecho a la paz conforme a los artículos 2, 22, 93 y 189;

² Diario Oficial núm. 46.406 del 29 de setiembre de 2006.

³ Al respecto, el Preámbulo de la Carta Política establece como fines del Estado fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.

a *contrario sensu*, en Alemania, por ejemplo, no existe la paz como valor constitucional. En Colombia, entonces, un gobierno que quiera adelantar un proceso de paz con los actores armados, puede invocar estas normas para defender el mismo con argumentos constitucionales, esto es, afirmando que se está tratando de realizar y de desarrollar la Constitución.

Antes de entrar en el análisis de la ley 975 de 2005 vale la pena recordar que la confección de esta ley —esto lo digo por mi participación como consultor experto alemán en su discusión inicial— fue peor en sus inicios; por eso, se debe estudiar muy bien la historia de su redacción y aprobación para saber cómo fue el proceso de gestación de los proyectos, de dónde surgió esta normatividad, por lo menos las propuestas de los dos o tres años anteriores, sin olvidar la presión ejercida por la Unión Europea y Estados Unidos que fue muy importante para evitar que esta legislación se convirtiera en una herramienta que introducía la impunidad absoluta de manera disfrazada.

Ahora bien, la cuestión acerca de la constitucionalidad de la ley 975 de 2005 se puede dividir en dos aspectos:

En primer lugar, uno relativo a la *disminución punitiva sustancial* para los crímenes internacionales. De hecho, cabría preguntarse si una pena alternativa máxima de ocho años⁴, es compatible con la Constitución Política;

⁴ Artículo 29. "Pena alternativa: [...] En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la liber-

165

esta es la cuestión general o básica. En otras palabras: ¿hasta qué punto puede el legislador disminuir penas sustancialmente, para delitos que reciben en su tratamiento ordinario sanciones de hasta 50 años y, en el caso del concurso de delitos, hasta 60 años, para rebajarlas a 8 años como sanción máxima? Las preguntas específicas se refieren a algunos apartes de la ley 975 de 2005 que, desde esta perspectiva, podrían ser considerados inconstitucionales a la luz de otros principios que están en conflicto con la paz.

Para debatir sobre ello, debe tenerse en cuenta que, de un lado, se tiene a la *paz* como principio constitucional y, por el otro, también se cuenta desde el mismo prisma con el derecho a la *justicia* a través del bloque de constitucionalidad, es decir, por virtud de los tratados internacionales de derechos de humanos firmados y ratificados por Colombia⁵. Aunado a ello, se pueden

tad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos”.

⁵ De hecho, el bloque de constitucionalidad es un tema de prolijo desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; por esta vía se incluyen todos los derechos humanos y los valores que no estén explícitamente decantados en la Constitución colombiana, por lo que —a través de dicha ruta— hacen parte indispensable del análisis constitucional. Para RODRIGO UPRIMNY “gracias a figuras como el bloque de constitucionalidad, estamos hoy muy lejos de esas épocas, no tan lejanas, en que resultaba estrambótico que alguien citara una norma internacional de derechos humanos en una controversia judicial” (“El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en Oficina del

deducir tres postulados más que, de hecho, podemos considerar como ingredientes de un principio de *justicia en sentido amplio*: la *verdad*, la *reparación* y la *no repetición* de los crímenes cometidos. En consecuencia, estamos frente a una situación en la cual, por un lado, aparece el argumento a favor del proceso de paz —la *paz* como principio constitucional— y, por el otro, el interés de la *justicia* (en sentido amplio) que parece ser vulnerado por la ley 975 de 2005 en varios aspectos, uno de los cuales es la —ya señalada— disminución sustancial de la pena. Posteriormente, hablaremos de los principios derivados del interés de la justicia que han sido desarrollados detalladamente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”), entre ellos, en casos contra Colombia⁶.

La Corte Constitucional⁷ se ocupó del asunto invocando una técnica o un método muy conocido en la doctrina constitucional, o sea el de la *ponderación con un exa-*

dencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ed.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vol I, págs. 151-152). Sobre la misma doctrina en Argentina, ver E. MALARINO, “Argentina”, en AMBOS/MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo (Konrad Adenauer Stiftung) 2003, pág. 41.

⁶ Véase CIDH, caso *masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005; *masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia del 1º de julio de 2006.

⁷ Véase sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006.

men de proporcionalidad que en Alemania es jurisprudencia constante del *Bundesverfassungsgericht*⁸ y ha sido desarrollada teóricamente por ROBERT ALEXI con su famosa ley de ponderación (*Abwägungsgesetz*)⁹. Con este método, básicamente se comparan los valores que están en conflicto, para nuestro caso, la *paz* y la *justicia* (en sentido amplio) y se formulan tres sub-preguntas: en pri-

⁸ Cfr. la decisión fundamental conocida como el *Erdölbevorratung* de 16 de marzo de 1971, en *BVerfGE* 30, 292 (316).

⁹ Véase R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985, donde explica —en la pág. 146— la regla con las siguientes palabras: “Según la ley de la ponderación la medida admisible de no satisfacción o afectación de un principio depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya en la definición del concepto de principio, con la cláusula ‘relativamente a las posibilidades jurídicas’, es puesto en relación aquello que es exigido por el principio respectivo con aquello que es exigido por los principios opuestos. Es evidente que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o de manera absoluta, sino que siempre es posible hablar solamente de pesos relativos („Nach dem Abwägungsgesetz hängt das zulässige Maß der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips vom Wichtigkeitsgrad der Erfüllung des anderen ab. Bereits bei der Definition des Begriffs des Prinzips wurde mit der Klausel, relativ auf die rechtlichen Möglichkeiten’ das, was durch das jeweilige Prinzip geboten wird, in einer Relation zu dem, was durch gegenläufige Prinzipien geboten wird, gesetzt. Das Abwägungsgesetz sagt, worin diese Relation besteht. Es macht deutlich, dass das Gewicht von Prinzipien nicht an sich oder absolut bestimmbar ist, sondern dass stets nur von relativen Gewichten die Rede sein kann.“; trad. de Ezequiel Malarino). Cfr., también, M. BRENNER/F. KLEIN/H. V. MANGOLDT/C. STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, 5th ed. t. 2, München, Vahlen, 2005, art. 20 bis 82, nota marginal 314.

mer lugar, ¿es la medida *adecuada* para el fin constitucional?, lo que, en palabras del tema que se aborda sería: ¿es el proceso de paz, en su forma de la ley 975, la medida adecuada para conseguir la paz?; en segundo lugar —si la primera pregunta es contestada afirmativamente como lo hizo la Corte—, cabe indagar si la misma es *necesaria e indispensable* o, tal vez, si hay otras medidas menos violatorias del derecho a la justicia. Aquí se puede preguntar, v. gr., si no habría sido posible imponer una pena máxima mayor a la de los 8 años, por ejemplo, 12, 15 o 20? Claro, si una Corte Constitucional tiene una doctrina de *judicial restraint* frente a ciertas decisiones políticas del ejecutivo, como por ejemplo la Suprema Corte de Estados Unidos, no se va a inmiscuir en esa cuestión imponiendo al ejecutivo un número determinado de años. En otras palabras: si se considera que la medida es compatible con la Constitución, en principio, es discreción del legislativo —obviamente, con fundamento en la propuesta presentada por el ejecutivo— cuántos años quiere imponer como pena alternativa.

Finalmente, la tercera cuestión que se debe examinar es la *proporcionalidad en sentido estricto*. La Corte Constitucional concluyó en la mencionada sentencia que la ley 975 de 2005 era constitucional, en general, a cuyo efecto se valió del método de la ponderación; desde luego, llegar a esta solución es absolutamente defendible desde el punto de vista técnico y normativo, pues finalmente se trata de un juicio de valoración que parte de la premisa —igualmente defendible *en principio*— de que el proceso de paz es serio y que lo jalona un gobierno juicioso y honesto. En efecto, sería difícil para la Corte

Constitucional colombiana, como para cualquier Alto Tribunal de otro país, suponer que no es así sino más bien que el proceso solamente sirve, como algunos sostienen, para la legalización del proyecto político de los grupos al margen de la ley, o sea para la preparación del camino al poder de los grupos paramilitares. Puede ser así o no, no lo sé pues no soy colombiano y tampoco experto sobre el proceso de paz como proceso *político*, lo único que me parece claro es que la Corte Constitucional, *ex ante*, no ha podido hacer otra cosa que suponer que el gobierno y los otros actores realmente buscan la paz para Colombia, o sea tienen como único interés el bienestar del país. Bajo esta premisa la solución de la Corte es defendible, pues depende de presupuestos fácticos que de pronto están fuera de su alcance.

B) Otros aspectos problemáticos

Hay algunas cuestiones de la ley 975 de 2005 que generan dificultades en cuanto a los otros principios que dedujimos del bloque de constitucionalidad; no puedo hablar de todos los asuntos, pero en general me referiré a los dos más importantes.

En efecto, de un lado, si partimos del supuesto de que la *verdad* es un principio constitucional aplicando el bloque de constitucionalidad, este axioma implica que los responsables de los crímenes deben expresar la verdad y, para decirla, no se puede de entrada limitar la confesión como lo hizo la ley 975 de 2005¹⁰, sino que ella debe

¹⁰ El art. 17 de la citada ley establece que en la versión libre los sometidos manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y

ser completa y verdadera; por ello, la Corte Constitucional interpretó correctamente el artículo 17 de la ley 975 en el sentido de que la confesión debe ser completa y veraz.

En esta línea de análisis, debe recordarse que el decreto reglamentario 3391 del 29 de septiembre de 2006¹¹, analizado más detalladamente abajo (iv), pone en práctica —de acuerdo con el método a veces utilizado en la jurisprudencia colombiana, pero que no parece coherente con la propia Constitución porque un decreto de rango inferior no puede modificar una ley de la república— la mencionada sentencia de la Corte Constitucional. Sin duda, el decreto reglamentario 3391 es consecuencia directa de la sentencia de la Corte Constitucional¹² y, evidentemente, la disputa en torno a su elaboración ha sido fuerte, incluso hubo tendencias que no querían seguir al pie de la letra la providencia de la Corte. En todo caso, frente a la *verdad*, se debe obtener una confesión completa y plena de la persona que se quiere entregar; de hecho, la confesión plena es el eje central del decreto¹³.

lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales se acogen a la presente ley.

¹¹ Ver *supra* nota 2.

¹² Uno de los considerandos del aludido decreto reglamentario establece: "... para la debida ejecución de la ley 975 de 2005 resulta conveniente expedir una reglamentación en armonía con lo dispuesto en la sentencia C-370 de 2006".

¹³ "Artículo 9º.—Confesión completa y veraz. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 5º del decr. 4760 de 2005, en la versión

En todo caso, vale la pena señalar en este contexto que la verdad, como presunto fin de nuestros procesos penales, tampoco es un valor absoluto pues ya se sabe en la ciencia procesal penal, con base en la filosofía y la metodología, que el proceso penal puede llegar en lo máximo a una *verdad procesal*¹⁴, o sea, a una verdad relativa que puede ser obtenida con los medios procesales disponibles en el marco de un debido proceso en un Estado de derecho. En otras palabras, como ya dije anteriormente, hablamos de "... un concepto que ya no se base en la creencia naif en la correspondencia entre representación y sucesos reales en el sentido de la teoría de la correspondencia aristotélica, sino que concibe

172

libre de que trata el artículo 17 de la ley 975 de 2005, independiente de la surtida dentro del marco de la ley 782 de 2002, el postulado hará la *confesión completa y veraz de todos los hechos delictivos en los que participó o de los que tenga conocimiento cierto durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley e informará las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación en los mismos o de los hechos de que tenga constancia, a fin de asegurar el derecho a la verdad*. Igualmente manifestará su fecha de ingreso al respectivo bloque o frente e indicará la totalidad de los bienes de origen ilícito, los cuales deberán ser entregados para reparar a las víctimas, sin perjuicio de las medidas cautelares y de las obligaciones con cargo a su patrimonio lícito que proceden en virtud de la declaratoria judicial de responsabilidad a que haya lugar" (bastardilla fuera del texto).

¹⁴ Cfr., fundamentalmente, K. VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, Konstanz 1980, pág. 15; H. RADTKE, *Das Strafverfahren als Diskurs?*, en K. AMELUNG et al., *Festschrift (Libro homenaje) für Hans-Ludwig Schreiber*, 2003, págs. 375 (376).

la verdad como producto dialéctico discursivo de la discusiones de los participantes del proceso"¹⁵.

Por otro lado, se halla el principio de la *reparación* que es básico para las víctimas. Si se quiere reparar a las víctimas, evidentemente, no se tratará de una compensación exclusivamente material o económica; no obstante, en cuanto a la posibilidad de reparar —materialmente— tenemos que referirnos a todos los bienes de los grupos al margen de la ley y no solamente a los ilícitos, como en su origen lo planteó la ley 975¹⁶. La reparación supone que *todos* los bienes tienen que ser puestos a disposición del Fondo que se ha creado al efecto y no solamente los bienes ilícitos; aquí, evidentemente, encuentra el proceso un escollo fundamental, que toca con un problema empírico en relación con los bienes consistente en determinar quién es el propietario de los mismos, amén del problema de los terceros testafierros y de cómo se puede probar eso; se trata, pues, de un asunto con la delincuencia organizada que, por lo demás, no es un tema particular colombiano. Las personas, como se sabe, tienen sus cuentas en Suiza en donde existe el secreto bancario, o en Panamá y en los paraísos fiscales del Caribe, en donde es muy difícil hacer el rastreo; así las cosas,

173

¹⁵ K. AMBOS, *Principios del proceso penal europeo*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 2005, págs. 99 y ss. con ulteriores referencias.

¹⁶ El inc. 4º del art. 44 de la ley 975 de 2005, entendía como actos de reparación "La entrega al Estado de bienes obtenidos ilícitamente para la reparación de las víctimas". La expresión *obtenidos ilícitamente* fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-575 de 2006.

descubrir la compleja relación de propiedad podría abrir la caja de Pandora y implicar muchas más personas de las que inicialmente han sido pensadas; detectar un testaferro, además, implica su punibilidad por lavado de dinero, encubrimiento y otros delitos. En este sentido, el fallo de la Corte Constitucional al decidir que la ley 975 de 2005 es constitucional, en mi opinión, carece de algunos ajustes que debe hacer el legislador.

Otro aspecto que se debe considerar en este contexto, es el atinente al *método de aprobación* de la ley. Como se sabe en los procesos de transición a la democracia en el Cono Sur y en otros países, muchas veces se han decretado leyes de amnistía o indultos directamente desde la cúpula militar, como en el caso chileno, por ejemplo, con el notorio decreto 2191 de abril de 1978 que fue producto de una auto amnistía referente a todos los delitos cometidos entre 1973 y 1978, en dicho país; se trataba, sin duda, de una normatividad que no tenía ninguna legitimidad porque fue expedida por el propio gobierno militar, por la junta militar, sin ninguna transparencia democrática. En el caso colombiano, a la inversa, desde el punto de vista formal, la ley 975 tiene, a primera vista, una legitimidad innegable pues fue aprobada por el Congreso de la República. Si bien es conocido que estos procesos “democráticos” no son ajenos a la manipulación de los grupos de poder y, en concreto, en el caso colombiano, la influencia paramilitar en el Congreso no se puede negar, máxime ahora con el llamado escándalo de la parapolítica. De todas maneras, es innegable que el proceso es democrático y ofrece

174

posibilidades de participación de la sociedad civil, de las organizaciones no gubernamentales, etc.

De todo esto resulta que la constitucionalidad de la ley 975, desde el punto de vista normativo y formal, difícilmente se puede negar. Llegamos, entonces, al segundo nivel, a saber, si podemos realmente hacer la misma ponderación, si existe un derecho a la *paz* en el derecho internacional que debe ser considerado en este tipo de procesos. Se trata, sin duda, de una cuestión de relevancia general para varios procesos de paz en el ámbito mundial.

2. LA LEY 975 DE 2005 A LA LUZ DEL ESCENARIO INTERAMERICANO

175

Para empezar, podemos decir que existe un derecho a la *paz* en el escenario internacional; de hecho, las medidas del capítulo vii de la Carta de la ONU (“Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”) persiguen como fin ulterior el mantenimiento de la paz internacional. Esto también vale para el sistema interamericano; así mismo, hay una ponderación de intereses, hay discreción y coexiste el llamado principio de oportunidad. No obstante, la pregunta central que debe formularse es la siguiente: ¿son estos principios de *justicia*¹⁷,

¹⁷ La Corte Interamericana ha señalado que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino que éste debe además asegurar —en tiempo razonable— el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para

verdad, reparación¹⁸ y no repetición negociables? Esta es la pregunta fundamental. Si se toma una postura dogmática, en el sentido negativo de la palabra, una posición inflexible, podríamos decir que no debe haber impunidad para crímenes internacionales y que, por tanto, no es negociable la impunidad de ninguna forma.

Desde luego, tampoco la ley 975 es permisiva consintiendo la impunidad total, porque mediante ella se puede llegar a una pena ordinaria, que, solamente en el caso de la confesión plena y veraz de los delitos en la versión libre y el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad, queda suspendida y es reemplazada por la pena alternativa con un máximo de 8 años; por ello, entonces, la ley 975 no es una ley de impunidad "primitiva" o

que se sancione a los eventuales responsables. Cfr. casos de las *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*, sentencia del 1º de marzo de 2005, párr. 66; *19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia del 5 de julio de 2004, párr. 188 y *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, párr. 209.

¹⁸ La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias producidas por las infracciones y se establezca, *inter alia*, el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Cfr. Casos *Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia del 24 de junio de 2005, párr. 147; *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, párr. 122 y *Huilca Tecse vs. Perú*, sentencia del tres de marzo de 2005, párr. 88.

absoluta como las leyes del Cono Sur en su momento¹⁹. Por lo tanto, el problema sometido a consideración se torna dificultoso porque no es tan fácil afirmar que esta ley viola la CADH (como las leyes de impunidad absolutas); al analizar la jurisprudencia de la *Corte Interamericana*, sobre todo en los casos contra Colombia por masacres cometidas por grupos paramilitares con la colaboración o tolerancia de las fuerzas públicas, como son los de los 19 comerciantes, Mapiripán, Pueblo Bello, Ituango y la Rochela (esta última mediante sentencia del 11 de mayo de 2007), se puede verificar que la Corte ha establecido *principios* bastante concretos en cuanto a las obligaciones de los Estados frente a esos procesos.

En primer lugar, existe la obligación de una *protección judicial* conforme a los artículos 8 y 25 de la Convención, pues el Estado debe hacer todo lo posible y necesario para que las víctimas conozcan la verdad y para que los responsables sean sancionados en plazos razonables, como se infiere por ejemplo de la sentencia de la masacre de Ituango²⁰ o Escué Zapata²¹; esta obligación del Estado, en virtud de la cual debe investigar los críme-

¹⁹ Sobre ello, ver K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, págs. 53 y s., 126 y ss.

²⁰ Caso Ituango, *supra* nota 6, párr. 289: "Así mismo, esta Corte ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables".

²¹ Caso Escué Zapata v. Colombia, sentencia 4 de julio de 2007, párrs. 102 y ss.

nes, es un compromiso *ex officio* y no depende de una actuación de las víctimas enderezada a que ello se haga, por lo cual es muy importante que el Estado no espere a que las víctimas inicien la actuación.

Con respecto al derecho de las víctimas a la *verdad*, no es suficiente sin más con el procedimiento interno dentro del Estado, sino que —como ya se advirtió— es necesario que se haga efectivo el derecho de las víctimas y de sus familiares a conocer tanto la verdad de lo sucedido como a que se les imponga una sanción a los responsables; la víctimas, pues, tienen que ser escuchadas en la investigación y dentro de ella se tiene que asegurar el ejercicio de su derecho a la compensación. Además, en la sentencia de *La Rochela*, la Corte Interamericana advierte que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad, es decir el derecho de la sociedad a saber, exige la *determinación judicial* de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades²². Esto significa que el esclarecimiento histórico de la verdad, sea para satisfacer el derecho individual a la verdad de las víctimas, sea el derecho colectivo a saber de la sociedad, debe realizarse mediante un proceso judicial que no puede ser sustituido por una comisión de la verdad como a veces se pretende. Naturalmente, esto no excluye la posibilidad o la necesidad de crear una Comisión de Verdad “real”, o sea, un organismo que tenga facultades de investigación

²² Caso de la *masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia del 11 de mayo 2007, párr. 195.

y de recomendar sanciones²³; de hecho, una Comisión como esta sería muy importante para complementar el proceso de paz colombiano²⁴, pues ella podría lograr algo que procesos individuales —sin versión libre o con ella—, no pueden obtener: la verdad histórica completa²⁵.

Por supuesto, los *procesos contencioso administrativos* que en Colombia se están desarrollando para remediar esas violaciones no resultan suficientes tal y como lo afirma el profesor R. UPRIMNY YEPES quien, como perito en el caso de las masacres de *Ituango vs. Colombia*, dictaminó que “el recurso contencioso administrativo de reparación directa no es un sustituto idóneo de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, pues tiene ob-

²³ Cfr. K. AMBOS, *The legal framework of transitional justice*, 2007 www.peace-justice-conference.info/documents.asp, párrs. 13 y ss.; vers. española en este libro.

²⁴ La “Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación”, prevista en los arts. 50-52 de la ley 975, no es una verdadera comisión de la verdad real, pues sus competencias son muy limitadas: en efecto, no puede recomendar investigaciones criminales (cfr. JULIÁN ANDRÉS DURÁN PUENTES, “La importancia de una ley de lustración para el proceso de justicia transicional”, 54 *Facetas Penales*, Leyer, 33, págs. 34 y ss.).

²⁵ La verdad no es solamente importante para las víctimas como suelen pensar, normalmente, las ONGs de Derechos Humanos: en un seminario taller que tuvo este autor con los fiscales colombianos de la Unidad de Justicia y Paz, el 16 de octubre de 2007, muchos de ellos expresaron su frustración frente a la dificultad de comprobar la versión libre del imputado. Este sí es un problema real, independiente del concepto de verdad ya discutido *supra* nota 14 y texto principal.

vias limitaciones debido a su naturaleza, reglamentación y limitaciones fácticas funcionales²⁶.

Al respecto, debe decirse que la Corte Interamericana acogió esa tesis, dado que dicho medio no constituye en sí una reparación, pues estos procesos no son comparables con sentencias penales y tampoco mediante ellas se establece la responsabilidad estatal como lo anuncia la misma Corte Interamericana, más concretamente me refiero a los párrafos 345 y siguientes del caso de las masacres de Ituango, decisión mediante la cual la Corte establece el estándar para la reparación. El derecho interno de un Estado, por ejemplo una ley de justicia y paz o una ley de impunidad, no es razón para incumplir estas obligaciones²⁷; la reparación y la in-

180

²⁶ Citado en CIDH, caso Ituango, *supra* nota 6, párr. 111.

²⁷ La Corte determinó que el Estado "debe realizar las debidas diligencias para activar y completar eficazmente las investigaciones para determinar la responsabilidad de todos los autores de la masacre y de las personas responsables por acción o por omisión del incumplimiento de la obligación estatal de garantizar los derechos violados. El Estado debe llevar a término el proceso penal sobre las masacres de Ituango, de forma que permita el esclarecimiento de todos los hechos y la sanción de los responsables. Los resultados de estos procesos deberán ser públicamente divulgados por el Estado, de manera que la sociedad colombiana pueda conocer la verdad acerca de los hechos del presente caso. Para cumplir la obligación de investigar y sancionar a los responsables en el presente caso, Colombia debe: a) remover todos los obstáculos, *de facto* y *de iure*, que mantengan la impunidad; b) utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y el proceso judicial; y c) otorgar las garantías de seguridad adecuadas a las víctimas, investigadores,

demnización en concreto dependen del daño causado por los violadores, el cálculo concreto debe tener en cuenta el daño material y el daño inmaterial, y, evidentemente, la relación entre las víctimas y el daño, pues, también existe la posibilidad de que se presenten personas como víctimas que no fueron tales y es necesario establecer la relación de causalidad, asunto que a veces resulta muy problemático.

Igualmente, la Corte Interamericana desarrolla detalladamente el aspecto del *daño inmaterial* en el contexto de la realidad en Latinoamérica, en particular el caso colombiano, al establecer varios tipos de reparación inmaterial: actos simbólicos, la obligación de investigar y sancionar estos crímenes, remover los obstáculos procesales, asegurar la protección de testigos, velar por que la población que quedó desplazada pueda retornar a su sitio de origen —también se le denomina como garantía de retorno—, el reconocimiento de las violaciones por parte del gobierno, el perdón a través de actos públicos, las placas en plazas públicas, la educación en el tema de derechos humanos —por ejemplo, de las fuerzas armadas—. Así mismo, la posibilidad de publicar las sentencias de la Corte Interamericana pues, como se sabe, esas decisiones si bien son accesibles para algunos a través de la página web de la Corte, muy segu-

181

testigos, defensores de derechos humanos, empleados judiciales, fiscales y otros operadores de justicia, así como a los ex pobladores y actuales pobladores de Ituango". Cfr. caso Ituango, *supra* nota 6, párrs. 399 y 400.

ramente no lo serán para otras personas que pueden ser víctimas; por ello, es necesario entonces que el Estado haga llegar esta información a los interesados, de manera tal que puedan comprender las sentencias²⁸.

En todo caso, si bien es cierto que la Corte Interamericana hasta ahora no ha tenido la oportunidad de analizar detalladamente la ley 975, se ha ocupado de ella "de paso" en la sentencia sobre *La Rochela*²⁹. En esta ocasión, dicho organismo reiteró el deber del Estado "de iniciar *ex officio*, sin dilación y con debida diligencia, una investigación seria, imparcial y efectiva, tendiente a establecer plenamente las responsabilidades ..."; por ello, es necesario que "exista un sistema eficaz de protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y sus familias" y "que se esclarezca, en su caso, la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones que hicieron posible las violaciones" por lo cual cualquier obstáculo normativo es inadmisibles³⁰. En cuanto a la *verdad*, la Corte afirma que es precisa "la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio" y "que la satisfacción de la

182

²⁸ Frente a esto es importante resaltar la labor de las organizaciones de derechos humanos, puesto que éstas presentan las sentencias en forma de material didáctico, para que las víctimas las entiendan, toda vez que —en su mayoría— son decisiones bastante largas y nutridas con un lenguaje técnico.

²⁹ La Rochela, *supra* nota 22, párrs. 180 y ss.

³⁰ La Rochela, *supra* nota 22, párr. 194.

dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades³¹. Sobre la *participación de víctimas* la Corte dice que se debe garantizar "en todas las etapas de los respectivos procesos, [que] las víctimas puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que estos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones"³². Así mismo, en relación con el referido principio de *proporcionalidad de la pena*, estima que la respuesta estatal debe ser "proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos"³³. Esto, de nuevo, crea ciertos interrogantes en cuanto a la admisibilidad de una rebaja tan sustancial como la propuesta por la ley 975.

Es más, al momento de individualizar la pena "se debe(n) fundamentar los motivos por los cuales se fija

183

³¹ La Rochela, *supra* nota 22, párr. 195.

³² La Rochela, *supra* nota 22, párr. 195.

³³ La Rochela, *supra* nota 22, párr. 196. Se trata de una proporcionalidad negativa de penas demasiado bajas; por lo tanto, es poner el asunto patas arriba si el presidente Uribe aboga por una proporcionalidad (positiva) para reducir más las penas imponibles a los llamados parapolíticos (cfr. *El Tiempo*, 6 de octubre de 2007).

la sanción correspondiente³⁴. En torno al principio de *favorabilidad* de una ley anterior estima que “debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal³⁵. Y, en relación con el efecto de *cosa juzgada*, recuerda que este principio rige solamente cuando la sentencia correspondiente respetó “el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este tribunal en la materia”³⁶. Además, “si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada”³⁷. Finalmente, la Corte recuerda que el Estado tiene el “deber ineludible de reparar de forma directa y principal aquellas violaciones de derechos humanos de las cuales es responsable, según los estándares de atribución de responsabilidad internacional y de reparación...” y “debe asegurar que las reclamaciones de reparación formuladas por las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares no enfrenten complejidades ni cargas procesales excesivas que signifiquen un impedimento u obstrucción a la satisfacción de sus derechos”³⁸.

³⁴ La Rochela, *supra* nota 22, párr. 196.

³⁵ *Idem, ibidem*.

³⁶ La Rochela, *supra* nota 22, párr. 197.

³⁷ *Idem, ibidem*.

³⁸ La Rochela, *supra* nota 22, párr. 198.

En resumen, si bien la Corte no se pronuncia explícitamente sobre la compatibilidad de la ley 975 con la CADH, la última sentencia permite extraer algunas conclusiones en cuanto a las fricciones más evidentes de esta ley con la CADH, por ejemplo, en cuanto a la disminución sustancial de la pena o el derecho a la verdad. En general, si bien la jurisprudencia de la Corte no se refiere explícitamente a un proceso de paz y por ello parece más rígida que el propio derecho (penal) internacional, no hay duda de que el logro de la paz es un valor reconocido internacionalmente pero, al mismo tiempo, las restricciones al valor justicia en nombre de la verdad tienen sus límites. ¡No puede, pues, haber paz a cualquier precio por la sencilla razón de que una paz *real* no puede renunciar completamente al valor de justicia. Sin “algo de justicia” las víctimas no se sienten tomadas en serio y, por su frustración, como consecuencia de ello, existe el peligro que se tomen la justicia por sus propias manos. Con esto llegamos al escenario del derecho internacional.

3. LA LEY 975 DE 2005 EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL; LA ACTUACIÓN DE LA CPI FRENTE A COLOMBIA

Del estudio del texto del Estatuto de la CPI (“ECPI”), aprobado en agosto de 1998 en Roma y entrado en vigor en julio de 2002, claramente se puede deducir que él es un *instrumento flexible*. Colombia ratificó el Estatuto en agosto de 2002 por lo cual entró en vigor el primero

de noviembre del mismo año³⁹; el gobierno colombiano, sin embargo, hizo uso de la cláusula del artículo 124 del ECPI por la cual queda excluida la competencia de la Corte para crímenes de guerra por un lapso de siete años. En consecuencia, la CPI solo tiene competencia en cuanto a los *crímenes de guerra* cometidos en territorio colombiano a partir del *primero de noviembre de 2009*⁴⁰, pero

³⁹ Dicho estatuto fue ratificado mediante la ley 742 del 5 de junio de 2002.

⁴⁰ Durante una visita de una delegación de la Fiscalía de la CPI a Colombia, a medianos de octubre de 2007, el presidente Álvaro Uribe Vélez anunció su intención de retirar la declaración del art. 124. Ver "Palabra" del presidente Uribe en el encuentro de la jurisdicción ordinaria", Cali, 18.10.2007, <http://web.presidencia.gov.co/sp/2007/octubre/18/15182007.html>: "He pensado que debe abrirse en Colombia la discusión de si esperamos hasta el año 2009, o se levanta la reserva que el país hizo ante la Corte Penal Internacional. Esta mañana llamaba al ministro de la Defensa, hablaba con el ministro del Interior y le decía al general Padilla de León, comandante general de las fuerzas: Colombia es un país que pertenece a las instituciones internacionales de justicia, a la comisión de la OEA, a la Corte Interamericana, a la Corte Penal Internacional, a los órganos de Naciones Unidas. ¿Qué razón tiene esa reserva? Si de todas maneras un delito de lesa humanidad cometido después de 2002, no perseguido y no juzgado en un país signatario, inmediatamente abre la posibilidad de que la Corte Penal Internacional ejerza la competencia supletiva. Y a ese delito no le es oponible la reserva. Yo pienso que es la hora de plantear ese debate, con el buen cuidado de explicárselo muy bien a los soldados y policías de la Patria, a quienes les tenemos que dar todo el apoyo".

Si Colombia, realmente, efectuara el retiro de la declaración del art. 124 surge la pregunta en torno a si éste puede tener efec-

si la tiene ya —a partir del *primero de noviembre de 2002*— sobre *crímenes de lesa humanidad y genocidio*, siempre que se trate de violaciones cometidas en territorio colombiano o por nacionales colombianos (ECPI, art. 12). Si bien de allí surge la competencia de la CPI, en principio es difícil decir si la Corte va a ejercer esta competencia dados sus recursos limitados⁴¹, su estrategia de persecución muy limitada (cfr. sobre ello más abajo) y, no por último, el proceso de paz en Colombia.

No obstante, es viable preguntarse: ¿hasta qué punto es flexible el Estatuto de Roma? Al respecto, siempre he asumido la posición —que es un punto de vista común entre los colegas de La Haya y sostenido por diferentes expertos⁴²—, en virtud de la cual se concluye que dicho Estatuto no puede ser un obstáculo para un proceso de paz verdadero, porque no sería lógico que si un Estado Parte quiere hacer la paz la comunidad internacional y los Estados Parte del Estatuto de Roma in-

to retroactivo, o sea, si los crímenes de guerra cometidos a partir de la entrada en vigor del Estatuto para Colombia (1º de noviembre de 2002) pueden ser perseguidos por la CPI.

⁴¹ Ver sobre ello, K. AMBOS, "Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y Realpolitik", en *Polít. crim.* núm. 4, 2007. A1, págs. 1-16, www.politicacriminal.cl

⁴² Ver al respecto, por ejemplo, D. ROBINSON, "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", en *Eur. Journal of International Law* 14 (2003), págs. 481 y ss. Para mas referencias ver K. AMBOS, Legal framework, *supra* nota 23, párrs. 34 y ss.; vers. española en este libro.

tervengan sin conocer el terreno, obstaculizándolo. Esta conclusión, que es de la política internacional y criminal, se puede sostener a partir de tres normas del Estatuto.

En primer lugar, se infiere del artículo 16 que prevé la posibilidad de la suspensión de investigaciones en sede de la CPI por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por un lapso de un año, con fundamento en una resolución expedida de conformidad con el capítulo séptimo de la Carta⁴³. Como el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas goza de este poder que le da el derecho internacional, el Estatuto de Roma tendría que integrarlo en el sistema de la Corte y, por tanto, el Consejo tiene un papel importante no solo en relación con la aplicación del artículo 16 sino también en cuanto a la prórroga de dicha suspensión, es decir, este organismo puede suspender el proceso por un año y después aplazar esa interrupción. Por ejemplo: si se tiene una investigación en un país muy adelantada con apertura de la investigación formal según el artículo 53 del Estatuto y con órdenes de captura contra los jefes de las partes del conflicto, es factible que el Consejo de Seguridad decida —a causa de un proceso de paz— suspender la investigación hasta que se resuelva el proceso en este país. Si bien, el uso del artículo 16 será muy espinoso, dado el difícil pero necesario consenso entre los cinco miembros permanentes del Consejo (China, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Rusia), es una posibilidad que hoy existe y demuestra la flexibilidad a la que se ha hecho alusión.

⁴³ En el marco del capítulo séptimo (ya citado arriba) el Consejo de Seguridad tiene las medidas más fuertes para sancionar Estados, incluso legalizar intervenciones militares.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta el principio de la *complementariedad*, previsto en el artículo 17 del Estatuto y analizado más detalladamente en otro lugar⁴⁴. El eje de este axioma radica en que la CPI, como institución subsidiaria a las jurisdicciones nacionales, no tiene —en principio— por qué investigar, en la medida en que los Estados resuelvan sus problemas, es decir, sancionen y persigan crímenes internacionales y así cumplan con todas las obligaciones que surgen del derecho penal internacional. La Corte Penal Internacional, pues, solamente interviene cuando los Estados no cumplen con sus obligaciones, pues es una organización subsidiaria y complementaria, esto es, *complementa* a la legislación y a la justicia nacionales solamente si esta última no tiene voluntad o capacidad de investigar los hechos, lo que —sin duda— demuestra cierta flexibilidad.

El tercer principio —que es de pronto el más entendible, pues en Colombia mediante la ley 906 de 2004 se puso en práctica un sistema de tendencia acusatoria—, es el de *oportunidad o discreción* del Fiscal, plasmado en el artículo 53 del Estatuto pero también implícito en la misma estructura de la (larga) etapa de investigación (preliminar) del Estatuto⁴⁵. El artículo 53 regula lo atinente

⁴⁴ K. AMBOS, *Legal framework*, *supra* nota 23, párrs. 37 y ss. con más referencias; vers. española en este libro.

⁴⁵ Sobre ello, K. AMBOS, "The structure of International Criminal Procedure: 'Adversarial', 'Inquisitorial' or Mixed?" en: M. BOHLANDER (ed.), *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, London (Ashgate) 2007, págs. 429 y ss.; *id.*, *Internationales Strafrecht*, 2nd edic., München (ed. Beck) 2008, § 8 núms. 20 y ss.

a la apertura de la investigación formal y prevé una cláusula que se refiere a los intereses de la justicia —*interests of justice*—, en virtud de la que se le permite al fiscal abstenerse de abrir la investigación. El término “intereses de la justicia” que es impreciso, procede del derecho norteamericano que implica, de suyo, el poder discrecional —como el que tiene el Fiscal norteamericano— en cuanto a la apertura o no de asuntos criminales. Los alcances de esta expresión se están tratando de concretar por la Fiscalía en La Haya mediante la confección de algunos informes y con la discusión en la que participamos algunos expertos, puesto que no existe al respecto un concepto concreto todavía; desde luego, es claro que el “interés de la justicia” es tan amplio que podría llegar a integrar un proceso de paz.

Hay otro elemento de flexibilidad en la justicia penal internacional que también es muy importante reconocer, sin entrar en detalles en este lugar. En efecto, vemos la tendencia muy clara en la justicia penal internacional de que las persecuciones criminales se limiten solo a las cabezas, a las cúpulas de las organizaciones como lo enseñan casos como los de Milosevic, Sadam Hussein, Charles Taylor, etc., aunque evidentemente hay muchos casos más; esta es también la estrategia explícita del fiscal de la CPI, como ya mencionamos arriba⁴⁶. Por tal razón, la persecución penal no llega al soldado individual,

⁴⁶ Ver, en vez de muchos, ICC-OFFICE OF THE PROSECUTOR, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, The Hague, september 2003, <www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030905_Policy_Paper.pdf> págs. 3, 7: “focus [...] on those who bear the

al policía violador, al pequeño ejecutor de órdenes ilegales, porque no hay capacidad de investigar todo y a todos (como tampoco existe en nuestros sistemas nacionales, por eso tenemos instituciones procesales como la sentencia anticipada, el principio de oportunidad, etc.) y porque tampoco es el objetivo de la justicia penal internacional ocuparse del nivel bajo o medio de macrocriminalidad. Esta *limitación ratione personae* significa para el caso colombiano distinguir entre los jefes de los grupos al margen de la ley y sus soldados, es decir, por ejemplo entre el señor Mancuso y el pequeño paramilitar que hoy trabaja para esas personas y mañana lo hace con la guerrilla, dependiendo de quién le paga mejor. Esto también implica que el famoso dicho de BERTOLD BRECHT de la “Dreigroschenoper” “Die Kleinen hängt man und die Grossen lässt man laufen” (*mientras a los pequeños se les cuelga, a los grandes se les deja salir corriendo*) no se aplica aquí, no se puede sancionar a los pequeños criminales como chivos expiatorios. El castigo se enfoca a través de la sanción dirigida contra la cúpula, ese es realmente el criterio, pues es muy fácil sacrificar a algunos que se entregan pero no a los grandes miembros de esas organizaciones delictivas, quienes muchas veces no terminan siendo objeto de una sanción adecuada. Esto está confirmado también desde el ángulo de la dogmática del derecho penal, pues evidentemente la diferenciación

greatest responsibility [...]”. Sobre ello y la limitación *ratione materiae* a los crímenes mas graves, ver también K. AMBOS, *Legal framework*, *supra* nota 23, párrs. 21, 36 con más referencias, vers. española en este libro.

entre autoría y participación y, sobre todo en el plano de la autoría, entre el autor material y el autor mediató, reside en el injusto, en el mayor desvalor que abriga el comportamiento del autor mediató. Así las cosas, consideramos que los jefes del Comité Central del Partido Comunista, la junta militar argentina, etc., son autores mediatos porque ellos son los que realizan el injusto, ellos son los que planifican los hechos, son los responsables intelectuales de toda la máquina de destrucción⁴⁷. Por ello, entonces, resulta evidente que el pobre campesino o el paramilitar pequeño no es comparable con estos autores, dado que son personas cambiables, fungibles, pues si ellos no sirven se reemplazan por otros; por eso, los manipuladores son los importantes y es contra ellos que se debe luchar no contra los manipulados.

Sin embargo, vale la pena resaltar, con referencia al caso colombiano, que la Ley de Justicia y Paz no restringe la investigación y el juzgamiento a los responsables de ciertos delitos graves, como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio, sino dispone que todos y cada uno de los miembros de los grupos armados ilegales desmovilizados puede acogerse a la Ley de Justicia y Paz por delitos cometidos y no cobijados por la ley 782 de 2002, que prevé beneficios exclusivamen-

⁴⁷ Ver K. AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, Bogotá, Edit. Temis, 2005, págs. 195 y ss., 209 y ss.; *id.*, "Dominio por organización. Estado de la discusión", en *Derecho penal contemporáneo*, Legis, Colombia, núm. 19 (abril-junio 2007), págs. 5 y ss., ambos con más referencias.

te para delitos políticos, los cuales —según la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 11 de julio de 2007 (sobre ella más adelante)⁴⁸— no pueden ser cometidos por grupos paramilitares. Además, la implantación de la ley 975 ha mostrado varios problemas estructurales: en primer lugar, existe la tendencia a que solamente se sometan a la ley aquellos mandos (para)militares que ya tienen sentencias judiciales en firme y, por tanto, les parece más beneficioso convertir estas decisiones judiciales en una pena alternativa que, de pronto, ser perseguidos por la justicia ordinaria; la otra cara de la medalla, es que los mandos que no tienen sentencia judicial puedan haber cometido crímenes graves y no se sometan a la ley, pues esperan que la Justicia no tenga capacidad de ocuparse de ellos y, por ende, quedarían impunes. Está práctica de sometimiento de acuerdo a la existencia de sentencias firmes o no, sin embargo, no tiene una base en la ley pues ella no hace esta distinción sino que, solamente, se refiere a "las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional" (art. 2°). En segundo lugar, mientras que los principales jefes paramilitares —con la reserva mencionada— se acogieron a la ley 975 para beneficiarse de la pena alternativa y los combatientes

⁴⁸ Cfr. Proceso núm. 26945, c/ Orlando César Caballero Montalvo.

“rasos” quedaron, en principio, cobijados por los programas administrativos de reinserción y reintegración a la sociedad civil, no se ha tenido en cuenta a los llamados mandos medios que en muchos casos han sido los responsables principales de las graves violaciones a los derechos humanos, que ejecutaron las masacres y poseen toda la información sobre las estructuras militares y económicas de los grupos paramilitares.

Con todo ello, se puede concluir que en este momento —a pesar de los problemas prácticos mencionados— es difícil afirmar que el proceso de paz colombiano viole estándares internacionales, por el mismo hecho de que es complejo, con una normatividad sofisticada y no primitiva —como lo conocemos de otros procesos—. Empero, tenemos que hacer ciertas reservas en este momento histórico y esperar a ver como se sigue desarrollando el proceso.

Existe, como siempre en América Latina, el peligro, ya conocido desde la época colonial, del divorcio entre la norma y la realidad. Podemos tener las normas mejor confeccionadas —en Colombia son expertos en hacer normas bonitas— pero, en la realidad, no funcionan como debería ser; las constituciones latinoamericanas son las más elaboradas, mucho más que las nuestras en Europa, pero los derechos constitucionales se violan permanentemente. En Brasil, por ejemplo, hay una Constitución ejemplar, pero lo difícil es saber cuál de sus contenidos funciona de verdad. Por ello, desde el punto de vista empírico, pues, se tendrá que evaluar este proceso y ver si la premisa de la cual partimos —que tenemos un proceso de paz serio y verdadero— se ve-

rificará en el futuro o no; si decimos en cinco o seis años, con evaluación posterior a través de investigaciones de colombianos, de sociólogos, de criminólogos, incluso de extranjeros, que este proceso de paz realmente fue verdadero no habría discusión alguna al respecto.

En este contexto, cabe mencionar la ya citada decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 11 de julio de 2007, en la cual deja muy claro que no es posible declarar la conformación y pertenencia a un grupo paramilitar como *delito político*, pues dichos grupos actuaron por motivos egoístas y contaron con el apoyo de importantes sectores institucionales. Esta decisión, si bien se encuentra en armonía con la tradición colombiana en materia del delito político⁴⁹,

⁴⁹ Por ello, siempre se ha privilegiado a los grupos guerrilleros (de izquierda) sobre grupos paramilitares (de derecha), alegando que solamente los primeros quieren cambiar el Estado y la sociedad hacia una alternativa mejor (véase, L. C. PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. 3, 2ª ed. reelaborada, Bogotá, Edit. Temis, 1978, págs. 111 y ss., en especial, págs. 135 y ss., al ocuparse de los rebeldes insurrectos). En contra de esta tendencia se encuentra, explícitamente, la posición actual del presidente Uribe Vélez, ver “Palabras...”, *supra* nota 40:

“Y he dicho, desde el punto de vista sociológico ¿qué diferencia hay entre el campesino que pertenece al grupo paramilitar, y el campesino que pertenece al grupo guerrillero?”

“Y he insistido en una tesis: desde el punto de vista del padecimiento de la víctima, ¿qué diferencia hay entre el delito del uno y el delito del otro?”

“Y desde el punto de vista rigurosamente jurídico —y permítanme asomar esta reiteración ante ustedes, lo hago con todo respeto— creo que violan por igual el ordenamiento jurídico, que

no solamente rompe con la jurisprudencia anterior de este Alto Tribunal —hasta esa fecha la Corte consideró que la pertenencia a un grupo paramilitar constituía sedición en el sentido del art. 71 de la ley 975⁵⁰— sino que tiene, sobre todo, una gran relevancia práctica pues de los 2913 postulados 2183 no tienen antecedentes judiciales aparte de la conducta de pertenecer a un grupo armado ilegal y hay, aparentemente, miles de miembros “rasos” mas que, no siendo más delincuentes políticos, no se pueden someter a la ley 782 de 2002 (pues, ella solamente es aplicable a delitos y a delincuentes políticos). Como dicha conducta ya no puede ser calificada como un delito político de la sedición, sino sola-

196

es el Estado, quienes quieren suplantarlos, para establecer un gobierno guerrillero, o quienes lo desconocen, so pretexto de atacar a la guerrilla y de defender el orden socioeconómico. Los dos, finalmente, están por fuera y en contra de ese ordenamiento jurídico y del Estado.

”Yo no participo de la tesis de que los paramilitares están a favor del Estado. Su accionar viola el ordenamiento jurídico, lo desafía, que es finalmente el Estado”.

⁵⁰ El art. 71 agregó al art. 468 del C. P. el siguiente inciso: “También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de *autodefensa* cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión....” (bastardillas añadidas). El texto del artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por vicios de forma, pero la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema lo siguió aplicando hasta la sentencia citada, crit. F. Velásquez, JpD 2007, puntos 4.7.1. y ss.

mente como un delito común posiblemente de concierto para delinquir agravado (C. P., art. 340, inc. 2º, en su antigua redacción⁵¹ antes de la expedición de la ley 1121 de 2006), con lo cual sería inaplicable el artículo 69 de la ley 975⁵², es posible que dichos imputados renuncien a su postulación para buscar los beneficios más benévolos en la justicia ordinaria, con la grave consecuencia de que la Ley de Justicia y Paz se quede casi sin procesados. Alternativamente, una propuesta legislativa del gobierno Uribe sugiere que la pertenencia a los citados grupos debe considerarse solamente como un concierto para delinquir simple (art. 340, inc. 1º)⁵³ con la consecuencia de que el artículo 69 de la ley 975 les sería aplicable y los miembros de estos grupos podrían invo-

197

⁵¹ El art. 340 inc. 2º del C. P. de 2000 (ley 599) señalaba: “Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.

⁵² El art. 69 dice en la parte relevante: “Las personas que se hayan desmovilizado dentro del marco de la ley 782 de 2002 y que hayan sido certificadas por el gobierno nacional, podrán ser beneficiarias de resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, según el caso, por los delitos de concierto para delinquir en los términos del inciso 1º del artículo 340 del Código Penal...” (bastardillas añadidas).

⁵³ Proyecto de ley núm. 67 Senado, “por medio del cual se modifica el art. 340 del C. P. y se adiciona el art. 69 de la ley 975 de 2005”.

car los beneficios de la ley 782 de 2002, por ejemplo, el archivo del procedimiento. Desde el punto de vista dogmático esta propuesta es muy problemática porque mezcla un delito de intención (concierto para delinquir) con una comisión real de un delito (la pertenencia al grupo existente armado) y, además, equipara estos grupos al margen de la ley con los grupos de delincuencia común, mostrando así de nuevo la difícil delimitación entre delito político y delito ordinario.

En todo caso, la discusión —muy colombiana, por cierto— trae grandes problemas conceptuales y, lo que es más importante, distrae la atención sobre los problemas reales. En primer lugar, con ello se tiende a ignorar la *diferencia entre crímenes internacionales* que necesariamente tienen que ser investigados, perseguidos y, eventualmente, sancionados, y *crímenes ordinarios* que en todo caso no pueden ser considerados internacionales y, por ello, dejan a los Estados más flexibilidad en el tratamiento —distinción que, por cierto, no es ajena a la tradición del delito político⁵⁴—. La pertenencia a un grupo armado, en principio, no constituye un crimen internacional

⁵⁴ Ver L. C. PÉREZ, *supra* nota 49, págs. 111 y ss., quien excluye “delitos atroces, de barbarie” etc. de los delitos políticos; ver también la sentencia de la C. S. de J, *supra* nota 48, pág. 23 con núm. 8: “... la calificación de una conducta como *delito político* descarta que la misma pueda ser señalada como crimen contra la humanidad, genocidio, crimen de guerra, violaciones graves de derechos humanos ...”. Además, esto corresponde a la práctica colombiana de las amnistías y/o indultos en el marco de un proceso de paz con grupos guerrilleros donde siempre se ha excluido a los delitos atroces del beneficio.

y, por lo tanto, podría ser tratada más flexiblemente por el Estado.

Naturalmente, por un lado, esto presupone que el imputado realmente no haya cometido crímenes graves más allá de la mera pertenencia a su grupo. En este contexto, la Corte Interamericana exige “la mayor debida diligencia de las autoridades competentes para determinar si realmente el beneficiario participó en dicha compleja estructura de ejecución de tales violaciones”⁵⁵. Por otro lado, es por lo menos discutible si un concierto para delinquir crímenes internacionales, como el previsto en el artículo 340 inciso 2° del Código Penal⁵⁶, no constituye un crimen internacional que tiene que ser investigado y, en su caso, sancionado de acuerdo al derecho penal internacional y para el cual rige el principio de imprescriptibilidad⁵⁷.

En segundo lugar, en vez de poner toda la energía en la cuestión de si la pertenencia a un grupo irregular es delito político o no, sería mucho más importante *investigar los crímenes reales* de estos grupos, pues ellos normalmente tienen que ser calificados como crímenes internacionales⁵⁸. En tercer lugar, la intensa discusión sobre

⁵⁵ La Rochela, *supra* nota 22, párr. 293.

⁵⁶ Ver *supra* nota 51.

⁵⁷ Ver la discusión propiciada por el caso de *La Rochela*, *supra* nota 22, párrs. 291 y ss., en particular la referencia a la inadmisibilidad de amnistías, prescripción etc. en el párr. 294.

⁵⁸ Un problema paralelo es la aparente tendencia de la Fiscalía, en virtud de la que queda satisfecha cuando un “versionado” admite un concierto para delinquir en vez de investigar los delitos que supuestamente han sido concertados.

el derecho sustancial —la calificación correcta de una conducta como delito político o común— parece impedir una *visión más práctica* hacia soluciones procesales, por ejemplo el uso del principio de oportunidad para los casos de “miembros rasos” de los grupos irregulares que muchas veces no merecen una pena sino medidas alternativas de reinserción social etc.⁵⁹.

Además, hablando del *aparato judicial* encargado de hacer funcionar esta ley, debe recordarse que hasta el momento existen solamente 23 fiscales (incluyendo al jefe de la Unidad) y 150 investigadores criminalísticos que deben averiguar los delitos cometidos por los integrantes de los grupos paramilitares⁶⁰, dos jueces de control de garantías que velan por la legalidad de las actividades de los fiscales durante la etapa de investigación, y dos Tribunales de Justicia y Paz con un total de seis magistrados, que deberán decidir sobre las exigencias de reparación de más de 70.000 personas que alegan ser víctimas de los grupos paramilitares, una cifra que seguramente va a crecer los próximos meses⁶¹. En este contexto, cabe mencionar que la Corte Interamericana ha reiterado varias veces que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido

⁵⁹ Véase, también, la propuesta de F. VELÁSQUEZ, “Apuntes sobre el proyecto de ley núm. 67 de 2007, Senado”, *manuscrito*, Bogotá 24 de septiembre de 2007.

⁶⁰ Cfr. art. 33 de la ley 975 de 2005 que, sin embargo, habla de 20 fiscales.

⁶¹ “Ley para que víctimas puedan ser reparadas sin acudir a los jueces, pide Consejo de Estado”, *El Tiempo*, 16 de octubre de 2007.

a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁶².

Ahora bien, cabe preguntar, qué pasaría si en algunos años llegáramos a la conclusión de que todo ese proceso de paz solamente sirvió para legalizar el proyecto paramilitar en Colombia, como algunos podrían deducir de ciertas publicaciones, por ejemplo, el trabajo escrito por dos científicos sociales alemanes, denominado “El camino de las autodefensas unidas de Colombia al reconocimiento político”⁶³, donde los autores demuestran, palmariamente, que el discurso paramilitar ha partido de una arenga rebelde y ha avanzado hacia un perorata política y, que en verdad, se trata de un discurso para la integración política del proyecto paramilitar. Si ese proyecto es acogido o no por el gobierno, es un interrogante que yo no puedo responder, pero la verdad es que existe ese discurso y *el quid* es saber cómo se compatibiliza él con el proceso de paz, es precisar si hay una relación de ese tipo o no, si de pronto hay intereses detrás de la ley que no podemos detectar, intereses políticos ocultos detrás del proceso. En ese caso, enton-

⁶² Jurisprudencia permanente desde CIDH, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 167.

⁶³ S. OJDENBURG/K. LENGERT, “Der Weg der paramilitärischen Autodefensas Unidas de Colombia zur politischen Anerkennung” (Las Autodefensas Unidas de Colombia en camino al reconocimiento político), en *Revista Lateinamerika Analysen*, núm. 14 (febrero 2006), págs. 3 y ss.

ces, se podría arribar a la conclusión de que el proceso no fue honesto y serio.

De ser así, cabe preguntar, ¿qué se podría hacer con la sentencia de la Corte Constitucional mediante la cual se declaró ajustada a la Carta esa normatividad y que tiene efectos de cosa juzgada? ¿Si esa ley no funciona en realidad como debiera haber operado, por qué la Corte asume que ella jalona un verdadero proceso de paz? ¿Qué pasa si en cinco, seis o en diez años, se llega a la conclusión de que esa Ley ha sido un fracaso, un disfraz? ¿Podría tener la decisión de la Corte, técnicamente hablando, efectos de cosa juzgada con la consecuencia de que la ley 975 sigue siendo constitucional, no obstante su implementación inconstitucional?

Al respecto, tengo una tesis que seguramente no es mayoritaria en Colombia⁶⁴ pero que igualmente me parece correcta, y es la de la *inconstitucionalidad sobreviviente* de este tipo de normatividad; también, podríamos hablar de una *incompatibilidad sobreviviente*. En otras palabras: si las circunstancias históricas fácticas en el país demuestran que este proceso de paz en algunos años es desvirtuado, se determina que no fue un proceso de paz real, que hubo manipulación, que se entregaron personas que no eran paramilitares, que fueron tratados como no se ha debido hacer, etc., sería factible *revisar* la sentencia de constitucionalidad con base en esa doctrina de inconstitucionalidad sobreviviente. Esa doctrina se puede

⁶⁴ La tesis surgió en una de varias discusiones habidas con mi colega, el profesor EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET en octubre de 2006.

fundamentar con base en razonamiento analógico a partir de la teoría de las circunstancias causales sobrevinientes del derecho penal material, según la cual un curso causal puede ser desplazado por otro que produce el resultado delictuoso más rápido. En vez de cursos causales, sin embargo, aquí se trata de una nueva situación fáctica que sobrepasa la situación antigua anterior y que le quita a la sentencia de la Corte la base fáctica.

4. ALGUNAS OBSERVACIONES A PROPÓSITO DEL DECRETO REGLAMENTARIO 3391 DE 2006

En primer lugar, la pena alternativa consagrada en la ley 975⁶⁵ y en el decreto reglamentario es comparable

⁶⁵ Artículo 29.—*Pena alternativa*: para el inc. 1º, ver *supra* nota 4; los siguientes incisos rezan:

“Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.

“Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiario se compromete a no reincidir en *los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley*, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia.

“Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena

—aunque existen diversas diferencias— a una especie de *libertad condicional*, pues en virtud de ese proceso el juez dicta una sentencia ordinaria contra una persona que se condenaría —por fuera de este beneficio— a penas de hasta 60 años de prisión y esta pena se convierte, a través del beneficio procesal, en una pena alternativa, cuya duración máxima es de 8 años de prisión. En los términos del decreto 3391 de 2006 y de la ley 975, esta persona va a tener un período de prueba y si, en ese lapso, cumple con los requisitos procesales se extingue la pena ordinaria, con lo que la pena alternativa se reviste de los efectos de cosa juzgada. Técnicamente hablando, entonces, la pena alternativa tendría, se repite, alguna semejanza con la institución de la libertad condicional que aparece en el sistema penal ordinario (cfr. C. P., arts. 64 y ss.), con la diferencia —entre otras— de que el mecanismo en examen es mucho más generoso porque, si en la jurisdicción ordinaria sentencian a una persona a purgar una pena de 60 años de prisión, bajo ningún supuesto se podría llegar a una pena de entre 5 y 8 años, pues hay límites en la legislación para la aprobación de la libertad condicional. Así las cosas, aquí hay una diferencia muy clara entre la pena alternativa y la libertad condicional, ya que en la primera el sentenciado a 60 años, purgaría entre 5 y 8 años de prisión; a su vez, en la segunda tendría que haber cumplido 40 años y medio

inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan“(lo resaltado en *bastardillas* fue declarado inexecutable mediante sentencia C-370 de 2006, Corte Constitucional).

de prisión⁶⁶, aunado a unas, incluso, mayores exigencias económicas que las demandadas por la pena alternativa, ya que además de reparar a la víctima —sin contar con un fondo para ello— deberá pagar totalmente la multa. Tampoco, la posibilidad de conseguir una rebaja de 50 por ciento por una confesión en la audiencia de imputación en el nuevo sistema penal acusatorio (cfr. ley 906 de 2004, art. 351) es comparable con la reducción producida por la ley 975 pues en tal caso el acusado puede reducir la pena máxima de 60 años solamente a 30, y, posteriormente, después de haber purgado 20 años, el sancionado puede acceder a la libertad condicional; en otras palabras, la reducción de la pena máxima queda en quince años comparada con la reducción que prevé la ley 975, esto es, de cinco años.

En segundo lugar, tenemos como tema crítico que plantea el decreto el atinente al *período de prueba*, que corresponde a la mitad de la pena alternativa⁶⁷. Si se aplica una pena alternativa de 8 años, que es el máximo imponible, el compromiso de comportarse bien es por un

⁶⁶ El art. 64 del C. P. somete la concesión de la libertad condicional —previa valoración de la gravedad de la conducta punible—, cuando el condenado haya cumplido las dos terceras partes de la pena, amén de otras exigencias. Así, entonces, si una persona es condenada a 60 años de prisión, aspiraría a la obtención de la libertad condicional una vez haya cumplido 40 años y medio de prisión.

⁶⁷ En relación con la institución sustantiva de la libertad condicional, el período de prueba resulta del tiempo que falte para el cumplimiento de la pena. Por lo que en un caso de condena a 40 años de prisión, el período de prueba sería de algo más de 13 años.

lapso de 4 años, si se asigna una pena alternativa de 5 será —el período de prueba— de 2,5 años. En esa línea de análisis, dice la ley 975, que al sentenciado se le concederá la libertad a prueba por el término que ya dijimos, lapso durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en hechos punibles, a presentarse periódicamente y a informar cualquier cambio de residencia. En cuanto a la concesión de la libertad condicional, se exige un supuesto adicional que consiste en la prohibición de salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena, respecto de lo que la ley 975 nada dijo. Desde luego, el período de prueba consagrado en la ley 975 es, como indicamos, un espacio muy corto. En todo caso, desde el punto de vista dogmático, la pena alternativa entendida como una modalidad de la libertad condicional, se puede convertir en un argumento muy fuerte para pensar en una inconstitucionalidad sobreviniente, pues así como el beneficiado se encuentra en una situación “a prueba”, es decir, tiene que probar que merece el beneficio la ley 975 y todo el proceso de paz se encuentra en la misma situación: todavía tiene que probar que merece nuestro apoyo —el de los colombianos y de la Comunidad Internacional—, tenemos que suspender nuestro juicio final hasta que esta prueba sea pasada, es decir, por lo menos 4 años. Lo mismo vale, insisto, para la sentencia de la Corte Constitucional: se trata de un juicio preliminar sobre el proceso basado en un análisis puramente normativo y así, necesariamente, incompleto; un examen que parte del supuesto de un verdadero intento de hacer la paz en Colombia, hipótesis que todavía necesita ser verificada.

En tercer término, debe abordarse el tema de la *confesión* al cual se refiere el artículo 9º del decreto reglamentario ya mencionado⁶⁸, y que es consecuencia de la sentencia de la Corte Constitucional cuando exige una confesión completa y veraz de todos los hechos delictivos en los que el agente participó, o de los que tenga conocimiento cierto, etc. Si la persona incumple su obligación de confesar todo —si, por ejemplo, en vez de confesar los 12 delitos confiesa 9—, estaría quebrantando su obligación, pues el Estado le ofrece una rebaja sustancial de pena bajo el presupuesto de que la confesión sea completa; en tal supuesto, entonces, sería muy importante saber que sanción existe para el sometido “mentiroso” que oculta una parte de la verdad.

Vale la pena señalar en este contexto que las versiones libres han mostrado como en unas ocasiones se han

⁶⁸ El art. 9º inc. 1º, reza: “*Confesión completa y veraz.* Para efectos de lo dispuesto en el artículo 5º del decreto 4760 de 2005, en la versión libre de que trata el artículo 17 de la ley 975 de 2005, independiente de la surtida dentro del marco de la ley 782 de 2002, el postulado hará la confesión completa y veraz de todos los hechos delictivos en los que participó o de los que tenga conocimiento cierto durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley e informará las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación en los mismos o de los hechos de que tenga constancia, a fin de asegurar el derecho a la verdad. Igualmente manifestará su fecha de ingreso al respectivo bloque o frente e indicará la totalidad de los bienes de origen ilícito, los cuales deberán ser entregados para reparar a las víctimas, sin perjuicio de las medidas cautelares y de las obligaciones con cargo a su patrimonio lícito que proceden en virtud de la declaratoria judicial de responsabilidad a que haya lugar”.

invocado problemas de salud que les impiden a los sometidos recordar los hechos y delitos. Así, por ejemplo, el jefe paramilitar Ramón Isaza alegó que sufría Alzheimer⁶⁹. Con este tipo de argumento, obviamente, se plantean varios problemas pero quiero limitarme a uno de tipo conceptual-dogmático: si se toma la versión libre en serio, es decir, como una obligación de una confesión completa y veraz, el beneficiado se convierte en un garante de esta confesión y, lógicamente, debería ser sancionado por la omisión de no haber confesado todo o no haber dicho toda la verdad. El problema, es que esa omisión no es delictiva en el derecho colombiano.

208

En todo caso, el decreto 3391 en su artículo 12 inciso 2° formula las causales en cuya virtud es posible *revocar el beneficio* (como una posible sanción):

- Si durante la ejecución de la pena alternativa o durante el período de libertad a prueba, se establece que el beneficiario incurrió dolosamente en conductas delictivas, o ha incumplido injustificadamente algunas de las obligaciones impuestas en la sentencia o previstas en la ley para el goce del beneficio.

- Si —redacción desde luego más complicada—, antes de finalizar el período de libertad a prueba —que, como hemos dicho, puede ser máximo de 4 años—, se conoce la existencia de una sentencia judicial en la que se establezca la comisión por parte del beneficiario de un delito ocultado por él durante la versión libre, que le

⁶⁹ “Ramón Isaza Arango, ex jefe paramilitar del Magdalena Medio, no padece del mal de Alzheimer”, *El Tiempo*, 24 de julio de 2007.

sea imputado como miembro del bloque o frente armado u organizado a margen de la ley, del cual hacía parte y esté relacionado directamente con el accionar del frente y su pertenencia al mismo, cuya realización haya tenido lugar antes de la desmovilización.

En cuanto a la última causal, se trata de un delito que se haya realizado antes de la desmovilización, por el cual exista sentencia judicial, anterior a la finalización el período de prueba y que el propio miembro del grupo no confesó. Dicho de otra forma: si después de ese período de prueba se conoce la existencia de una sentencia por la realización de un delito que el agente no haya confesado, sobre el que ya hay sentencia en firme, queda completamente exonerado!

209

El artículo 12 del decreto⁷⁰ asume casi literalmente las declaraciones de la sentencia C-370 al reglamentar las consecuencias legales del ocultamiento de un delito cometido o conocido. La Corte Constitucional señaló que no basta para que se revoque el beneficio concedido que, durante el período de libertad a prueba, alguien alegue que se ocultó la verdad en la versión libre o que denuncie al beneficiario por la comisión de un delito cualquiera no mencionado en dicha versión libre, sino que el deli-

⁷⁰ El art. 12 inc. 1°, dice: “*Revocatoria del beneficio de la pena alternativa*. Una vez cumplida totalmente la pena alternativa, transcurrido el período de libertad a prueba y satisfechas las obligaciones establecidas en la respectiva sentencia de acuerdo con la ley 975 de 2005, se declarará extinguida la pena ordinaria inicialmente determinada en la misma y hará tránsito a cosa juzgada, no habiendo lugar al inicio de nuevos procesos judiciales originados en los hechos delictivos allí juzgados”.

to oculto debe ser real, no fruto de la imaginación o la sospecha, lo cual exige que exista una sentencia judicial que otorgue certeza durante el período de libertad a prueba sobre la comisión del delito oculto. En la práctica, puede resultar muy difícil llegar a una sentencia judicial que muestre el ocultamiento de un delito cometido en la versión libre antes de que venza el período de la libertad a prueba. Además, la Corte Constitucional advirtió que el delito ocultado sobre el accionar del bloque o frente debe tener relevancia dentro del proceso de paz por su entidad y transcendencia para el esclarecimiento de la verdad, requisito que se encuentra también en el artículo 12 del decreto 3391. Este requisito carece de un perfil claro, lo cual abarca el peligro de que en la práctica se recurra excesivamente a esta causal para no revocar la pena alternativa una vez otorgada.

En cuarto lugar, la Corte Constitucional advirtió que la pena alternativa, que no permite la aplicación de subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias, debe ser purgada en establecimientos de reclusión que quedan sujetos integralmente a las normas jurídicas sobre el control penitenciario. Sin embargo, con el decreto 3391, invocando el carácter restaurativo de la ley 975 en su artículo 2º⁷¹, el gobierno nacional dispone

⁷¹ El art. 2º hace un verdadero elogio sobre la ley 975, vale la pena citar los incs. 1º y 2º: "La ley 975 de 2005 consagra una política criminal especial de justicia restaurativa para la transición hacia el logro de una paz sostenible, mediante la cual se posibilita la desmovilización y reinserción de los grupos armados organizados al margen de la ley, el cese de la violencia ocasionada por los mismos y de sus actividades ilícitas, la no repetición de los

que la pena sea purgada en los llamados *establecimientos de reclusión para justicia y paz*, que todavía carecen de las características de reclusión, donde los condenados pueden participar en los proyectos productivos junto con sus víctimas y donde cuentan con un período semiabierto y abierto en relación con la reclusión⁷².

hechos y la recuperación de la institucionalidad del Estado de derecho, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Para tal efecto, el procedimiento integrado establecido en esta ley incluye un proceso judicial efectivo de investigación, juzgamiento, sanción y otorgamiento de beneficios penales a los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley, dentro del cual las víctimas tienen la oportunidad de hacer valer sus derechos, a conocer la verdad sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos punibles y a obtener reparación del daño sufrido.

"La contribución a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia y con el esclarecimiento de la verdad a partir de la confesión plena y veraz de los hechos punibles cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo, la garantía de no repetición y la reparación a las víctimas, previo el cumplimiento de las exigencias establecidas en esta ley, constituyen el fundamento de la concesión del beneficio jurídico de la pena alternativa".

⁷² Cfr. Decr. 3391 del 29 de septiembre de 2006: "Art. 13.—Establecimiento de reclusión para cumplimiento de la pena alternativa. El gobierno nacional determinará el establecimiento de reclusión donde debe cumplirse la pena efectiva, al cual se aplicarán integralmente las normas jurídicas sobre control penitenciario consagradas en la ley 65 de 1993 o normas que la sustituyan o adicionen.

"Para efectos del cumplimiento de los artículos 12 y 144 de la ley 65 de 1993 que establecen que el cumplimiento de la pena

En quinto lugar, téngase en cuenta, a través de la invocación del principio de *favorabilidad* el gobierno revive en

se regirá por los principios del sistema progresivo del tratamiento penitenciario, el gobierno nacional podrá disponer el tipo de establecimiento de reclusión de los previstos en el Código Penitenciario en los cuales se implementen programas restaurativos dirigidos a restablecer el tejido social y los vínculos entre las víctimas, las comunidades y los ofensores, incluyendo la realización de proyectos productivos o de capacitación vocacional”.

Art. 19.—*Programas restaurativos para la reconciliación nacional.* Con el fin de lograr la reconciliación nacional, se impulsarán programas restaurativos dirigidos a atender el desarrollo humano y social de las víctimas, las comunidades y los ofensores, con el fin de que se restablezcan los vínculos sociales, los cuales podrán comprender, entre otras acciones encaminadas a:

”a) Propiciar la reconstrucción personal de la víctima y el victimario como sujetos sociales, de las relaciones entre ellos, y de ellos con la comunidad;

”b) Recuperar la situación emocional de la población afectada;

”c) Fortalecer las organizaciones sociales, a través de capacitación especializada, y acompañamiento en los procesos de reconciliación que estimulen la participación activa y responsable de las víctimas, las comunidades y los ofensores;

”d) Propender por la elaboración de la memoria histórica del proceso de reconciliación;

”e) Propiciar el restablecimiento de las víctimas en el plano emocional físico y social;

”f) Impulsar la vinculación de las víctimas y de los desmovilizados a proyectos productivos o programas de generación de ingresos y capacitación vocacional que posibiliten su acceso a empleos productivos, estimulando el apoyo por parte del sector privado y la sociedad civil para facilitar su reinserción social.

el artículo 20 del decreto 3391⁷³ el beneficio jurídico de la *computación del tiempo pasado en las zonas de concentración*, que fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional, pues la decisión libre de quedarse en dichas zonas no podía ser comparado con el carácter coercitivo de una pena. Como ya se dijo, la Corte Interamericana —en el caso la Rochela y refiriéndose a la aplicación e interpretación de la ley 975— ha dejado claro que en cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal⁷⁴. Además, en el caso de la ley 975, es muy

”Estos programas se diseñarán e implementarán con la colaboración de las autoridades locales, las organizaciones de la sociedad civil y religiosas y podrán ser operados por la Defensoría del Pueblo, por organizaciones civiles autorizadas por el gobierno nacional, casas de justicia y centros de convivencia ciudadana y en los establecimientos de reclusión para justicia y paz en los que se cumpla la privación efectiva de la libertad de los desmovilizados que se acojan a la ley 975 de 2005. Lo anterior, sin perjuicio de lo que adelante la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación”.

⁷³ Art. 20.—“En relación con los sujetos a quienes se aplica la ley 975 de 2005 de conformidad con el artículo 1° del presente decreto, la consecuencia jurídica prevista en el artículo 31 de la ley 975 de 2005 tendrá lugar en los eventos en que los supuestos de hecho previstos en el mismo se hayan surtido con anterioridad a la sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, en la cual se ordena no conceder efectos retroactivos a las decisiones contenidas en ella”.

⁷⁴ La Rochela, *supra* nota 22, párr. 196.

dudosa la invocación del principio de favorabilidad ante la inconstitucionalidad del artículo 31 de la ley 975 y el hecho de que la entrega de la lista de postulados por el Ministerio del Interior y de Justicia a la Fiscalía se llevara a cabo después de la sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional permite concluir que antes de la sentencia no existía un derecho adquirido de los desmovilizados a la computación de su tiempo en las zonas de concentración.

214

Además, se encuentra en el parágrafo del artículo 11 del decreto 3391⁷⁵ una construcción muy parecida a la de la computación del tiempo pasado en las zonas de concentración, al establecer que los miembros de los grupos armados ilegales, que voluntariamente se pongan a disposición de las autoridades en virtud de su acogimiento a la ley 975 de 2005, podrán ser ubicados en instalaciones militares con la computación posterior a la pena de este tiempo.

⁷⁵ El parágrafo, dice: "Los miembros desmovilizados del grupo armado organizado al margen de la ley, que voluntariamente se pongan a disposición de las autoridades en virtud de su acogimiento a la ley 975 de 2005, podrán ser ubicados en los establecimientos de reclusión de justicia y paz administrados y definidos por el Inpec y en los previstos por el parágrafo 2º del artículo 21 de la ley 65 de 1993, mientras se adelantan los procesos judiciales pertinentes de que trata la citada ley. El tiempo de privación de la libertad cumplido en estos establecimientos de reclusión, previo a que el magistrado de control de garantías profiera la respectiva medida de aseguramiento de conformidad con la ley 975 de 2005, se imputará al cumplimiento de la pena alternativa que corresponda".

Estos son apenas algunas de las más preocupantes disposiciones del decreto 3391 que deja una serie de dudas sobre su compatibilidad con la sentencia C-370 de 2006 y, por supuesto, con el texto de la propia ley 975 y la Constitución, pues si algo está claro en un sistema como el colombiano es que un decreto de rango inferior a la ley no puede modificar esta, pues como lo señala el artículo 4º de la Carta Fundamental "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Lo lógico, pues, sería pensar en modificar la propia Ley de Justicia y Paz, pues los contenidos del decreto que se han examinado parecen contrarios a la Constitución, así pretenden —cosa que al parecer no logran— desarrollar algunas opiniones de la Corte Constitucional sobre el asunto que, por supuesto, no tienen el rango de leyes de la República.