



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

AMNISTÍAS EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

¿JUSTICIA O PAZ?

Autora: Carola Alborés

Legajo: 29005

Mentor: Julio Cesar Rivera (h)

Buenos Aires, 3 de septiembre de 2022



Universidad de San Andrés

Universidad de San Andrés
Departamento de Derecho
Abogacía

AMNISTÍAS EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

¿JUSTICIA O PAZ?

Autora: Carola Alborés

Legajo: 29005

Mentor: Julio Cesar Rivera (h)

Buenos Aires, 3 de septiembre de 2022

RESUMEN

El presente trabajo aborda la tensión entre la justicia y la paz en periodos de transición democrática. En los últimos años, tras haber superado brutales períodos de conflictos armados que atentaron gravemente contra los derechos humanos de los ciudadanos, los Estados han debido negociar el cese de hostilidades a cambio de amnistías que eximieron a los criminales de persecución penal. Tales medidas inspiraron serios debates entre la comunidad internacional frente a la amenaza que presentaban ante la lucha contra la impunidad. La división irreconciliable que se ha generado sitúa por un lado, a quienes no admiten excepciones a la obligación de perseguir y castigar penalmente a los responsables y, por otro lado, a quienes simpatizan con la posibilidad de otorgar amnistías en contextos de emergencia y en miras al retorno democrático. Sin embargo, esta discusión es posiblemente uno de los terrenos en donde se perciben las más amplias brechas entre la teoría y la realidad. Por lo tanto, este escrito abordará ambas visiones no solo desde un punto de vista legal y jurídico, sino también desde un eje práctico que considere las dificultades empíricas de poner fin a un conflicto armado y los posibles impactos que cada una de las vías generen sobre las víctimas y sobre la población en general. Sin ánimo de zanjar tan sensible discusión, se expondrán las principales visiones para fomentar el análisis de la cuestión desde un enfoque holístico que integre lo moralmente deseable con aquello empíricamente realizable.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional público - Derecho internacional humanitario - Derechos humanos - Lesa humanidad - Justicia transicional - Transición democrática - Amnistías - Comisión de la verdad - Impunidad - Inmunidad - Persecución penal - Soberanía estatal - Jurisdicción universal.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. OBLIGACIÓN DE PERSEGUIR.....	8
III. LA VUELTA A LA DEMOCRACIA.....	13
IV. LA LEGALIDAD DE LAS AMNISTÍAS	15
1. PROHIBICIÓN.....	17
2. PERMISIÓN	23
V. ¿JUSTICIA O PAZ? UNA VISIÓN INTEGRAL.....	27
1. JUSTICIA: PERSECUCIÓN PENAL	27
2. PAZ: AMNISTÍAS.....	31
VI. TREGÜA: LA EXCEPCIÓN A LA REGLA.....	36
VII. UNA POSIBLE EXCEPCIÓN: EL CASO SUDAFRICANO	39
VIII. CONCLUSIÓN.....	43
IX. BIBLIOGRAFÍA	46

AMNISTÍAS EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL:

¿JUSTICIA O PAZ?

I. Introducción

A lo largo de la historia numerosas naciones han sido víctimas de regímenes dictatoriales que han violado sistemáticamente los derechos humanos de su población. Esta violencia política, perpetrada por el mismísimo Estado, ha dejado cicatrices imborrables en las naciones que han sido víctimas de tales atrocidades, cometidas precisamente por quienes estaban a cargo de protegerlas. Los ciudadanos han quedado desamparados ante el violento autoritarismo del gobierno de turno que utilizó las fuerzas armadas, la justicia, la policía y todo el aparato estatal para perpetuar los más inimaginables crímenes. Reconfortantemente, en la mayoría de los casos, los tiranos han sido derrocados y la democracia, junto con sus garantías personales, han sido restauradas.

Sin embargo, esta serie de períodos represivos han marcado intachablemente la historia de la humanidad, la historia de cada nación, y la historia de cada sobreviviente. Por eso mismo, tras haber presenciado exterminios abominables, la comunidad internacional se ha unido para asegurar que estos episodios no vuelvan a suceder nunca más. Con tal fin, se han creado tratados internacionales que consagran el respeto de los derechos humanos como una obligación inderogable.¹ Se han creado organismos internacionales que buscan consensos sobre los derechos de los ciudadanos del mundo² Se ha instaurado el principio de jurisdicción universal para juzgar los crímenes que atenten contra la humanidad desde cualquier lugar del mundo cuando los Estados fallen en hacerlo.³ Incluso se han creado cortes y fiscalías internacionales que pretenden

¹ Ver, entre otros: la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Interamericana de Derechos Humanos; Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes en el ámbito de las Naciones Unidas; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

² Ver, entre otros: Comisión de Derechos Humanos de la ONU; Comité de Derechos Humanos; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Comité contra la Tortura.

³ Ver, entre otros: Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convención interamericana sobre

asegurar la vigilancia sobre el debido respeto a los derechos humanos y su consecuente investigación, persecución y castigo.⁴ En síntesis, la comunidad internacional ha unido sus esfuerzos para implementar una serie de instrumentos con el fin de asegurar la no repetición de dichos atentados contra la humanidad, poniendo en eje a la no impunidad de los delincuentes.

De todas formas, y lamentablemente, el combate contra la impunidad es uno de los terrenos donde se perciben las más amplias brechas entre la teoría y la realidad, entre las intenciones expresadas por los gobiernos (de cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos) y los resultados obtenidos.⁵ Tal es así, que la tendencia de las nuevas democracias fue, mayoritariamente, la de confirmar la impunidad heredada.⁶ De hecho, la mayoría de los Estados, amparados en el principio de soberanía estatal y en la no injerencia en sus asuntos internos, se rehusaron a responder internacionalmente por la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, de llevar ante la justicia a los violadores de los derechos humanos, de sacar a la luz pública la verdad sobre esas violaciones y de reparar a las víctimas.⁷

Es decir que las teorías de no tolerancia elaboradas a nivel internacional se han puesto en jaque frente a la preponderante evidencia empírica que se manifiesta en el sentido contrario. Pero para analizar este fenómeno de impunidad debemos tener en cuenta las circunstancias particulares que confluyen frente al retorno de la democracia en una nación que sucede a gobiernos despóticos que aún detentan gran poder social y económico y, principalmente, gran apoyo de las fuerzas armadas.

Ante este escenario, amparados en su fragilidad y orientados por el temor a provocar insurrección, cada gobierno conforme a su realidad ha ido buscando superar el horror vivido acudiendo a diferentes mecanismos de justicia. Si bien el remedio

desaparición forzada de personas; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes en el ámbito de las Naciones Unidas; Convenio de Ginebra de 1949 I, II, III y IV; Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 2006; CIDH, Resolución No. 1/03, Sobre juzgamiento de crímenes internacionales, 24 de octubre de 2003.

⁴ Ver, entre otros: Corte Internacional de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional, Corte Internacional de Justicia.

⁵ Wilder Taylor, *La problemática de la impunidad y su tratamiento en las naciones unidas –notas para la reflexión–*, 1997, Revista IIDH, Vol. 24, Nueva York, págs. 185-213.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

preponderante por excelencia en contextos de normalidad es el enjuiciamiento y castigo de los presuntos autores, la mayoría de las veces, en períodos transicionales, los crímenes cometidos son de tal magnitud y gravedad que el sistema judicial convencional deviene insuficiente, ineficiente, inconveniente o irrealizable.

Por tales razones, en una amplia variedad de casos los Estados han optado por negociar el cese de hostilidades adoptando mecanismos de justicia alternativos. Es así que surge la justicia transicional, el proceso por el cual los Estados herederos de los regímenes dictatoriales buscan rectificar los abusos del pasado, servir a la justicia y reinstaurar la paz social mediante diferentes instrumentos alternativos a la persecución penal judicial tradicional.⁸

En esta luz, gran cantidad de países han dictado leyes de amnistías en favor de los violadores de los derechos humanos, con el fin de asegurar un retorno a la democracia estable y duradero que permita instaurar la paz social.⁹ La razón más frecuentemente invocada ha sido la necesidad de cimentar la reconciliación nacional luego de períodos de confrontación violenta. Consideran que, ante la posibilidad de persecución penal y de encarcelación, los delincuentes no cederán el poder y reinstaurarán la represión, lo que tendrá como resultado anular los derechos que se pretenden proteger. En sus expresiones más crudas esta tesis sostiene que un ejercicio de verdad y justicia no tiene lugar en un contexto de reconciliación y que esos reclamos deben subordinarse a las necesidades reales del momento.¹⁰

De hecho, la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos, aunque muchas veces condenada, fue por mucho tiempo asumida como un mal necesario por

⁸ Ver: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Reporte del Secretario General sobre el estado de derecho y justicia transicional en sociedades en conflicto y posconflicto. (S/2004/616), 3 de agosto de 2004. En palabras exactas, se definió a la justicia transicional como aquella que “abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”.

⁹ Entre otros: Brasil (Ley No. 6.683/79, aprobada el 28 de agosto de 1979); Uruguay (Ley N.o 15.848, aprobada el 31 de diciembre de 1986 que prescribía los crímenes cometidos); Perú (Ley de Amnistía General, Ley N.º 26.479 aprobada el 14 de junio de 1995); Chile (autoamnistía promulgada por la dictadura de Pinochet mediante Decreto N.º 2.191 de 19 de abril de 1978); El salvador (La ley de Amnistía de Esquipulas promulgada el 28 de octubre de 1987 mediante Decreto N.o 805); Honduras (Decreto No. 199-87, adoptado por el Congreso Nacional el 29 de noviembre de 1987); Guatemala (Decreto Ley 33-8 aprobado el 27 de mayo de 1982); Nicaragua (Ley No. 332 promulgada el 14 de diciembre de 1987); Surinam (Ley de amnistía promulgada el 4 de junio de 1989).

¹⁰ Wilder Tayler, *La problemática de la impunidad y su tratamiento en las naciones unidas –notas para la reflexión-*, 1997, Revista IIDH, Vol. 24, Nueva York, págs. 185-213.

distintas instancias de las Naciones Unidas que consideraba que era el precio a pagar para asegurar la transición a la democracia.¹¹ Sin embargo, este enfoque del “pragmatismo político”, centrado en los conceptos de estabilidad y seguridad, ha generado muchas críticas a nivel internacional por considerar que justamente contribuye a crear un clima de impunidad que hace más proclive la posible repetición de crímenes contra la humanidad.¹² Así, los grandes críticos de las amnistías sostienen que nunca podrá obtenerse la paz social sin justicia de por medio. Por otro lado, los defensores de las amnistías pregonan la prevalencia de garantizar una vuelta a la democracia duradera por sobre un castigo subordinado a posibles contraataques.

En síntesis, la necesidad de paz inmediata, el deseo de justicia y el objetivo de lograr una democracia duradera generan preocupaciones contradictorias. Frente a este dilema han surgido numerosos debates que buscan explicar cuál es la manera correcta para que el respeto por los derechos humanos se transforme en una realidad y no solo en un tópico ideal. Es precisamente en esta encrucijada que surgen una serie de cuestionamientos: ¿Es más importante frenar la violencia u obtener justicia persiguiendo a los responsables? ¿Debe aplicarse la pena aun cuando la obtención de tal logro requiriese pagar un alto costo en los derechos de individuos inocentes? ¿O es preferible negociar la vuelta a la democracia y la paz social a costa de la impunidad de los delincuentes? ¿Justifica tal fin cualquier medio? ¿Puede la comunidad internacional lograr paz y justicia sin otorgar amnistías? Y finalmente: frente a la imposibilidad de asegurar ambos valores ¿Cuál debe prevalecer? ¿La justicia o la paz social?

Estos son los interrogantes que se abordarán en el presente trabajo a través de una óptica dicotómica que expondrá los argumentos de los defensores de la persecución penal y abanderados de la justicia y, por el lado contrario, de quienes justifican la adopción de amnistías con el fin de hacer prevalecer la paz social y asegurar la vuelta a la democracia.

A tal fin, se establecerá la obligación internacional de los Estados de perseguir, investigar y castigar las injusticias cometidas, para luego incursionar en las dificultades prácticas a las que se enfrentan en escenarios transicionales. Introducido el contexto, se analizará la legalidad de las amnistías otorgadas a los violadores de derechos humanos en el marco de un conflicto armado según el derecho internacional público. Tras exponer la

¹¹ Comisión Internacional de Juristas, *Derecho internacional y Lucha contra la impunidad*, 2014, Ginebra.

¹² Ibid.

falta de consenso a este respecto, se procederá a incursionar en los efectos prácticos que acarrea la adopción de dichas medidas sobre los derechos de las víctimas y de la sociedad en su conjunto, sobre el Estado de Derecho, y sobre los incentivos para que los crímenes cometidos no vuelvan a repetirse.

Seguidamente, en un intento por integrar ambas lógicas, se introducirá una nueva óptica según la cual ambas visiones pueden convivir. Así, se explorará la posibilidad de que, ante contextos de emergencia pública, el otorgamiento de amnistías condicionadas, complementadas con una comisión de la verdad, se presente como una excepción restrictiva (pero legal) a la obligación de investigar, perseguir y castigar a los responsables de atentar contra la humanidad. Finalmente, se analizará el caso Sudafricano, como un ejemplo de transición democrática excepcional aceptado por la comunidad internacional. Por último, se integrarán los distintos puntos de vista expuestos a lo largo del ensayo para incentivar a una discusión holística que comprenda las dificultades legales y prácticas de proporcionar un análisis individualizado en contextos transicionales.

II. Obligación de perseguir

*“Las vicisitudes históricas acaecidas, repletas de experiencias traumáticas y conflictivas pero también de acontecimientos que han pretendido alumbrar un nuevo orden mundial más humano revelan la presencia de la sociedad internacional contemporánea en numerosos escenarios estatales de transición destinados a modificar en mayor o menor medida las bases políticas, institucionales y jurídicas, con el cuádruple objetivo (aunque no siempre realizable en la práctica) de terminar con las situaciones de tensión, enfrentamiento o conflicto existentes, erradicar las manifestaciones de violencia y de represión política, propiciar una reconciliación lo más duradera posible entre las fuerzas antagónicas, y finalmente, posibilitar el advenimiento de un régimen político democrático y pluralista, fundado en el principio de legalidad y respetuoso con los derechos fundamentales de los ciudadanos.”*¹³

Desde 1990 la comunidad internacional ha juntado sus esfuerzos con el objetivo de ponerle un fin a la impunidad y asegurar la no repetición de las violaciones a los derechos humanos de la población. Así, el derecho internacional público (en adelante:

¹³ Jordi Bonet Perez y Rosa Ana Alija Fernandez, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, 2009, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm 53, España, pags. 9-10.

“DIP”) ha desarrollado un abanico de normas y mecanismos jurídicos con el fin de intervenir y perseguir los atroces crímenes cuando los Estados fallen en hacerlo. Su propósito principal es asegurar la no impunidad de los delincuentes, identificando, persiguiendo y castigando a los responsables, sea directamente mediante las cortes internacionales o ejerciendo presión sobre los Estados para que su justicia doméstica lo lleve a cabo.¹⁴

En primer lugar, la obligación jurídica internacional de garantizar los derechos humanos está presente en los principales tratados internacionales.¹⁵ Esto conlleva la obligación del Estado de organizar todo el aparato gubernamental de manera tal que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los mismos.¹⁶ El mismo principio ha sido enfáticamente afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”) al disponer que los Estados tienen el deber de:

“organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”¹⁷

En segundo lugar, el DIP sostiene que ciertos crímenes tienen tal magnitud y trascendencia que atentan contra toda la humanidad en su conjunto; dañan a toda la comunidad internacional y por tal motivo, deben prohibirse universalmente. En esta línea, los crímenes de lesa humanidad, según fueron definidos por la Corte Penal Internacional (en adelante “CPI”), son actos de notoria gravedad que causan intencionalmente grandes sufrimientos o atentan gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de las personas, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.¹⁸ Se entiende que dichos crímenes

¹⁴ Hillebrecht, C., Huneeus, A., & Borda, S. *The judicialization of peace*. 2018. Harvard International Law Journal, 59(2), pags. 279-330.

¹⁵ Conforme fue reconocido por la CIDH. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 49/1331 diciembre 2013. Párr. 254. Se especificarán más adelante los instrumentos legales que receptan dicha obligación.

¹⁶ Ver, entre otros: art. 1 de la Convención Europea de Derechos humanos; art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y art. 1 de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

¹⁷ Corte IDH, Caso “*Velaquez Rodriguez vs. Honduras*”, Sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C, nro. 4, par. 166.

¹⁸ Artículo 7 del Estatuto de Roma, que comprende los siguientes actos: “a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación,

trascienden al individuo ya que la humanidad toda es atacada y negada, siendo esta la víctima.¹⁹

Es por ello que el DIP creó normas *juscogens*: son normas de carácter universal que se imponen como obligatorias a todos los hombres y Estados del mundo, aunque no hubieran firmado un tratado a ese respecto ni las hubiesen sancionado o reconocido como tales.²⁰ En este sentido, los Estados tienen una obligación *juscogens* de investigar²¹, y juzgar y condenar²² a los responsables de cometer graves violaciones de los derechos humanos reconocidas en numerosos instrumentos internacionales. La creación de la CPI fortalece el argumento de que existe un deber de perseguir dichos crímenes a nivel universal. De hecho, el Estatuto de Roma, firmado por 104 Estados, dispone -en los artículos 4 a 6 del preámbulo- que los más serios crímenes que conciernen a la comunidad internacional no pueden permanecer ilesos de pena sino que su persecución debe ser asegurada a fin de terminar con la impunidad.²³ Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1973, que establece principios de cooperación, declara que todos los

esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid”.

¹⁹ Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, “Fiscal v. Drazen Erdemovic”, Sentencia, Caso No. IT-96-22-T, 29 de noviembre de 1996, párr. 28.

²⁰ May, L. “Jus Cogens Norms” en *Crimes against Humanity: A Normative Account*, 2004. Cambridge Studies in Philosophy and Law, Cambridge, pags. 24-39.

²¹ Conforme fue establecido en los siguientes tratados: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (arts. 2, 12 y 13); Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 12); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1,1); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. 1); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (arts. 1 y 8); Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (art. 16,5); Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (arts. 4, 6 y 8); y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (art. 7,b).

²² Conforme fue establecido en los siguientes tratados: Artículos IV, V y VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Artículos 4 y 5 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes; artículos 4, 6 y 7 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; Artículos 3, 4 y 5 del Protocolo Adicional a la Convención de los Derechos del Niño relativo a la Venta de niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía ; Artículo 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados; Artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y Artículos I y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

²³ ONU: Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 Julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6 (en adelante “Estatuto de Roma”).

crímenes contra la humanidad tienen que ser sujetos a investigación y las personas deben ser rastreadas, arrestadas, sometidas a juicio y castigadas.²⁴

Además, es indiscutible que el DIP reconoce una serie de derechos y facultades jurídicas: el derecho a un recurso efectivo ante violaciones de los derechos y libertades²⁵, el derecho a un juicio en el que se respeten sus garantías de defensa²⁶, y el derecho a la verdad.²⁷ En este sentido se ha afirmado que existe un derecho a la justicia, circunscripto como un principio general de derecho.²⁸

Por estas razones, se ha instaurado el principio de jurisdicción universal según el cual cualquier tribunal del mundo es competente para juzgar dichos crímenes.²⁹ De acuerdo al Estatuto de Roma los Estados pueden intervenir en una situación de conflicto armado o en los asuntos internos de otro Estado, con el fin que se cumpla el respeto por los derechos humanos y a su vez garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera.³⁰ Así lo reconoció también la Corte Internacional de Justicia, al señalar que la protección de los derechos humanos pertenece a la jurisdicción universal puesto que, conforme con los artículos 55 y 56 de la Carta de Naciones Unidas el deber de promoción, de garantizarlos y de hacerlos efectivos es una obligación jurídica internacional.³¹

²⁴ ONU, *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*, aprobados por la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973.

²⁵ Ver, entre otros: Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 2,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

²⁶ Ver, entre otros: Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, no 124, párr. 142.

²⁷ CIDH. *Derecho a la Verdad en las Américas*. Párr. 12, citando a: ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad*, E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006, párr. 8.

²⁸ Jordi Bonet Perez y Rosa Ana Alija Fernandez, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, 2009, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm 53, España.

²⁹ Ver, entre otros: Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes en el ámbito de las Naciones Unidas; Convenio de Ginebra de 1949 I, II, III y IV; Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 2006; CIDH, Resolución No. 1/03, Sobre juzgamiento de crímenes internacionales, 24 de octubre de 2003.

³⁰ Párrafo 6 del preámbulo del Estatuto de Roma: “*es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*”.

³¹ Dictamen de 30 de marzo de 1950 y Dictamen de 18 de julio de 1950, en el asunto “*Interpretation of peace treaties*”, pp. 65 y 221, respectivamente.

Es decir que la justicia local debe y puede juzgar dichos crímenes en primera instancia. Pero si no son juzgados por los tribunales nacionales, los organismos internacionales podrán con todo el peso de la ley ejercer la jurisdicción pertinente. Por lo tanto, los Estados deben o bien juzgar y perseguir penalmente a estas personas, o bien extraditarlos para permitir su juzgamiento por otra jurisdicción.³²

Asimismo, con el objetivo de garantizar la no impunidad de los crímenes contra los derechos humanos, se ha creado la CPI. Ésta es un órgano permanente, independiente, y vinculado con el sistema de las Naciones Unidas, cuya competencia se circunscribe a los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión; y procede en casos en que la justicia penal internacional debe completar o corregir irregularidades presentadas durante el enjuiciamiento de los responsables o entrar a sustituir la justicia nacional por su negligencia o falta de capacidad o de voluntad para hacer comparecer a los responsables ante la justicia.³³ En similar sentido, se ha creado la CIDH, otro órgano judicial de carácter subsidiario que ha jugado un rol preponderante en el análisis de las medidas de justicia transicional tomadas por los Estados latinoamericanos sometidos a su jurisdicción. Por último, no puede obviarse la creación de la Corte Europea de Derechos Humanos, establecida en 1959 con el mismo fin.

En miras a lo antedicho, la adopción de políticas de justicia transicional podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado por incumplir su deber de persecución y castigo. De hecho, en la mayoría de los casos, el ordenamiento jurídico internacional plantea exigencias jurídicas cuyo incumplimiento es percibido como inaceptable.³⁴ La idea fundamental subyacente es que frente a los crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, no debe existir impunidad. El castigo de los crímenes mencionados tiene que ser la regla en el derecho internacional.

Sin embargo, como se explicará en la siguiente sección, existen muy amplias dificultades prácticas que obstaculizan la capacidad de los Estados de cumplir a rajatabla con los estándares internacionales de justicia. En tal sentido, tras entender los contextos propios de una democracia transicional, se abordará la cuestión sobre si el DIP admite

³² Ibid.

³³ Artículos 1, 2, y 5 del Estatuto de Roma.

³⁴ Jordi Bonet Perez y Rosa Ana Alija Fernandez, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, 2009, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 53, España.

que los Estados otorguen amnistías en casos excepcionales y con el fin de asegurar la concordia social.

III. La vuelta a la democracia

Como ha señalado el secretario general de la ONU, después de un conflicto la gran mayoría de los autores de infracciones graves de derechos humanos nunca son sometidos a juicio, ya sea en el país o en el exterior.³⁵ Este fenómeno de impunidad, pese a los múltiples y forzosos intentos por frenarlo, se debe precisamente a la complejidad que acarrea la vuelta a la democracia luego de períodos de brutales conflictos armados.

En este sentido, no puede perderse de vista el hecho de que la mayoría de las veces las democracias nacen precisamente de un contexto de guerra. Por lo tanto, su consolidación dependerá preponderantemente del consenso de la tiranía precedida que probablemente aún detente una gran influencia social. Más aún, la amenaza que representa el retorno de la democracia para la tiranía “derrocada” acarreará numerosas veces el surgimiento de nuevos conflictos armados. Es decir que el fin de la guerra no significa siempre, ni en la mayoría de los casos, el fin de la violencia.

Por tales motivos, las sociedades sucesoras de un conflicto armado suelen ser frágiles democracias susceptibles al más mínimo levantamiento social.³⁶ No suelen contar con los recursos ni con la capacitación necesaria para cumplir con el ideal de justicia instaurado internacionalmente: la persecución de todos los delincuentes, la obtención de toda la verdad, la reparación de todas las víctimas y, como corolario, la no impunidad. Pues tras largos períodos de represión estatal, hay muchas víctimas muertas o desaparecidas, muchos delincuentes que aún detentan poder, y muchas evidencias enterradas o destruidas.

En fin, heredar sociedades que han sido víctimas de violaciones de derechos humanos generalizadas plantea grandes dificultades prácticas. El balance político de los países en cuestión puede ser delicado, y el gobierno de turno puede ser incapaz de

³⁵ ONU, Documento S/2004/616, p.18, par. 46. Encontrado en Jordi Bonet Perez y Rosa Ana Alija Fernandez, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, 2009, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm 53, España.

³⁶ M. Vitolo Alfredo. *La posibilidad de perdonar a los responsables de cometer crímenes de lesa humanidad*. 2009. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas: Instituto de Política Constitucional, Buenos Aires.

aprisionar a los delincuentes sin poner en riesgo su propia estabilidad. En consecuencia, el ideal de Nuremberg por el cual todos los perpetradores deben ser llevados a la justicia y castigados con todo el peso de la ley es casi siempre inalcanzable.

Es en este contexto que surge la mencionada justicia transicional: un mecanismo, por definición imperfecto, que brinda una alternativa ante la imposibilidad de garantizar la justicia a la que se aspira en periodos de normalidad.³⁷ El objetivo sigue siendo el mismo: poner fin a las violaciones de los derechos humanos, reconocer y recomponer a las víctimas, difundir la verdad, obtener la paz y reconciliación y, finalmente, garantizar la no repetición de las atrocidades precedidas. Se trata de una justicia adaptada a las necesidades de cada sociedad que requiere sopesar intereses contradictorios desde una visión integral que contemple la realidad compleja propia del sensible contexto de emergencia pública que da la bienvenida a la democracia. En síntesis, la justicia transicional puede ser definida como:

“un proceso delicado, al que tanto el cúmulo de condicionantes políticos y sociales, las legítimas exigencias de las víctimas o incluso la necesidad de promover la reconciliación someten a la presión de lograr que las medidas adoptadas garanticen un equilibrio de intereses aceptable para la sociedad en su conjunto”.³⁸

Por estas razones, la justicia transicional, con todas sus implicancias prácticas, es un instrumento interdisciplinario que debe contemplar no sólo las dimensiones legales y jurídicas, sino también las políticas, sociológicas, psicológicas, éticas, culturales y prácticas.³⁹ Más importante aún, debe sopesar delicadamente los efectos de las medidas tomadas en el corto, mediano y largo plazo y debe tener en cuenta las afectaciones de los derechos de las víctimas pero también los de la sociedad en su conjunto.

De todas formas, sin perjuicio de las complejidades mencionadas que imponen analizar este fenómeno a la luz de un contexto de emergencia que requiere decisiones

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Jordi Bonet Perez y Rosa Ana Alija Fernandez, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, 2009, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm 53, España.

críticas y excepcionales, la impunidad generada como consecuencia de dichas medidas resulta alarmante y genera legítimos y serios cuestionamientos.

En este sentido, probablemente la medida que más polémicas ha generado es el otorgamiento de amnistías a los violadores de derechos humanos, a través de la cual se limitan los efectos normales del derecho penal, extinguiendo el delito y otorgándoles un perdón. En otras palabras, el Estado renuncia a su deber de investigar, perseguir y condenar a los responsables con el fin de establecer la calma y la concordia social. Es un mecanismo por el cual se negocia la justicia a cambio de la paz y la democracia.

En las secciones subsiguientes se analizarán las distintas posturas del derecho internacional frente a la posibilidad de otorgar amnistías en el delicado marco de la justicia transicional. A tal fin, se abordará primeramente la legalidad del instrumento a la luz del DIP para luego incursionar sobre la preferencia de adoptar dichas medidas a la luz de factores morales y prácticos. Finalmente, se expondrá una tercera óptica desde la cual ambas visiones pueden convivir.

IV. La legalidad de las amnistías

Como se ha mencionado, el DIP ha desarrollado numerosas normas, tratados, resoluciones, cortes y organismos a los fines de sancionar los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, en la práctica estas nociones se han visto numerosamente afectadas por las complejidades que acarrear los períodos transicionales que, en última instancia, acaban por negociar con los perpetradores la democracia a cambio de su inmunidad.

En numerosos países, con el fin de instaurar la paz social, se han otorgado amnistías a los violadores de los derechos humanos que, al día de hoy, no han sido juzgados penalmente. En consecuencia, se han limitado los efectos normales del derecho penal, extinguiendo los delitos cometidos. En otras palabras, se ha garantizado el olvido de un hecho delictuoso para establecer la calma y la concordia social.

En este sentido, es cierto que el derecho internacional considera el otorgamiento de medidas de clemencia como un signo positivo y hasta necesario, sobre todo cuando se

negocia el cese de las hostilidades en un conflicto armado o se celebran acuerdos de paz.⁴⁰ Aunque, también es cierto, como explica Wilder Tayler (1997), director jurídico de Human Rights Watch, que:

“los mismos cuerpos normativos que favorecen la adopción de tales medidas, incluyen claros principios sobre cuáles son las conductas que deben ser tratadas con el mayor rigor y que, por tanto, no deberían ser pasibles de medidas de clemencia. Graves infracciones tales como la tortura, la desaparición forzada, la ejecución de personas, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones contra los derechos humanos son unos de ellos”.⁴¹

Son precisamente estas nociones del derecho las que entran en pugna en los contextos transicionales toda vez que, como se ha explicado en la sección precedente, el cumplimiento a rajatabla de estos principios podría muchas veces acabar por afectar a quienes se pretende proteger, sea causando insurrecciones violentas o incluso reinstaurando la dictadura que, en última instancia, podrá socavar sus derechos.

Por tales particularidades la doctrina internacional está fundamentalmente dividida entre dos lógicas diametralmente opuestas. Por un lado, los idealistas sostienen que existe una obligación universal e inderogable a perseguir los crímenes contra la humanidad.⁴² En este sentido, arguyen que la lucha contra la impunidad impone la persecución penal sin excepciones. Tal es así por cuanto consideran que la justicia es presupuesto necesario para obtener la paz. Por otro lado, los realistas consideran que debe permitirse tal posibilidad, en pos de salvaguardar la democracia y obtener la paz social.⁴³ Niegan la existencia de una obligación irrestricta de derecho internacional y basan sus argumentos en evidencia empírica: la práctica estatal demuestra que en la mayoría de los casos los Estados han recurrido a la amnistía como un medio para dar fin a un conflicto bajo la creencia de estar amparados por el derecho internacional y por su soberanía

⁴⁰ El Protocolo 11 Adicional a la Convenciones de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, recomienda en el Artículo 6.5 que al cese de las hostilidades se conceda "...la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado ..."

⁴¹ Ibid, pág 198.

⁴² Miles M. Jackson. *The Customary International Law Duty To Prosecute Crimes Against Humanity: A New Framework*. 2017. Tulane Journal of International and Comparative Law, Thomson Reuters.

⁴³ Jordi Bonet Perez y Rosa Ana Alija Fernandez, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, 2009, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm 53, España, pág. 26.

nacional.⁴⁴ En las siguientes secciones se abordarán en mayor detalle los argumentos principales de ambos puntos de vista.

1. Prohibición

Desde principios del siglo 21, los movimientos de derechos humanos han sido sinónimos de la lucha contra la impunidad.⁴⁵ Según los idealistas, defender los derechos humanos implica estar a favor de la responsabilidad penal y en contra de las leyes de amnistía. Implica asumir que los Estados son responsables de investigar, perseguir y castigar a los perpetradores de tales violaciones.⁴⁶ En este sentido, sostienen que existe una prohibición universal del derecho internacional de otorgar amnistías a los responsables de cometer crímenes contra la humanidad.⁴⁷

En primer lugar, se basan en la prohibición de cometer dichos crímenes conforme surge del derecho internacional de los tratados, la cual, sin su correspondiente obligación de investigar, perseguir y castigar deviene inútil. Tales obligaciones son gravemente ultrajadas por la impunidad que garantiza el otorgamiento de amnistías, lo cual fue reconocido en numerosas instancias. En segundo lugar, los idealistas fundan su postura en el derecho internacional consuetudinario que, según alegan, ha creado una prohibición internacional de amnistiar a los perpetradores de graves crímenes contra la humanidad.⁴⁸

En primer lugar, la declaración de Viena de 1993 establece que los Estados deben derogar las leyes que conduzcan a la impunidad de los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos.⁴⁹ La asamblea general de la ONU también emitió resoluciones que sustentan la obligación de perseguir y su incompatibilidad con el otorgamiento de amnistías. De hecho, el propio Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha defendido este argumento. En su Comentario General Número 31 afirmó, con referencia a los actos de tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, que:

⁴⁴ Miles M. Jackson. *The Customary International Law Duty To Prosecute Crimes Against Humanity: A New Framework*. 2017. Tulane Journal of International and Comparative Law, Thomson Reuters.

⁴⁵ Karen Engle. *Anti-Impunity And The Turn To Criminal Law In Human Rights*. 2015. Cornell Law Review, Vol. 100:1069, pags. 1069-1128.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Miles M. Jackson. *The Customary International Law Duty To Prosecute Crimes Against Humanity: A New Framework*. 2017. Tulane Journal of International and Comparative Law, Thomson Reuters.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Conferencia Mundial de Derechos Humanos - Declaración y Programa de Acción de Viena, Junio 1993, DPI/1394-48164-October 1993-/M, Sección II, párr. 60, pág. 65.

“los Estados parte deben asegurarse de que los culpables comparezcan ante la justicia . (...) En los casos en que algún funcionario público o agente estatal haya cometido violaciones contra los derechos reconocidos en el pacto (...) Los Estados parte no podrán eximir a los autores de su responsabilidad jurídica personal, como ha ocurrido con ciertas amnistías.”⁵⁰

En este mismo sentido, la Observación General Número 20 sobre el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluyó que:

“Las amnistías son, generalmente, incompatibles con el deber 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.”⁵¹

Similar posición ha adoptado el Comité contra la Tortura. El Comité ha considerado que las leyes de amnistía y medidas similares que permiten dejar en la impunidad a los autores son contrarias al espíritu y letra de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.⁵² De hecho, en su Observación general No. 2 de 2008, al recordar el carácter de “norma imperativa de *jus cogens*” de la prohibición de la tortura y de los malos tratos, el Comité contra la Tortura precisó que:

“las amnistías u otros obstáculos que impiden enjuiciar y castigar con prontitud e imparcialidad a los autores de actos de tortura o malos tratos, o ponen de manifiesto una falta de voluntad al respecto, infringen el carácter imperativo de la prohibición.”⁵³

En suma, en diciembre de 1989 la Asamblea General de la ONU aprobó los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (Principios sobre ejecuciones). En forma contundente, este instrumento afirma la obligación de los gobiernos de investigar y hacer comparecer

⁵⁰ UNHRC, “Observación general 31: Naturaleza de la Obligación Jurídica General impuesta a los Estados Parte en el Pacto”, 26 de mayo de 2004, UN Doc CCPR/C/21/rev.1/ Add.13.

⁵¹ UNHRC, “Observación general 20: Reemplaza a la observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles”, 10 de marzo de 1992, párr. 15.

⁵² Decisión de 23 de noviembre de 1989, Comunicaciones Nos. 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina), párr. 7.3

⁵³ Comité contra la tortura, Observación general No. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, 2008, párr. 5.

ante la justicia a aquellos que sean sospechosos de ejecuciones, reafirma el principio de jurisdicción universal y rechaza la excepción de obediencia debida como justificación para la comisión de las ejecuciones.⁵⁴ Pero los Principios sobre ejecuciones van aún más allá, al declarar que

"en ninguna circunstancia, ni siquiera en Estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones."⁵⁵

En similar sentido, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992, establece en su artículo 18 que:

“los autores o presuntos autores de [desaparición forzada] no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”.⁵⁶

Estos instrumentos internacionales evidencian la obligación de, por un lado garantizar el ejercicio y la protección de los derechos humanos y, por otro lado, perseguir e investigar a quienes los violen. En este sentido se entiende que, al establecer una prohibición inderogable a cometer ciertos crímenes por resultar tan repugnantes para la comunidad internacional que ninguna circunstancia puede justificarlos, su condena debe ser también inderogable. De modo contrario, los derechos que se pretenden proteger mediante la prohibición quedarían desprotegidos. Por estas razones, se contempla a la lucha contra la impunidad como un bien jurídico absoluto en sí mismo, según el cual la adopción de medidas transicionales que no se sustenten en la voluntad de retribuir penalmente a todo el conjunto de presuntos responsables, constituye un hecho ilícito que origina responsabilidad internacional del Estado, incluso cuando se viera imposibilitado de ejecutarla.⁵⁷

⁵⁴ Wilder Tayler, *La problemática de la impunidad y su tratamiento en las naciones unidas –notas para la reflexión-*, 1997, Revista IIDH, Vol. 24, Nueva York, pags. 185-213

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.

⁵⁷ Jordi Bonet Perez y Rosa Ana Alija Fernandez, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, 2009, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm 53, España.

Por otro lado, los idealistas sostienen que, a pesar de no contar con un tratado internacional que específicamente disponga la prohibición de otorgar amnistías a los violadores de los derechos humanos, tal prohibición es imperativa a la luz del derecho internacional consuetudinario.

Los atroces abusos cometidos bajo las dictaduras sudamericanas resultaron en una ola de amnistías que garantizaron a los perpetradores que no serían investigados perseguidos ni castigados por considerarse necesario para asegurar la estabilidad democrática y la reconciliación nacional.⁵⁸ En consecuencia, varias víctimas y varios sectores populares rechazaron estas medidas que garantizaban impunidad y comenzaron a demandar verdad y justicia. A tal fin, elevaron sus reclamos frente a la CIDH y la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, lo que derivó en una serie de jurisprudencia analítica sobre dichos instrumentos que los encuadró como una violación al sistema de derechos humanos. Como resultado, varias de las amnistías fueron anuladas o al menos reducidas. Así, muchos doctrinarios dicen que surgió una nueva tendencia que rechaza el otorgamiento de amnistías.⁵⁹

Estas circunstancias han dado lugar a que la CIDH desarrolle jurisprudencia al respecto de la compatibilidad de las amnistías con el derecho internacional y particularmente con la Convención. En esta línea, la CIDH ha reiteradamente concluido que:

“la aplicación de las amnistías hace ineficaces y sin valor las obligaciones internacionales de los Estados (...) y eliminan la medida más efectiva para poner en vigencia los derechos humanos, el enjuiciamiento y castigo a los responsables”.⁶⁰

Por ello, ha estipulado que las amnistías sobre graves violaciones a los derechos humanos resultan violatorias del DIP, siendo indiferente su fuente legal (sea por una ley del gobierno o por un referéndum). Para sustentar este punto, ha ido desarrollando interpretaciones progresivas sobre las obligaciones estatales de asegurar los derechos de

⁵⁸ Lousie Mallinder. *The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America's amnesty laws*. 2016, ICLQ, Vol. 65, pp. 645-680.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Informe No. 36/96, Caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996, párr. 50. 89; Informe No. 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría S.J. y otros (El Salvador), 22 de diciembre de 1999, párr. 200.

las víctimas. En tal sentido, la CIDH sostuvo que no pueden otorgarse amnistías de ningún tipo en favor de los perpetradores de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y crímenes contra la humanidad.⁶¹

En 1988, en el caso “Velasquez-Rodriguez v. Honduras”⁶² la CIDH estableció que un acto ilegal que viola los derechos humanos, aunque no haya sido cometido por el Estado, puede acarrear su responsabilidad internacional ante la falta de diligencia en prevenir la violación o responder a esta. En este mismo fallo, la CIDH especificó que la protección internacional de los derechos humanos no debe equipararse a la justicia criminal. Su objetivo no es castigar a los responsables sino proteger a las víctimas. En este sentido, sostuvo que el Estado tiene un deber legal de adoptar pasos razonables para prevenir las violaciones a los derechos humanos y de usar los medios a su disposición para llevar a cabo una investigación seria que identifique a los responsables, imponga los castigos adecuados y otorgue una compensación a las víctimas.⁶³

Asimismo, en el caso “Barrio Altos v. Perú”, la CIDH fue aún más lejos, al establecer que las amnistías son manifiestamente incompatibles con los propósitos y el espíritu de la Convención puesto que deriva en la indefensión de las víctimas y la perpetuación de la impunidad. En particular, dispuso que:

“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos (...), prohibidas por derogar derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”.⁶⁴

En similar sentido, en el caso “Almonacid-Arellano” la CIDH se refirió a lo expuesto por el Secretario General de las Naciones Unidas, por cuanto dispuso que los tratados de paz firmados por las Naciones Unidas son incompatibles con el otorgamiento

⁶¹ Lousie Mallinder. *The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America's amnesty laws*. 2016, ICLQ, Vol. 65, pp. 645-680.

⁶² Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafos 82-118.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Corte IDH, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Peru), Sentencia de 14 de marzo de 2001, serie c, no.74, párr. 41.

de amnistías para los crímenes contra la humanidad. Para fundar su postura, la CIDH expuso que las amnistías, en su ilusión por asegurar la paz han fallado en lograr su objetivo y en cambio han animado a los perpetradores a seguir cometiendo crímenes. Por el otro lado, concluyó que se ha podido lograr la paz sin recurrir a las amnistías, incluso en casos en donde se las consideraba necesaria por el miedo a la insurrección o a la prolongación del conflicto.⁶⁵ Así, ha entendido que incluso aunque la amnistía brinde paz, esta no será una paz duradera. Por último, la CIDH sostuvo que en instancias en donde sea imposible obtener tanto la justicia como la paz, debe optarse por la investigación criminal y persecución de los delincuentes.⁶⁶

Una vez más, en “Gomes Lund v. Brasil” la CIDH también sostuvo que las amnistías eran incompatibles con la Convención y, en particular, con la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos y perseguir a los delincuentes.⁶⁷ Asimismo, en “Gelman v. Uruguay” se invalidó la amnistía otorgada mediante dos referendos populares.⁶⁸ La CIDH dijo que es indiferente la fuente de derecho porque la protección de los derechos humanos impone un límite inderogable incluso a través de una decisión mayoritaria. Por último, en “el Mozote vs. el Salvador.” la CIDH interpretó el Artículo 6.5 del Protocolo II y estableció que esto excluye a las amnistías que precluyen la investigación y persecución de crímenes de guerra. Por lo tanto, en tales casos, prevalece la prohibición de amnistiar.⁶⁹

En síntesis, en una serie de casos la CIDH declaró que las amnistías otorgadas a los violadores de derechos humanos eran incompatibles con la Convención. En tal entendimiento, se declaró que los Estados tienen prohibido otorgar amnistías a los perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos.

Por estas razones, los idealistas sostienen que, como derivado de la obligación de los Estados a proteger y garantizar los derechos humanos y, en particular, a investigar,

⁶⁵ Corte IDH Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

⁶⁶ Karen Engle. *Anti-Impunity And The Turn To Criminal Law In Human Rights*. 2015. Cornell Law Review, Vol. 100:1069, pags. 1069-1128.

⁶⁷ Corte CIDH, Informe No. 91/08 (fondo), Julia Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil, 31 de octubre de 2008, Apéndice 1.

⁶⁸ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221

⁶⁹ Corte CIDH. Informe No. 177/10. Caso 10.720. Fondo. Masacres de “El Mozote y lugares aledaños. El Salvador.” 3 de noviembre de 2010.

perseguir y condenar a los culpables de graves violaciones a los derechos humanos, el DIP prohíbe otorgar amnistías por la comisión de tales crímenes.

2. Permisi3n

Los realistas admiten que existe una multiplicidad de instrumentos internacionales que reafirman el car3cter inviolable de los derechos humanos y que de all3 resulta claramente que los Estados tienen la obligaci3n de prevenir, investigar y castigar a los responsables de violarlos. Sin embargo sostienen que no existe a3n el instrumento que imponga en forma expl3cita la prohibici3n de otorgar amnist3as en contextos de emergencia.⁷⁰ No existe una norma *iuscogens* de derecho internacional que impida a los Estados conceder amnist3as en miras a la estabilidad y reconciliaci3n nacional.⁷¹ En la misma l3nea, sostienen que tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional est3n lejos de haber alcanzado un acuerdo sobre este punto y que, por tanto, tampoco existe una norma de derecho consuetudinario que lo proh3ba.⁷² Por tales motivos, consideran que el DIP permite que los Estados, en el ejercicio de su soberan3a nacional, otorguen amnist3as con el fin de instaurar la paz social.

En primer lugar, arguyen que no existe en el derecho internacional de los tratados ni una sola prohibici3n o incluso desincentivaci3n expresa de las amnist3as. De hecho, sostienen que cuando se ha intentado incluir, como en el caso del Estatuto de Roma o de la Convenci3n para la Protecci3n de Todas las Personas de la Desaparici3n Forzada, ha supuesto tantos problemas que, finalmente, se ha rechazado.⁷³

M3s a3n, la 3nica mencici3n expresa a las amnist3as que encontramos en los tratados multilaterales relacionados con los derechos humanos es, al contrario, de incentivaci3n. As3, el art3culo 6.5. del Segundo Protocolo Adicional a la Convenciones de Ginebra establece que:

⁷⁰ Wilder Tayler, *La problem3tica de la impunidad y su tratamiento en las naciones unidas –notas para la reflexi3n-*, 1997, Revista IIDH, Vol. 24, Nueva York, pags. 185-213.

⁷¹ M. Vitolo Alfredo. *La posibilidad de perdonar a los responsables de cometer cr3menes de lesa humanidad*. 2009. Academia Nacional de Ciencias Morales y Pol3ticas: Instituto de Pol3tica Constitucional, Buenos Aires.

⁷² Ibid.

⁷³ R. Wedgwood. *The International Criminal Court: An American View*. 1999. European Journal of International Law, n3m. 10, p3gs. 94-97.

“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”.⁷⁴

En cuanto a los Comentarios Generales 20 y 31 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre “Estado de Derecho y Justicia Transicional”, o el propio informe de 1997 de Joinet sobre impunidad, los realistas sostienen que, al ser *soft law* internacional, no tienen, por tanto, fuerza vinculante para obligar a ningún Estado de esa manera.⁷⁵

Por otro lado, sostienen que la práctica en la que han incurrido los Estados por la cual continuamente han sancionado leyes de amnistías, demuestra la inexistencia de una norma de derecho consuetudinario que las prohíba.⁷⁶ Más bien todo lo contrario.

Durante las últimas tres décadas, hubo alrededor del mundo, y principalmente en las Américas, un uso extensivo de amnistías como medio para resolver conflictos internos. Particularmente en Latinoamérica y África, el otorgamiento de amnistías ha facilitado la transición postconflicto hacia la democracia (en Sudáfrica, Haití, Argentina, Chile, Sierra Leona, Guatemala, El Salvador, Rumania, Colombia, Uruguay, etc.). Esta práctica repetitiva demuestra que no hay un deber consuetudinario, pues los Estados creen estar legalmente amparados para incurrir en dicha conducta.⁷⁷

Además, las respuestas de la comunidad internacional indican cierta aceptación de las mismas. En varios casos, si bien la CIDH estableció la prohibición de otorgar auto-amnistías o amnistías incondicionales, dejó abierta la posibilidad de otorgar amnistías condicionadas o limitadas siempre y cuando cumplan con ciertos criterios.⁷⁸ En este

⁷⁴ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977/

⁷⁵ M. Vitolo Alfredo. La posibilidad de perdonar a los responsables de cometer crímenes de lesa humanidad. 2009. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas: Instituto de Política Constitucional, Buenos Aires.

⁷⁶ Miles M. Jackson. *The Customary International Law Duty To Prosecute Crimes Against Humanity: A New Framework*. 2017. Tulane Journal of International and Comparative Law, Thomson Reuters.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Lousie Mallinder. *The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America's amnesty laws*. 2016, ICLQ, Vol. 65, pp. 645-680.

sentido, en la Resolución 25/86 establece que los gobiernos “*pueden conceder amnistías por razones de paz social*”.⁷⁹

Posteriormente, en la causa “Castillo Paez” reconoció “*la conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia*”.⁸⁰ Asimismo, si bien se pronunció en contra de las auto amnistías, dejó abierta la posibilidad de que otras formas de amnistías sean permisibles. En palabras del juez Garcia Ramirez, debe trazarse una diferencia entre ambas formas tomando en cuenta diversos factores:

“[las] circunstancias en que se dictan, [la] forma de adoptarlas y [la] eficacia que revisten. En este sentido, cabe distinguir entre las llamadas ‘autoamnistías’, expedidas en favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos, y las amnistías que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables.”⁸¹

En este sentido, la CIDH parece condenar solo aquellas amnistías que son dictadas con el fin de establecer un marco de impunidad o de impedir el derecho a conocer la verdad. Por lo tanto, aunque exista una tendencia a limitar las leyes de amnistía del pasado, esta tendencia no representa un rechazo total de las mismas. En cambio, representa un alejamiento parcial y matizado de ciertas formas de amnistía hacia enfoques más limitados y condicionados.⁸² Por estas razones, en algunos casos, los Estados podrían tener permitido abandonar la persecución penal y el castigo siempre y cuando condujeran investigaciones adecuadas y proveyeran compensación a las víctimas.⁸³

Asimismo, en sus análisis, la CIDH ha reconocido la complejidad de los escenarios transicionales para garantizar los componentes de justicia, verdad, reparación y no repetición. Esto, a su vez, demuestra los inconvenientes prácticos y las fallas

⁷⁹ CIDH, Resolución Nro. 25/86, Casos de desaparición forzada de personas en Guaemala, 9 de abril de 1986.

⁸⁰ Corte IDH, Castillo Paez v. Peru, Reparaciones y costas, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 43, cons. 105).

⁸¹ CIDH, Castillo Paez v. Peru, Reparaciones y costas, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 43, cons. 105)

⁸² Lousie Mallinder. *The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America's amnesty laws*. 2016, ICLQ, Vol. 65, pp. 645-680.

⁸³ Douglass Cassel. *Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities*. 1996, Law & Contemp. Probs. 197, 211-14.

estructurales para llevar a cabo una completa persecución penal: la falta de capacidad investigativa, la falta de recursos, y ausencia de voluntad de los Estados.⁸⁴ Tal es así, que de las 54 sentencias que han exigido la investigación y el enjuiciamiento de los responsables, solo en uno de esos casos se ha cumplido con lo demandado al pie de la letra.⁸⁵ Al respecto, la CIDH ha reconocido que los Estados tienen el derecho y el deber de fomentar políticas e implementar programas que tiendan a la reconciliación de sus pueblos.⁸⁶

De hecho, en el *Mozote v. El Salvador*, la CIDH reconoció que las obligaciones del Estado de perseguir pueden tener distintos alcances en contextos transicionales. Así, sostuvo que “*en ciertas situaciones transicionales entre conflictos armados y la paz, puede suceder que un Estado no esté en la posición para implementar sus obligaciones internacionales*”.⁸⁷ Asimismo, el comisionado de la ONU para la Comisión de la Verdad de El Salvador sostuvo que “*la decisión de conceder o no amnistías le corresponde a la sociedad de El Salvador*”.⁸⁸

Por otro lado, los procesos transicionales de Sudáfrica que incluían la concesión de amnistías se ha convertido en una especie de célebre modelo de transición pacífica para la comunidad internacional que lo ha aceptado con gran admiración. Misma aceptación merecieron las amnistías otorgadas por Haití que recibieron un gran apoyo de Estados Unidos y de la Organización de los Estados Americanos (OEA).⁸⁹

Por tales motivos, los realistas sostienen que no existe una norma del derecho de los tratados ni consuetudinaria que prohíba la concesión de amnistías de manera irrestricta y sin excepciones. Por el contrario, la práctica y la jurisprudencia internacional han tendido a favorecer la posibilidad de otorgarlas de manera condicionada ante ciertos escenarios.

⁸⁴ Antkowiak, T. M. *An emerging mandate for international courts: Victim-centered remedies and restorative justice*. 2011. *Stanford Journal of International Law*, 47(2), pags. 279-332.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ CIDH. Derecho a la Verdad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.152. Doc. 2. 13 agosto 2014. Párr. 83.

⁸⁷ Corte CIDH. Informe No. 177/10. Caso 10.720. Fondo. Masacres de “El Mozote y lugares aledaños. El Salvador.” 3 de noviembre de 2010, párr. 38.

⁸⁸ Thomas Buergenthal, comisionado de la ONU para la Comisión de la Verdad de El Salvador, 1994. La versión original reza: “[T]he decision whether to grant amnesty was one for the people of El Salvador.” (La traducción nos pertenece).

⁸⁹ Miles M. Jackson, 2007, *The customary International law duty to prosecute crimes against humanity: a new framework*, *Tulane Journal of international and comparative law*

V. ¿Justicia o paz? Una visión integral

Más allá de los lineamientos legales que, como se ha demostrado, carecen de una respuesta uniforme sobre la posibilidad de otorgar amnistías en el marco de la justicia transicional, deben analizarse los incentivos desde una óptica integral que contemple las dificultades prácticas, los derechos de las víctimas y de la sociedad en su conjunto, y los efectos que podrían tener sobre la no repetición de los crímenes que se pretenden subsanar y los derechos que se pretenden proteger. A tales luces, se expondrán en las siguientes secciones los principales argumentos de quienes abogan por una persecución penal irrestricta e inderogable y de los defensores de las amnistías.

1. Justicia: persecución penal

“La impunidad por las violaciones graves de los derechos humanos que podrían constituir crímenes de lesa humanidad sigue siendo un enorme problema para la comunidad internacional. Hay una tendencia cada vez mayor a dar prioridad a la paz sobre la justicia lo que es comprensible en circunstancias excepcionales o para superar períodos críticos de corta duración durante el proceso de paz, pero desvirtúa el imperio de la ley y la continuidad del propio proceso de paz. La paz y la justicia van de la mano y se apoyan mutuamente en el proceso de construcción nacional. La paz no puede equipararse simplemente a la ausencia de conflictos, sino que debe contener el elemento esencial de justicia. La comunidad internacional tiene la obligación de acabar con la impunidad por todo crimen de lesa humanidad. Esas graves violaciones de los derechos humanos tienen un efecto en la vida de cada ciudadano del mundo y no deben por tanto verse como delitos contra particulares o una sola nación.”⁹⁰

Quienes aborrecen el otorgamiento de amnistías son fervientes defensores de la persecución penal como método ineludible para la consecución de la justicia, la paz y la no impunidad. En tal sentido, consideran que la persecución penal favorece el Estado de Derecho, al hacer valer la ley sin excepciones; consolida la democracia; y restablece la confianza del pueblo en el imperio de la ley tras suceder serios periodos de intransigencia.⁹¹ Por tales motivos, la persecución penal resulta indispensable para

⁹⁰ Informe de la Relatora Especial, Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la resolución 2002/36 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/3 de 13 de enero de 2003, párr. 73.

⁹¹ Wilder Tayler, *La problemática de la impunidad y su tratamiento en las naciones unidas –notas para la reflexión–*, 1997, Revista IIDH, Vol. 24, Nueva York, pags. 185-213.

garantizar la no impunidad de los violadores de derechos humanos que, a su vez, tendrá relevancia sobre el resto de objetivos que orientan la justicia transicional: la prevención de la repetición de abusos semejantes (efecto preventivo) o la restitución integral de las víctimas (efecto restitutivo).⁹²

En este sentido, la perspectiva dominante en el tratamiento de las conductas criminales afirma que cuando los criminales no son juzgados, declarados culpables y castigados, ellos gozan de una forma de impunidad, que sugiere que están por encima de la ley. En palabras de la CADH la impunidad implica: “*la falta en su conjunto de la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de los derechos protegidos*”.⁹³ En similar sentido, según la Resolución 2004/72 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la impunidad implica la:

“inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones (...), así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y en su caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”.⁹⁴

En miras a estas definiciones, se ha entendido que el otorgamiento de amnistías contribuye a la impunidad. Los responsables de las violaciones perdonadas, al constatar que pueden violar la ley impunemente, encuentran aliento para seguir cometiendo esos crímenes. Esto, a su vez, socava la doctrina del Estado de Derecho que presume que nadie, incluyendo a los funcionarios y los gobernantes, se encuentra por encima de la ley.⁹⁵

Asimismo, sostienen que, ante la ausencia del sistema judicial penal, la noción misma de justicia, sustento esencial de la convivencia democrática, se ve profundamente distorsionada. Esta postura es sustentada por la teoría retributiva de derecho según la cual hay fuertes razones para pensar que la justicia criminal puede contribuir al

⁹² Jordi Bonet Perez y Rosa Ana Alija Fernandez, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, 2009, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm 53, España.

⁹³ Corte IDH, caso “panel blanca” (Paniagua Morales y otros vs. Guaremalá), Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, nro. 37, par. 173.

⁹⁴ ONU, Documento E/CN.4/2005/102/Add.1, pág. 6, Puntos A y B. (2005).

⁹⁵ Wilder Tayler, *La problemática de la impunidad y su tratamiento en las naciones unidas –notas para la reflexión-*, 1997, Revista IIDH, Vol. 24, Nueva York, pags. 185-213.

establecimiento de una comunidad democrática de derecho. En tal sentido, explican que los crímenes contra la humanidad justamente suceden por la falta de mayores restricciones externas, lo cual puede ser solucionado al imponer una obligación sin excepciones a perseguir y condenar.⁹⁶ De hecho, en 1990 el Grupo de Trabajo sobre las "desapariciones", al abordar las raíces del problema, declaró en forma categórica que:

"el factor único que más contribuye al fenómeno de las desapariciones [es] el de la impunidad. La experiencia adquirida por el Grupo de Trabajo a lo largo del último decenio ha confirmado el viejo adagio de que la impunidad engendra el desprecio de la ley. Las personas que cometen violaciones de los derechos humanos, sean civiles o militares, se vuelven más descaradas cuando no tienen que rendir cuentas ante un tribunal".⁹⁷

El experto francés Louis Joinet apoya esta postura y sostiene que el carácter preventivo del castigo es fundamental para garantizar su no repetición. Así, considera que el hecho de que un criminal esté convencido de que algún día tendrá que rendir cuentas, es el medio de disuasión más eficaz para prevenirlo.⁹⁸ Por estas razones, entienden que el otorgamiento de amnistías favorecerá la repetición de dichos crímenes. Al otorgarles un perdón irrestricto se favorece la impunidad y por ello, debe procurarse la consecución de la persecución penal.

Por otro lado, en cuanto a los derechos de las víctimas, sostienen que es únicamente a través de la persecución penal que podrá garantizarse su derecho a la verdad. En este sentido, arguyen que en contextos dictatoriales, la verdad asume no sólo una dimensión individual sino una colectiva, social e histórica. Estas dos dimensiones de la verdad han sido reconocidas internacionalmente como derechos esenciales de las víctimas y de la población en su conjunto.⁹⁹

⁹⁶ Miles M. Jackson, 2007, *The Customary International Law Duty To Prosecute Crimes Against Humanity: A New Framework*, Tulane Journal of International and Comparative Law, Thomson Reuters.

⁹⁷ informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 1990, párrafo 344. Citado en "Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los 90", pág 184. Ediciones de Amnistía Internacional.

⁹⁸ Documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1985/16 del 21 de Junio de 1985., párrafos 72 y 74.

⁹⁹ Jordi Bonet Perez y Rosa Ana Alija Fernandez, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, 2009, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm 53, España.

El principio 4 del Conjunto de Principios elaborados por la ONU reconoce el derecho a saber de las víctimas y sus familiares acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de desaparición o fallecimiento, acerca de la suerte que corrió como víctima.¹⁰⁰ Además, la verdad en su dimensión individual es reconocida por diversos instrumentos jurídicos internacionales.¹⁰¹ Los principios 2 y 3 también establecen el derecho y el deber de asegurar la verdad colectiva.¹⁰² Así, reconocen el derecho inalienable de todo el pueblo a conocer la verdad sobre los acontecimientos, circunstancias y motivos que llevaron a la perpetración de los crímenes aberrantes sucedidos -como salvaguardia de la futura no repetición de tales actos- y que se complementa con el deber de recordar, el cual implica el compromiso estatal de adoptar aquellas medidas adecuadas para preservar del olvido la memoria colectiva.¹⁰³

En tal sentido, la verdad está intrínsecamente relacionada con los derechos de las víctimas. Como estableció la CIDH en “Barrios Altos”: el derecho a la verdad se subsume en el derecho de la víctima y de sus familiares a obtener la clarificación de los eventos que violaron sus derechos y de la correspondiente responsabilidad del Estado de investigar y perseguir. Así las cosas, la CIDH ha interpretado que las amnistías violan el derecho a la verdad toda vez que contribuyen a la impunidad y constituyen un obstáculo al bloquear las investigaciones. Asimismo, sostuvo que las comisiones de la verdad por sí solas no son suficientes para garantizar el derecho a la verdad.¹⁰⁴

Asimismo, puesto que los crímenes contra los derechos humanos presuponen el involucramiento de funcionarios públicos en su comisión, resulta casi imposible esperar que los medios de comunicación denuncien y difundan los crímenes para la contribución

¹⁰⁰ ONU, Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad, 1997, actualizados de acuerdo con la Resolución 2004/72 de la extinta Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 2005, Documento E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, p. 6, párr. 17.

¹⁰¹ Ver: CIDH. *Derecho a la Verdad en las Américas*. Párr. 12; Comisión de Derechos Humanos, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad*, E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006, párr. 8.

¹⁰² ONU, Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad, 1997, actualizados de acuerdo con la Resolución 2004/72 de la extinta Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 2005, Documento E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, p. 6, párr. 17.

¹⁰³ Jordi Bonet Perez y Rosa Ana Alija Fernandez, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, 2009, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm 53, España.

¹⁰⁴ Karen Engle, *Anti-Impunity And The Turn To Criminal Law In Human Rights*, 2015, Cornell Law Review, Vol. 100:1069, pags. 1069-1128

de la verdad.¹⁰⁵ Por ello, tendrá como consecuencia privar a las víctimas y a la sociedad en su conjunto de obtener la verdad en toda su extensión.¹⁰⁶ Sin embargo, sobre todo al final de períodos donde se han perpetrado violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos, el conocimiento de la verdad resulta fundamental para que la comunidad y los individuos cuyos derechos han sido vulnerados, puedan restañar las heridas y prevenir situaciones similares a las sufridas.¹⁰⁷ En esta línea, sostienen que la verdad, al ser uno de los propósitos primordiales de los procesos penales, solo lograra garantizarse mediante una completa persecución de los delincuentes.

En consecuencia, se aduce que al otorgar amnistías se les niega a los damnificados sus derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación, y se agrava su sufrimiento, haciéndoles sentir excluidos de la ciudadanía, victimizados, y ajenos a la tutela judicial efectiva.¹⁰⁸ Por ello, incluso ante contextos de emergencia, las amnistías no proporcionarán una paz duradera ni una verdadera reconciliación nacional, puesto que acarrea consigo el olvido de la impunidad y el desamparo de las víctimas. De hecho, se aduce que las amnistías y la impunidad están lejos de contribuir a una paz duradera sino que, por el contrario, han contribuido al incremento de las violaciones a los derechos humanos.¹⁰⁹

2. Paz: amnistías

“Aquellos que argumentan que en ningún caso puede negociarse la paz a cambio de justicia, deben estar preparados para justificar la probable continuidad de un conflicto armado. Las amnistías pueden no ser deseables en muchos casos. De hecho, hay ejemplos de amnistías abusivas establecidas por dictadores en los últimos días de regímenes tiránicos. La Comisión también reconoce el principio de que es generalmente deseable juzgar a los responsables (...) Sin embargo, las amnistías no deben ser excluidas por completo de los mecanismos disponibles para aquellos que intentan

¹⁰⁵ Wilder Tayler, *La problemática de la impunidad y su tratamiento en las naciones unidas –notas para la reflexión–*, 1997, Revista IIDH, Vol. 24, Nueva York, pags. 185-213.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Como afirma M. PENSKY, el sentimiento de las víctimas respecto a las amnistías es lógico porque “la injusticia del acto criminal se ve duplicada por la injusticia de la autoridad estatal al incumplir con sus deberes retributivos”, “Amnesty on Trial: Impunity, Accountability and the Norms of International Law”, *Ethics and Global Politics*, núm. 1, 2008, pp. 1 y ss., en concreto, p. 9.

¹⁰⁹ Michael P. Scharf, *Swapping Amnesty for Peace: Was There a Duty To Prosecute International Crimes in Haiti?*, 1996, Faculty Publications. 344.

*negociar el cese de hostilidades luego de períodos de brutal conflicto armado. No permitir las amnistías en todos los casos importaría negar la realidad de los conflictos violentos y la necesidad de poner fin a dicha angustia y sufrimiento.”*¹¹⁰

Es claro que no es posible investigar y castigar a todos los posibles autores de grandes atrocidades. Ningún sistema judicial del mundo tiene la capacidad de perseguir todos los delitos y castigar a todos los culpables. Ni siquiera en Nuremberg ni en los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda se ha castigado a todos los posibles autores de violaciones de los derechos humanos.

Esto se puede deber a diversas razones: ante la inexistencia misma de un poder judicial; ante la afección del poder judicial existente al régimen anterior; ante la dificultad institucional y económica para hacer llevar la justicia penal hasta sus últimas consecuencias en contextos de violaciones masivas de derechos humanos; y ante la posibilidad de que dichos juicios pongan en peligro la paz y la estabilidad social y la continuación o consolidación del régimen democrático.¹¹¹

En línea con el último obstáculo mencionado, uno de los problemas más complicados que tienen las sociedades que salen de la guerra es que el final de la guerra no significa siempre el fin de la violencia. En estos contextos, existe un alto riesgo de que si las nuevas y frágiles democracias aplican con toda su rigidez el peso de la ley, los gobiernos precedidos no entreguen el poder de las fuerzas armadas y se revelen violentamente contra dichas medidas.

Por ello, quienes abogan por la posibilidad de otorgar amnistías en el marco de la justicia transicional se basan principalmente en las imposibilidades prácticas de llevar a cabo una persecución penal contra los perpetradores de los crímenes cometidos, con la eventual y catastrófica posibilidad de que derive en otro conflicto armado que acabe por socavar los derechos que se pretenden proteger. En este sentido, sostienen que la asunción

¹¹⁰ Comisión de Verdad y Reconciliación de Sierra Leona, *The final Report of the Truth & Reconciliation Commission of Sierra Leona*, 5 de octubre de 2004, Vol Rb, Cap VI, párr. 11.

¹¹¹ Javier Dorado Porras, *Justicia transicional, persecución penal y amnistías*, 2013. Instituto de Derechos Humanos “Bartolome de las Casas”, Derecho y Libertades, Núm. 28.

común de que la democracia implica paz y que la paz implica democracia es algo que ha sido cuestionado a partir de evidencia empírica sobre recientes procesos de transición.¹¹²

De este modo, ante la imposibilidad de conseguir que sociedades que están saliendo de la guerra o de un régimen dictatorial avancen hacia la consolidación de la democracia mediante la utilización de juicios criminales, surgió en los años ochenta del siglo pasado, un modelo alternativo a la justicia retributiva: la justicia restaurativa. Según esta, la obtención de la reconciliación social, el establecimiento de la verdad histórica y la restauración de la dignidad de las víctimas justifican la renuncia a la persecución penal cuando ésta devenga imposible.¹¹³ En este marco, la amnistía no se introduce como una acción de perdón misericordiosa, sino como el reemplazo de la idea de una justicia individual, que vincula una conducta con su consiguiente sanción, por aquella que pone el centro en el bienestar de la sociedad.¹¹⁴ Se acude a esta herramienta por su clara función garantista, en aras a hacer posible la convivencia social, necesaria para el desarrollo pleno del individuo como ser libre.¹¹⁵

En este sentido, en la mayoría de los casos, si se opta por una persecución penal que acabe por restaurar el régimen derrocado, se estará perpetuando la afectación que se pretende subsanar al continuar prolongando las violaciones a los derechos humanos que se pretenden proteger.¹¹⁶ Sin embargo, esto es inaceptable puesto que, como señala Nino, “*el principio de inviolabilidad de la persona impide imponerle a un individuo el sacrificio de sus derechos simplemente en la búsqueda de un fin que no redunde en su propio beneficio*”.¹¹⁷

En este sentido, se cree que debe procurarse tomar medidas que tengan como consecuencia la protección de los derechos de la población y no la prolongación de sus afectaciones. Por lo tanto, resulta necesaria una ponderación entre el derecho a la justicia

¹¹² Cortes-Rodas, Francisco, *¿Justicia o paz? El problema de la amnistía*, 2013, Ra-Himhai, Vo. 9, Núm. 2.

¹¹³ Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, 2010, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá.

¹¹⁴ M. Vitolo Alfredo. *La posibilidad de perdonar a los responsables de cometer crímenes de lesa humanidad*. 2009. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas: Instituto de Política Constitucional, Buenos Aires.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ M. Vitolo Alfredo. *La posibilidad de perdonar a los responsables de cometer crímenes de lesa humanidad*. 2009. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas: Instituto de Política Constitucional, Buenos Aires.

¹¹⁷ Ibid.

penal de las víctimas y la paz y el mantenimiento del orden democrático, como derecho a la garantía de no-repetición.¹¹⁸

No solo eso, sino que, incluso aunque se pudieran llevar a cabo juicios penal, existen otras dificultades igual de relevantes: la falta de evidencia, la cantidad avasalladora de víctimas, y la posible corrupción y debilidad de los tribunales domésticos. De hecho, una de las grandes críticas hacia los opositores de las amnistías es que se intenta buscar justicia ante las mismas fuerzas policiales, fiscalías y aparatos judiciales de quienes se desconfiaba de cooperar con la dictadura instantes atrás.¹¹⁹ De hecho, como estableció la Corte Constitucional de Sudáfrica en la causa Azapo:

“la alternativa a conceder amnistía de persecución penal a los ofensores es mantener intacto el derecho abstracto a dicha persecución respecto de ciertos individuos, sin evidencias para sustentar una persecución exitosa, continuar manteniendo a los familiares de las víctimas, en muchos casos en forma sustancial, ignorantes acerca de que les ocurrió exactamente a sus seres queridos, dejar efectivamente sin alivio su añoranza por la verdad, (y) perpetuar su sentimiento legítimo de resentimiento y pesar...”¹²⁰

Asimismo, consideran que la verdad judicial es deliberadamente selectiva.¹²¹ En particular, sostienen que esta:

“se ha solido centrar solamente en la función instrumentalista de la verdad, es decir, en cómo los procesos y resultados están unidos para sacar a la luz detalles de eventos pasados. Los debates entre los teóricos de la justicia penal han ignorado la dimensión de la consecución de la verdad relacionada con la víctima (...) la verdad también constituye una forma de reparación para las víctimas, en la medida en que les ayuda a cerrar ese hecho y a moverse

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Karen Engle. *Anti-Impunity And The Turn To Criminal Law In Human Rights*. 2015. Cornell Law Review, Vol. 100:1069, pags. 1069-1128.

¹²⁰ Corte Constitucional de Sudafrica, Azanian Peoples Organization (AZAPO) et al vs. The President of the Republic of SouthAfrica, Caso CCt 17/97 del 25 de julio de 1996.

¹²¹ Javier Dorado Porras, *Justicia transicional, persecución penal y amnistías*, 2013. Instituto de Derechos Humanos “Bartolome de las Casas”, Derecho y Libertades, Núm. 28, págs.. 81-113.

hacia delante (...) la verdad debe considerarse como un valor intrínseco en sí mismo y como un derecho claro de las víctimas”.¹²²

Por eso, se arguye que muchas veces los procesos penales revelan una verdad simplificada que muchas veces se desdibuja y oscurece la responsabilidad estatal.¹²³ Así, la individualización a la que se recurre en un proceso penal no sólo reduce la investigación histórica y resta importancia al papel del Estado, sino que también "*puede incluso servir de coartada para que la comunidad en su conjunto se exima de responsabilidad*".¹²⁴

Por tales motivos, los defensores de las amnistías arguyen que el esclarecimiento de la verdad, el establecimiento de hechos históricos y la protección de las víctimas podrían alcanzarse con independencia de un proceso penal, e incluso con mayor eficacia que en éste.¹²⁵ En este sentido, los mecanismos incluidos en las amnistías (como las comisiones de la verdad) pueden ayudar a construir una verdad más amplia que satisfaga mejor los derechos de las víctimas y los intereses de la sociedad en su conjunto.¹²⁶

De hecho, se ha sostenido que la mayoría de las víctimas prefieren un perdón público antes que una reparación monetaria.¹²⁷ Sin embargo, en un proceso penal esto muchas veces no sucede: los participantes pierden su identidad para pasar a discutir términos legales.¹²⁸ Las víctimas quieren que se reconozca públicamente su sufrimiento y que se restaure su dignidad.¹²⁹ En este sentido, devienen importantes el reconocimiento y el perdón público, y las reparaciones simbólicas (conmemoraciones) que pueden ser obtenidas mediante mecanismos de justicia transicional como las comisiones de la verdad.¹³⁰ Por tales razones, sostienen que la reparación de la víctima puede contener

¹²² J. DOAK, *Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, 2008. Hart Publishing, Oxford-Portland,, pag. 187. Según este autor, el proceso judicial "*puede preservar los derechos del acusado a un juicio justo, pero denegaría efectivamente el derecho de las víctimas a saber lo que pasó realmente y por qué*".

¹²³ Karen Engle. *Anti-Impunity And The Turn To Criminal Law In Human Rights*. 2015. Cornell Law Review, Vol. 100:1069, pags. 1069-1128.

¹²⁴ La traducción me pertenece. Martti Koskeniemi, *Between Impunity and Show Trials*, 2002, 6 Max Planck Y.B. U.N. L. 1, 13.

¹²⁵ Javier Dorado Porras, *Justicia transicional, persecución penal y amnistías*, 2013. Instituto de Derechos Humanos "Bartolome de las Casas", Derecho y Libertades, Núm. 28, págs.. 81-113

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Antkowiak, T. M. *An emerging mandate for international courts: Victim-centered remedies and restorative justice*. 2011. Stanford Journal of International Law, 47(2), pags. 279-332.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid.

distintas modalidades que pueden, de igual manera, asegurar sus derechos y su dignidad. Esto también ha sido afirmado por la Resolución 2005/35 de la Asamblea General de la ONU, de 16 de diciembre de 2005.¹³¹

En síntesis, por las razones expuestas, los mecanismos de justicia transicional han ganado popularidad para satisfacer las necesidades y preferencias de las víctimas ante escenarios de emergencia pública. Dichos mecanismos intentan brindar una solución individual y colectiva al integrar a todas las partes afectadas y decidir conjuntamente cuál es la manera más eficiente de lidiar con el incidente en miras al futuro y a las necesidades del momento.

VI. Tregua: la excepción a la regla

A los fines de escapar la lógica dicotómica sobre la permisión o prohibición de otorgar amnistías según el derecho internacional, Miles (2007) propone un modelo que integra ambas visiones. En este sentido, sostiene que si bien existe una obligación de derecho internacional a investigar, perseguir y condenar a los responsables de violar los derechos humanos, ante un escenario de emergencia pública que amenaza la vida de la nación, es posible otorgar amnistías.¹³² Si bien se admite que el otorgamiento de amnistías no es ordinariamente consistente con el deber de perseguir penalmente, su concesión en casos excepcionales no debilita dicha obligación sino que se impone como una excepción a la regla.¹³³

Varios tratados de derecho internacional permiten que los Estados deroguen las obligaciones allí impuestas sin que eso contradiga la existencia de dicha obligación.¹³⁴ Por el contrario, al constituirse como una excepción, se confirma la existencia de la regla en períodos de normalidad.¹³⁵ Sin embargo, en el derecho internacional consuetudinario cuando un Estado actúa de manera contraria se entiende que no existe dicha obligación

¹³¹ CIDH, Observación general nro. 31, 2004, en: ONU, Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), p. 294, par. 16, recuperado de Jordi Bonet Perez y Rosa Ana Alija Fernandez, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, 2009, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm 53, España.

¹³² Miles M. Jackson. *The Customary International Law Duty To Prosecute Crimes Against Humanity: A New Framework*. 2017. Tulane Journal of International and Comparative Law, Thomson Reuters.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ver, entre otros: Pacto internacional de derechos civiles y políticos, la Convención Europea de Derechos Humanos, y Convención Interamericana de Derechos Humanos.

¹³⁵ Miles M. Jackson. *The Customary International Law Duty To Prosecute Crimes Against Humanity: A New Framework*. 2017. Tulane Journal of International and Comparative Law, Thomson Reuters.

por falta de práctica repetida. Lo que propone el autor es extrapolar estos conceptos y estos mecanismos al derecho consuetudinario. En esta línea, las amnistías otorgadas en un momento de emergencia pública no deberían ser vistas como una práctica de los Estados que contradice el deber consuetudinario de perseguir los crímenes contra las graves violaciones de derechos humanos sino que debería ser vista como una derogación excepcional de dicho deber. De esta manera, el hecho de que los Estados otorguen amnistías en períodos de crisis no deroga la existencia de su obligación de perseguir, sino que se configura como una categoría diferente que se impone como una excepción a la regla.¹³⁶

Sin embargo, el autor propone ciertos condicionamientos. Para que el otorgamiento de amnistías esté justificado debe haber un marco de emergencia pública que amenace seriamente con la vida, seguridad o independencia de la nación. Tiene que haber un peligro actual o inminente; que amenace a la continuidad de la vida organizada de la comunidad; y que se trate de una situación de crisis y peligro excepcional. En síntesis, el otorgamiento de amnistías tiene que ser un acto excepcional que atienda específicamente ese riesgo.¹³⁷

Por estas razones, ante situaciones en donde la persecución penal pudiera poner en riesgo a las mismas víctimas que pretenden protegerse, cuando amenaza con poner en riesgo la democracia cuyos esfuerzos merece la persecución penal, cuando el medio deviene ilusorio dadas las imposibilidades prácticas de que se logre su fin, podrá exceptuarse y recurrirse a medios alternativos de justicia.¹³⁸

Asimismo, resulta imperioso que las medidas impuestas sean estrictamente necesarias. En tal sentido, no puede bajo ningún concepto otorgarse una amnistía “en blanco” y genérica para los criminales. Por el contrario, la amnistía otorgada debe ir acompañada de medidas transicionales adecuadas que aseguren que el sufrimiento de las víctimas sea reconocido; que los perpetradores sean hechos responsables frente a las exigencias de verdad y reparación de las víctimas; y que los transgresores sea arrepentidos y busquen el perdón de sus víctimas.¹³⁹ Estos objetivos de justicia no requieren

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

necesariamente de la implementación de medidas punitivas, pues con un mecanismo como la comisión de la verdad es posible que los ciudadanos apelando a sus propias tradiciones culturales logren la justicia y la verdad.¹⁴⁰ Es decir que, en contextos excepcionales, el esclarecimiento de la verdad y el establecimiento de hechos históricos podrían alcanzarse con independencia de un proceso penal.

En esta línea, las amnistías deberán asumir una forma condicionada. Estas nuevas formas de amnistía, a las que podríamos llamar, siguiendo a Teitel, “amnistías transicionales”, son formas condicionadas, en las que la concesión de la amnistía queda sujeta al cumplimiento por parte de los agresores de ciertas condiciones.¹⁴¹ De hecho, como se ha mencionado en los capítulos anteriores, la CIDH ha dejado abierta la posibilidad de que se recurran a estos instrumentos condicionados en casos excepcionales.

Estas deberán asegurar la satisfacción de los objetivos de justicia, verdad, y reparación. Por ello, deberían incluir, en primer lugar, la condición del reconocimiento de su responsabilidad (como reparación simbólica).¹⁴² En segundo lugar, tendríamos la condición del esclarecimiento de la verdad, siendo obligatorio que los beneficiarios aporten materiales significativos y corroborables para la investigación.¹⁴³ Finalmente, la tercera condición sería la reparación del daño: sea mediante un perdón público, una reparación monetaria, o incluso la realización de trabajo voluntario.

Finalmente, el otorgamiento de amnistías debe ir necesariamente acompañado de la creación de una comisión de verdad, que constituye un mecanismo de investigación extrajudicial para hacer frente a las violaciones de derechos humanos del pasado, abrir un espacio social para las víctimas, investigar las violaciones y proporcionar una agenda de recomendaciones para los procesos de transición política.¹⁴⁴ Esta ha sido reconocida por la CIDH como “*un paso fundamental para avanzar en el esclarecimiento de los hechos*”

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Teitel, Ruti. *Transitional justice and judicial activism a right to accountability*. 2015, Cornell International Law Journal, Vol. 48(2), págs. 385-422.

¹⁴² Ibid. Ver también: Elizabeth Salmon G. *Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana*. 2006, International Review of the Red Cross, N°862.

¹⁴³ Teitel, Ruti. *Transitional justice and judicial activism a right to accountability*. 2015, Cornell International Law Journal, Vol. 48(2), págs. 385-422..

¹⁴⁴ CIDH. *Compendio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre verdad, memoria, justicia y reparación en contextos transicionales*. 2021, OEA/Ser.L/V/II.

*del pasado.*¹⁴⁵ Mediante su incorporación, se asegurará integralmente que los derechos de las víctimas y de la sociedad en su conjunto a saber la verdad no permanezcan desamparados y que los criminales carguen con el peso de la condena social.

En miras a lo expuesto, el caso Sudafricano podría ilustrar un uso excepcional y permisible de las amnistías condicionadas en el marco de un contexto de emergencia pública. De hecho, así fue considerado por la comunidad internacional que lo ponderó como un ejemplo de transición democrática pacífica y ejemplar.

VII. Una posible excepción: el caso sudafricano

El 27 de abril de 1994, con la primera elección democrática del país, nació una nueva era para Sudáfrica. Esta democracia representó un cambio radical en la historia sudafricana tras haber sucedido un periodo de brutal represión, injusticia, discriminación, arbitrariedad y racismo: el *apartheid*. El régimen del *apartheid* se caracterizó por el odio y la discriminación racial, la violencia, la crueldad, los abusos de poder, los asesinatos, las detenciones y las torturas generalizadas. En consecuencia, alrededor de 3 millones de sudafricanos fueron víctimas de una despiadada ingeniería social obsesionada con la ideología del *apartheid* que violó sistemática y repetidamente sus derechos humanos fundamentales.¹⁴⁶

Esta sistemática violación de los derechos humanos marcó la historia sudafricana por siempre. En este contexto, al caer el *apartheid*, comenzó a debatirse la forma en la que debía superarse el horror vivido para asegurar la vuelta a la democracia. Sin embargo, esta transición no fue gratis. En 1993, aún persistía un clima de abundante violencia política y un claro riesgo de emergencia pública. Ante este escenario, los militares amenazaron con reinstaurar el caos a menos de que se les asegurara una amnistía en la posdemocracia. Por tales motivos, se tuvieron que llevar a cabo negociaciones para asegurar una transición pacífica y duradera.¹⁴⁷

¹⁴⁵ CIDH. *Derecho a la Verdad en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.152. Doc. 2, 13 agosto 2014. Párr. 128. Citando: CIDH, Comunicado de Prensa 48/12, CIDH celebra formación de la Comisión de la Verdad en Brasil, 15 de mayo de 2012. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/048.asp>.

¹⁴⁶ Desmond Mpilo Tutu. *No future without forgiveness*. 1999, Doubleday.

¹⁴⁷ *Ibid.*

Algunos querían seguir el ideal de Nuremberg, enjuiciando a todos los perpetradores. Sin embargo, esto no era una opción viable. En la segunda guerra mundial, los aliados habían derrocado al régimen anterior y los acusados no ejercían poder alguno. En este caso, ninguno de los bandos había sido derrotado y ninguno resultó victorioso. Las fuerzas de seguridad del apartheid no hubieran permitido su enjuiciamiento. Al fin y al cabo, seguían teniendo el control de las fuerzas armadas y la capacidad para boicotear la transición hacia la democracia.¹⁴⁸

Asimismo, acudir a la persecución penal hubiera impuesto un peso demasiado alto a las instituciones judiciales que estaban en crisis. En un país sin dinero y con otras prioridades como la educación, la salud, y la vivienda, esto hubiera significado un costo muy alto. Además, para que estos juicios pudieran prosperar se requería de evidencia. Sin embargo, los únicos testigos eran los propios perpetradores, que habían usado considerables recursos para destruir la evidencia y matar a quienes pusieran en riesgo su libertad. El secreto y el autoritarismo habían hecho imposible llegar a la verdad: los registros se habían quemado, los testigos estaban muertos, desaparecidos, o temerosos por declarar. En tal sentido, si se hubiera optado por dejar incólume el derecho a la persecución penal, puesto que no existía la evidencia suficiente para que prosperara, las víctimas hubieran permanecido desamparadas ante la falta de verdad, perpetuando su dolor, resentimiento, incertidumbre y miedo. Por ello, se arguye que si los líderes sudafricanos hubieran acudido a una justicia retributiva y enjuiciado a todos los criminales, probablemente Sudáfrica se hubiera prendido fuego en el intento.¹⁴⁹

Por la vereda opuesta, estaban quienes abogaban por una amnistía incondicional y general. Sin embargo, Sudáfrica rechazó esta opción por considerar que provocaría la “amnesia nacional” y que, eventualmente, el pasado los perseguiría y se repetiría, a menos que lo enfrentaran debidamente. Aceptar esta alternativa hubiera implicado revictimizar a las víctimas y negar la identidad y la historia nacional. Sudafrica creía que la nación debía rehabilitarse y afirmar la dignidad de quienes habían sido silenciados y convertidos en seres anónimos y marginados.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Ibid.

Es decir que Sudáfrica rechazó los dos extremos y se optó por un camino intermedio. Los negociadores de la nueva Sudáfrica tuvieron que comprometer los ideales de justicia tradicionales para atender las necesidades subyacentes de su población. Sudáfrica tuvo que balancear las demandas de la justicia, la responsabilidad de los criminales, la estabilidad, la paz y la reconciliación nacional. A la luz de estas consideraciones, optó por un camino moderado que consistió en otorgar amnistías individuales a quienes aplicaran y cumplieran con una serie de requisitos estrictos: debían ofrecer una revelación absoluta de los crímenes que cometieron. Se tranzó la libertad a cambio de la verdad.¹⁵¹

Asimismo, se estableció una Comisión de la Verdad y la Reconciliación con el fin de validar los testimonios de las víctimas, legitimar su pesar, darles un lugar para expresarse y reconstruir la historia de la nación. Allí se descubrió que efectivamente había verdades contradictorias: por un lado se encontraba la verdad verificable, y por otro lado la verdad social, la verdad propia de la experiencia. Esta última era una verdad sanadora que una corte penal hubiera desestimado, puesto que muchas veces quienes testificaron no tenían educación, estaban traumatizados y no contaban con evidencia verificable. Sin embargo, las comisiones de la verdad le otorgaban validez plena a sus testimonios y así, los redignificaban.¹⁵²

Por estas razones, si bien con el diario del lunes, algunos ciudadanos o juristas contemporáneos se dan el lujo de recriminar la falta de persecución penal, estos no tienen en cuenta la fragilidad y vulnerabilidad de la naciente democracia. En este sentido, el pueblo sudafricano contemporáneo argumenta que sin amnistías no se hubieran ni siquiera podido llegar a obtener elecciones democráticas. Así, rechazan a quienes juzgan de manera simplista e impersonal su transición democrática, y sostienen que han olvidado que la misma vida de la nación estaba en juego.¹⁵³ De hecho, el ex presidente del Tribunal Supremo de Sudáfrica, Ismail Mahomed, sostuvo que fue un milagro haber instaurado un régimen democrático en ese entonces. Precisamente, al evaluar la validez y constitucionalidad de la ley de amnistía sudafricana, anunció:

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid.

“perseguir y castigar las violaciones a los derechos humanos en el marco de un proceso transicional presenta complejidad y problemas antagónicos (...) una nación dividida durante un régimen represivo no emerge mágicamente unida. Los violadores de los derechos humanos son ciudadanos que ostentan mucho poder y son peligrosos. Si las fuerzas armadas y la policía eran las agencias del terror, los soldados no se van a revelar de un día para el otro. Además, tienen armas mortales. Podrían estar esperando y conspirando para recuperar el poder. Por lo tanto, si son tratados de manera muy dura pueden contraatacar. De todas formas, las víctimas no pueden perdonar y olvidar así de fácil (...) Los términos de una transición requieren el acuerdo de las víctimas de abuso pero también de quienes son amenazados por la transición”.¹⁵⁴

Teniendo en cuenta el particular contexto post-dictadura, los sudafricanos prefirieron perdonar, no como un medio altruista, sino como el mejor camino para obtener la armonía social, el bien mayor último que permitiría gozar de los derechos humanos de la población. A tal luz, consideraron que cualquier cosa que amenace la paz social y la democracia debía ser evitada. Sin embargo, realizaron un adecuado balance de los derechos protegidos, al condicionar las amnistías con el fin de asegurar que se dictaminara la responsabilidad de los criminales, y al crear poderosas comisiones de justicia que garantizaran los derechos de las víctimas y de la sociedad a averiguar la verdad y reconocer su sufrimiento.¹⁵⁵

Por tales motivos, la comunidad internacional ha aclamado el modelo adoptado por la democracia sudafricana, incluida la adopción de amnistías junto con el establecimiento de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (en adelante “CVR”). Esta fue particularmente ponderada por considerarla como un cuerpo semi-judicial con estatus legal, capaz de satisfacer el ideal internacional de investigación y persecución.¹⁵⁶ En este sentido, tras analizar personalmente si cada aplicante había divulgado por completo y verazmente la totalidad de sus actividades delictivas, se decidía sobre la

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Martha Minow. *Do alternative justice mechanisms deserve recognition in international criminal law?: truth commissions, amnesties and complementarity at the international criminal court.* 2019, Harvard International Law Journal, Vol. 60, N.1

procedencia de las amnistías.¹⁵⁷ Esto permitió un “juicio” individualizado. De hecho, de las 7.112 solicitudes de amnistías, solo 849 fueron concedidas.¹⁵⁸ Esto demuestra el escrutinio pormenorizado que se llevó a cabo y los estrictos requisitos que se impusieron para la concesión del beneficio.

Asimismo, se recibieron alrededor de 22.000 declaraciones y se estima que se cubrieron alrededor de 37.000 violaciones. De hecho, se realizaron audiencias públicas que fueron emitidas para que el pueblo entero pudiera ser testigo de la verdad y para que las víctimas tuvieran la oportunidad de ser escuchadas y ser validadas.¹⁵⁹ De hecho, la CVR recibió testimonios de 21.000 víctimas.¹⁶⁰ A su vez, las audiencias públicas también garantizaron que los criminales fueran hechos responsables y se sometieran a la condena social.

Finalmente, la CVR constituyó un reporte final sobre los descubrimientos logrados y aportó recomendaciones para prevenir una futura violación a los derechos humanos.¹⁶¹ Por ello, se dice que el papel de la CVR no solo radicó en la construcción de los cimientos de la memoria oficial de la nueva Sudáfrica sino que contribuyó en garantizar cambios reales en la población sudafricana.¹⁶²

Ante tal éxito, se cree que esta institución ha inspirado a numerosas naciones a cumplir con su obligación de investigar.¹⁶³ Por estos motivos, Sudáfrica se ha convertido en un exitoso modelo de transición pacífica hacia una democracia duradera.

VIII. Conclusión

Los debates sobre la justicia transicional suelen encuadrarse desde un lado puramente teórico y moral, según el cual nunca debe negociarse con los terroristas y siempre deben protegerse los pilares de un Estado de Derecho; o bien, desde un lado

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Martha Minow. *Do alternative justice mechanisms deserve recognition in international criminal law?: truth commissions, amnesties and complementarity at the international criminal court*. 2019, Harvard International Law Journal, Vol. 60, N.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Reporte Especial de la Comisión de la Verdad del Archivo de Historia de Sudáfrica.

¹⁶² Martha Minow. *Do alternative justice mechanisms deserve recognition in international criminal law?: truth commissions, amnesties and complementarity at the international criminal court*. 2019, Harvard International Law Journal, Vol. 60, N.

¹⁶³ Ibid.

meramente práctico, según el cual debe siempre priorizarse la necesidad del momento subyacente por sobre lo preferible en términos morales. Así, nacen debates dicotómicos con respuestas en blanco o negro que no logran un consenso al respecto.

Resulta extremadamente delicado juzgar las experiencias de justicia transicional atravesadas por los distintos Estados, puesto que al momento de tomarse tales decisiones, entran en juego valores tan fundamentales como la verdad, la justicia, la paz y la democracia, todos los cuales se encuentran amenazados por el miedo a la insurrección y a la violencia. Si bien las cortes internacionales muchas veces han desestimado la legalidad o la conveniencia del otorgamiento de las amnistías, han analizado estas circunstancias en momentos de estabilidad social con una democracia ya consolidada. En estos contextos, resulta fácil apuntar con el dedo a quienes han negociado la paz y también resulta fácil ordenar su derogación, puesto que el peligro ya no es inminente sino que ha quedado atrás. Ante contextos de normalidad, toda la comunidad internacional coincide en que deben llevarse a cabo investigaciones y juicios penales contra los perpetradores. Sin embargo, concluir que en casos de brutales conflictos armados los Estados han fallado en cumplir con su obligación de proteger a las víctimas por haber negociado la vuelta a la democracia, podría conducir a una cultura de resultados, que no contempla, con la empatía que se requiere, las particulares circunstancias que atravesó el país en escrutinio y los esfuerzos alternativos por lograr su amparo.¹⁶⁴

Por estos motivos, no puede defenderse en abstracto una obligación sin excepciones de perseguir penalmente a todos los responsables. Más aún cuando esto no se logró en ningún país del mundo; ni siquiera en el juicio de Nuremberg que contó con el apoyo de toda la comunidad internacional. Si bien todos los países deben comprometerse a proteger a las víctimas con toda la fuerza de la ley y deben procurar, en la mayor medida de lo posible, hacer justicia, los mecanismos empleados deben considerar las circunstancias subyacentes. Sin embargo, tampoco puede defenderse con tal liviandad la posibilidad de otorgar amnistías a los responsables de violar los derechos humanos de la población, puesto que esto resulta moralmente repudiable al conducir posiblemente a un mayor clima de impunidad y de desamparo de las víctimas.

¹⁶⁴ Karen Engle. *Anti-Impunity And The Turn To Criminal Law In Human Rights*. 2015. Cornell Law Review, Vol. 100:1069, pags. 1069-1128.

En este sentido, deviene necesario que se analice en cada caso en particular las medidas tomadas por los Estados dadas las circunstancias del momento. Para ello deberán tenerse en cuenta diferentes factores fundamentales para la consecución de los ideales de justicia, democracia y paz duradera. En primer lugar, deberá asegurarse a las víctimas un espacio para contar su experiencia y para ser oídas. Deberá garantizarse la obtención de la verdad, del paradero de sus familiares, y deberá divulgarse lo investigado a los fines de que su realidad sea reconocida y de que se asegure la construcción de una verdad histórica. Asimismo, los criminales deberán ser condenados de alguna manera, debiendo reconocer su culpabilidad y responsabilidad en los hechos, y asegurando una reparación a las víctimas. Por último, deberán llevarse a cabo investigaciones rigurosas a fin de otorgar cierta credibilidad a la verdad recolectada. Todas estas medidas deberán ser aplicadas en la mayor extensión posible, y deberán siempre procurar la mayor protección a los derechos humanos realizables. A la luz de estos principios, podrán trazarse juzgamientos individualizados que contemplen las particulares amenazas y dificultades que ha enfrentado cada sociedad transicional.

Por último, resulta necesario que la comunidad internacional se involucre en las transiciones democráticas de sus países vecinos, no sólo emitiendo juicios de valor sobre los medios empleados sino proveyendo recursos y juntando sus esfuerzos por cumplir en su mayor extensión con el ideal de justicia.¹⁶⁵ Solo así un Estado podrá ser juzgado de manera coherente en el contexto post-democrático.

¹⁶⁵ Schneider, A. *The intersection of dispute systems design and transitional justice*. 2009, Harvard Negotiation Law Review, 14(1), pags. 289-316.

IX. Bibliografía

Alexandra Huneus, 2013, *International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the human rights courts*, *The American Journal Of International Law* Vol. 107:1.

Antkowiak, T. M., 2011, *An emerging mandate for international courts: Victim-centered remedies and restorative justice*. *Stanford Journal of International Law*, 47(2).

Armin von Bogdandy y René Urueña, 2020, *International transformative constitutionalism in latin America*, *The American Society of International Law*, Vol. 114:3, pp. 403-442.

Baluart, D. C, 2012, *Strategizing for compliance: The evolution of compliance phase of inter-american court litigation and the strategic imperative for victims' representatives*. *American University International Law Review*, 27(2), 263-320.

Binder, C., 2011, *The prohibition of amnesties by the inter-american court of human rights*. *German Law Journal*, 12(5), 1203-1230.

Cantón, Santiago A. 2007, "Leyes de amnistía". en *Víctimas sin mordaza. El impacto del Sistema Interamericano en la Justicia Transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina Guatemala, El Salvador y Perú*. Due Process of Law Foundation.

Cecilia Cristina Naddeo, 2012, *Praising the region: what might a complementary criminal justice system learn from the inter-american court of human rights?*, New York University.

CIDH, 2021, *Compendio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre verdad, memoria, justicia y reparación en contextos transicionales*, OEA/Ser.L/V/II.

Comisión Internacional de Juristas, 2014, *Derecho internacional y Lucha contra la impunidad*, Ginebra.

Elizabeth Salmon G., 2006, *Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana*, *International Review of the Red Cross*, N°862

Frederic Megret y Jean-Paul S. Calderon, “A case of human rights law devouring itself?” en *The move towards a victim-centered concept of criminal law and the “criminalization” of inter-american human rights law*. Intersentia.

Gerald L. Neuman, 2008, *Import, export, and regional consent in the inter-american court of human rights*, *The European Journal of International Law*, Vol. 19. No. 1.

Hillebrecht, C., Huneeus, A., & Borda, S. 2018, *The judicialization of peace*. *Harvard International Law Journal*, 59(2).

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011, *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH, San José de Costa Rica.

James L. Cavallaro y Jamie O’Connell, 2020, *When prosecution is not enough: how the international criminal court can prevent atrocity and advance accountability by emulating regional human rights institutions*, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 45:1.

Javier Dorado Porras, 2013, *Justicia transicional, persecución penal y amnistias*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolome de las Casas”, Derecho y Libertades, Num. 28.

Jean Piero Yani Oñate, 2017, *Amnistía y proporcionalidad desde el punto de vista del Estatuto de Roma en el marco jurídico para la paz en Colombia*, Universidad Santo Tomas, ISSN: 1900-0448, IUSTA, N.º 47.

Jordi Bonet Perez y Rosa Ana Alija Fernandez, 2009, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm 53, España.

Jorge Contese, 2019, *Resisting the Inter-American Human Rights System*. *The Yale Journal of International Law*, Vol 44:2.

Karen Engle, 2015, *Anti-Impunity And The Turn To Criminal Law In Human Rights*. *Cornell Law Review*, Vol. 100:1069.

LaPlante, L. J., 2009, *Outlawing amnesty: The return of criminal justice in transitional justice schemes*. Virginia Journal of International Law, 49(4), 915-984.

Leiry Cornejo Chavez, 2017, *New remedial responses in the practice of regional human rights courts: Purposes beyond compensation*, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 15 No. 2, 372–392.

Leyh, B., 2016, *Nuremberg's legacy within transitional justice: Prosecutions are here to stay*. Washington University Global Studies Law Review, 15(4), 559-574.

Lousie Mallinder, 2016, *The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America's amnesty laws*. International and Comparative Law Quarterly, Vol. 65, 645-680.

M. Vitolo Alfredo, 2009, *La posibilidad de perdonar a los responsables de cometer crímenes de lesa humanidad*. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas: Instituto de Política Constitucional, Buenos Aires..

Malarino, E., 2012, *Judicial activism, punitivism and supranationalisation: Illiberal and antidemocratic tendencies of the inter-american court of human rights*. International Criminal Law Review, 12(4), 665-696.

Martha Minow, 2019, *Do alternative justice mechanisms deserve recognition in international criminal law?: truth commissions, amnesties and complementarity at the international criminal court*. Harvard International Law Journal, Vol. 60, N.1

Miles M. Jackson, 2017, *The Customary International Law Duty To Prosecute Crimes Against Humanity: A New Framework*. Tulane Journal of International and Comparative Law, Thomson Reuters..

Naomi Roht-Arriaza, 1995, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press.

Ozdan, S., 2018, *Immunity vs. impunity in international law: human rights approach*. Baku State University Law Review, 4(1), 36-52.

Patricio Nazareno, 2020, *Impunity reconsidered international law, domestic politics and the pursuit of justice*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 33.

Robert. E. Norris, 1992, *Leyes de impunidad y los derechos humanos en las américas: una respuesta legal*, Revista IDH, Vol. 15.

Schneider, A., 2009, *The intersection of dispute systems design and transitional justice*. Harvard Negotiation Law Review, 14(1), 289-316.

Simon M. Meisenberg, 2004, *Legality of amnesties in international humanitarian law: The lome amnesty decision of the special court for Sierra Leone*, International Review of the Red Cross, 86, 837-851.

Ssenyonjo, M., & Nakitto, S., 2016, *The african court of justice and human and peoples' rights international criminal law section: Promoting impunity for African union heads of state and senior state officials*. International Criminal Law Review, 16(1), 71-102.

Teitel, Ruti, 2015, *Transitional justice and judicial activism a right to accountability*. Cornell International Law Journal, Vol. 48(2), 385-422.

Tittmore, B. D., 2006, *Ending impunity in the americas: The role of the inter-american human rights system in advancing accountability for serious crimes under international law*. Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas, 12(2), 429-476.

Tutu D, 1999, *No future without forgiveness* (1st ed.). Doubleday.

Van Zyl, Paul, 2005, "Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies" en *Security Governance in Post-Conflict Peacebuilding*. Alan Bryden y Heiner Hänggi (eds.), DCAF, Ginebra.

Wilder Tayler, 1997, *La problemática de la impunidad y su tratamiento en las naciones unidas –notas para la reflexión-*. Revista IIDH, Vol. 24, Nueva York, 185-213.