

JUSTICIA TRANSICIONAL, PERSECUCIÓN PENAL Y AMNISTÍAS*

TRANSITIONAL JUSTICE, CRIMINAL PROSECUTION AND AMNESTIES

JAVIER DORADO PORRAS

Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 20-9-12

Fecha de aceptación: 11-10-12

Resumen: *Este artículo aborda la tensión entre la persecución penal de las graves violaciones de los derechos humanos y las amnistías en el ámbito de la justicia transicional. En los últimos años ha habido una importante actividad de la comunidad internacional en la lucha contra la impunidad y la defensa de los derechos de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos que parecen haber cambiado la percepción sobre las amnistías y favorecer en todo caso la persecución penal. Por supuesto, los argumentos para justificar dicha persecución penal son convincentes, pero la intención de este artículo es explorar algunos argumentos que, no obstante, aportarían buenas razones para justificar cierto tipo de amnistías que podrían considerarse conformes con la legalidad internacional bajo el cumplimiento de ciertas condiciones y limitaciones.*

Abstract: *This article deals with the tension between criminal prosecution of grave breaches of human rights and amnesties in the field of transitional justice. In recent years, there have been a very important activity in the international community on the fight against impunity and the defense of victims' rights that seems to have changed the perception on amnesties favoring criminal prosecution in every case. Of course, arguments to justify such criminal prosecution are convincing, but the intention of the author in this article is to explore some arguments that would provide good reasons to justify certain types of amnesties possibly considered in accordance to international law under the fulfillment of certain conditions and limitations.*

* Este artículo es fruto de una estancia de investigación en el *schoal of law* de la *New York University* financiada por la I Convocatoria de Becas de la Fundación Cajamadrid de movilidad para profesores de las Universidades públicas de Madrid y que se inserta dentro del Proyecto de Investigación "Justicia Transicional" concedido en 2009 por la Comunidad de Madrid (Proyecto CCA10-VC3M / HUM-5640)

Palabras clave: justicia transicional, persecución penal, amnistías, Derecho internacional, derechos humanos

Keywords: transitional justice, criminal prosecution, amnesties, international Law, human rights

1. INTRODUCCIÓN

La tan nombrada tensión dentro la justicia transicional entre justicia –como castigo penal de las graves violaciones de derechos humanos– y paz –como perdón–, cobra toda su fuerza en la literatura en este campo a través del conflicto entre justicia penal y amnistías, que se ha decantado en los últimos años a favor de la primera, tomando las segundas una consideración muy negativa dentro del ámbito de la lucha contra la impunidad. Sin embargo, dicho conflicto no ha sido tal desde siempre y, de hecho, puede decirse que el cambio de opinión, dentro de la comunidad internacional, es relativamente novedoso.

Así, en 1983, la entonces denominada “subcomisión de Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las minorías” encargó al jurista Louis Joinet un estudio en el que se analizara la importancia que el papel de las leyes de amnistía podría tener en “la salvaguarda y la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales”¹, y que fue finalmente publicado en 1985².

Sin embargo, en 1991, la subcomisión vuelve a pedirle a Joinet otro estudio en el que se analice como las amnistías, en lugar de contribuir a la promoción de los derechos humanos, pueden ser un obstáculo para la lucha contra la impunidad. Este nuevo estudio de Joinet, publicado en 1997³, supone un cambio drástico y rápido en la posición de Naciones Unidas sobre el papel de las amnistías en relación con la lucha contra la impunidad que se verá posteriormente reforzado, entre otras cosas, con el informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre “El Estado de Derecho y la Justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”⁴ y la publicación por parte del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos –dentro de los diferentes “Instrumentos del Estado de Derechos

¹ Resolución 1983/34, UN Doc E/CN.4/Sub.2/RES/1983/34.

² L. JOINET, “Estudio sobre las Leyes de Amnistía y su Papel en la Salvaguarda y Promoción de los Derechos Humanos”, UN Doc E/CN.4/sub.2/1985/16/Rev.1.

³ L. JOINET, “Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)”, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.

⁴ UN Doc. S/2004/616.

para Sociedades que han salido de un conflicto” – de un monográfico sobre las amnistías y su papel en la creación de espacios de impunidad⁵.

No obstante, esta consideración generalmente negativa de las amnistías mantenida en los últimos años por Naciones Unidas, choca con la propia realidad de los procesos transicionales, donde los estados han seguido utilizando las mismas tanto –o más– como en el pasado⁶. No solamente eso, sino que, además, aunque la lucha contra la impunidad ha destacado por el establecimiento de reglas para acabar con dicho fenómeno, “todavía quedan profundas ambigüedades en la aplicación de estas nuevas reglas. Las amnistías (...) están prohibidas para los que cometen crímenes de Derecho Internacional. Pero, ¿desde qué nivel de responsabilidad quedan exentos de la amnistía? ¿Qué crímenes están sujetos a perdón y cuáles deberían ser excluidos bajo cualquier circunstancia?”⁷

Estas y otras preguntas, además de su incursión en un contexto más amplio que tiene en cuenta argumentos legales pero también de otra índole –especialmente políticos– como es el caso de la Justicia Transicional, hacen que la cuestión no pueda zanjarse de forma sencilla alegando simplemente, y sin más matización, que las amnistías para graves violaciones de derechos humanos están proscritas por la Comunidad Internacional.

Adelanto aquí, por cierto, que aunque me parece que los argumentos para defender la persecución penal aportan, en la mayoría de los casos, buenas razones a tener en cuenta, también existen –o al menos pueden existir– razones de peso para no negar *prima facie* la utilización de las amnistías, aunque las mismas deban ser sometidas, en ese caso, a un escrutinio absolutamente estricto.

2. ALGUNOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PERSECUCIÓN PENAL

En cuanto a los argumentos a favor de la persecución penal, me gustaría detenerme, sin ánimo de exhaustividad, en un argumento *político* y en

⁵ “Instrumentos del Estado de Derechos para Sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías” (Documento WWW) URL http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf

⁶ De hecho, como afirma M. FREEMAN, “la gran mayoría de los cientos de amnistías adoptadas para crímenes contra los derechos humanos en los últimos cincuenta años siguen en vigor”, *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 29. En el mismo sentido puede consultarse el trabajo de L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, Hart Publishing, Oxford & Portland (Oregon), 2008, que estudia más de 464 procesos de amnistía a lo largo y ancho del planeta.

⁷ P. HAZAN, *Judging War, Judging Peace. Behind Truth and Reconciliation*, Stanford University Press, Stanford-California, 2010, p. 155.

una serie de argumentos *legales*. Soy, por supuesto, consciente de que esta tipología responde a razones expositivas y que, aun así, las conexiones entre dichos argumentos son, en muchos casos, amplias, dificultando su comprensión como compartimentos estancos.

Por lo que respecta al argumento *político*, se centra en la idea de que una verdadera reconciliación no puede conseguirse con el olvido de la impunidad y exige la persecución penal de las graves violaciones de derechos humanos.

En cuanto a los argumentos *legales*, existe un primer argumento que tiene que ver con la propia defensa del Estado de Derecho y que está, por tanto, directamente conectado con el *argumento político*. En este sentido, la persecución penal pondría al Estado en el buen camino de la democracia, al no hacer excepciones a la aplicación del Derecho y lo vincula con el Estado de Derecho y el restablecimiento de la confianza de los ciudadanos en el Imperio de la ley⁸. Un segundo argumento, conectado con el anterior, es que la aplicación del imperio de la ley en el ámbito penal supondría el cumplimiento de ciertos fines que son valiosos en sí mismos, y que pueden ser definidos de forma genérica como los fines de la pena: básicamente, los fines de retribución, prevención –general y especial– y reinserción. Un tercer argumento a favor de la aplicación de la justicia penal sería que sólo a través de ella puede satisfacerse plenamente el derecho a la justicia de las víctimas. Éste –y también los derechos a la verdad, la reparación o las garantías de no repetición de las violaciones– se pueden ver obstaculizados por leyes de amnistía, caracterizadas típicamente como una forma de proporcionar impunidad, por lo que suelen ser rechazadas en la comunidad internacional⁹. Así, finalmente, la persecución penal estaría justificada en el cumplimiento de la legalidad internacional y las normas desarrolladas dentro de este marco en la lucha contra la impunidad y los derechos de las víctimas, a las que se ha hecho referencia con anterioridad. Cuando las amnistías niegan los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la re-

⁸ Vid. M. OSIEL, *Mass Atrocity: Collective Memory and the Law*, Transaction, New Brunswick, 1997.

⁹ *Vid.*, en este sentido, M. C. BASSIOUNI, “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”, *Law and Contemporary Problems*, núm. 59, 1996, pp. 63 y ss.; J. BORNEMAN, *Settling Accounts: Violence, Justice and Accountability in Postsocialist Europe*, Princeton University Press, Princeton, 1997; D. F. ORENTLICHER, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *Yale Law Journal*, núm. 100, 1991, pp. 2537 y ss.; N. ROTH-ARRIZA (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

paración, agravan su sufrimiento, haciéndoles sentir excluidas de la ciudadanía, victimizadas¹⁰, ajenas a la tutela judicial efectiva, y en muchos casos, sin saber que les pasó a sus seres queridos y con dificultades para acceder a los servicios médicos y psicológicos que necesitan¹¹. El propio Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha defendido también este argumento. Así, el Comentario General Número 20 estableció, con referencia a los actos de tortura y otros tratos inhumanos o degradantes que “las amnistías son, generalmente, incompatibles con el deber de los estados de investigar tales actos; el de garantizar la misma en su jurisdicción; y el de asegurar que no vuelvan a ocurrir en el futuro. Los estados no pueden privar a los individuos de su derecho a un recurso efectivo, incluyendo la indemnización y una rehabilitación tan amplia como sea posible”¹². Aunque el hecho de que se diga “generalmente” podría ser tomado como una posibilidad de amnistías en algunos casos, el Comentario General Número 31 afirmó, de nuevo en relación a estos delitos, que “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”¹³. Así, esta opinión parece extenderse también a las amnistías relativas a crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, que violarían el derecho a la justicia de las víctimas y serían contrarias al Derecho Internacional al “crear una atmósfera de impunidad”¹⁴,

¹⁰ 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.

¹¹ Piénsese que, en muchos casos, las medidas de reparación sólo llegan –normalmente allí donde no hay planes nacionales de reparación– por vía judicial, por lo que si esta vía se cierra con una amnistía las víctimas no tendrán acceso a ellas.

¹² UNHRC, “General Comment 20: Replaces general Comment 7 concerning prohibition of Torture and cruel treatment or punishment”, 10 de marzo de 1992, UN Doc CCPR General Comment 20 [15] (Documento WWW) URL <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument>

¹³ UNHRC, “Observación general 31: Natureleza 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 [18]

¹⁴ Vid. UN Doc CCPR/C/79/Add. 46, adoptado en reunión nº 1411, Sesión 53, Abril de 1995, Item 10. Vid., en un sentido similar, la opinión de la Comisión de Derechos Humanos

algo que suele ser recordado por las ONG de Derechos Humanos casi de forma constante¹⁵.

3. UNA MATIZACIÓN A LOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PERSECUCIÓN PENAL: UN ARGUMENTO NEGATIVO PARA LA POSIBLE DEFENSA DE LAS AMNISTÍAS

Hasta aquí he expuesto importantes y buenos motivos para la aplicación de esquemas de justicia penal en la Justicia transicional. Ciertamente, el castigo penal de los que han cometido graves violaciones de los derechos humanos me parece, de forma general, un elemento esencial de los procesos vinculados con la justicia transicional. En todo caso, dicha persecución penal debería cumplir, siguiendo a Juan Méndez, determinadas condiciones de “legitimidad”¹⁶. Esto significa, en primer lugar, que se debe garantizar el debido proceso y el derecho a un juicio justo a todas las personas que sean juzgadas, sin excepción, incluyendo la presunción de inocencia, el derecho a un letrado de su elección, el derecho a la igualdad de armas, el derecho a un juez imparcial, independiente y preestablecido por la ley, etc¹⁷. Por otro lado, dicho juicios deben suponer algún tipo de revelación de la verdad y que ésta sea conocida, tanto por las familias como por la sociedad. Un tribunal que proceda sobre la base de la supresión de algunos hechos, bien porque el proceso sea secreto o porque las condenas sean el resultado de la ne-

de Naciones Unidas en las resoluciones 2002/79 (de 25 de Abril) y 2005/81 (de 21 de abril) sobre “Impunidad”.

¹⁵ Organizaciones como Amnistía Internacional, Human Rights Watch, el ICTJ, la Comisión Internacional de Juristas, y la Federación Internacional de Derechos Humanos, han manifestado en muchas ocasiones que las amnistías, los perdones y las medidas similares, que conducen a la impunidad de crímenes contra la humanidad y otros abusos importantes de los derechos humanos, como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas, vulneran los principios fundamentales del Derecho Internacional. Vid., por ejemplo, en este sentido, HUMAN RIGHTS WATCH, “Algeria: Amnesty Law Risks Legalizing Impunity for Crimes Against Humanity” (14 de abril de 2005) [Documento WWW]. URL <http://www.hrw.org/es/news/2005/04/13/algeria-amnesty-law-risks-legalizing-impunity-crimes-against-humanity>

¹⁶ Vid. J. E. MENDEZ, “Latin American Experiences of Accountability”, en I. AMADIUME, I. & A. AN-NA’IM, *The Politics of Memory: Truth, Healing and Social Justice*, Zed Books, London-New York, 2000, pp. 137-138.

¹⁷ Así, uno de los ejemplos más claros de la vulneración de esta condición de legitimidad lo constituyó el juicio secreto al dictador Rumano Nicolás Ceaucescu y su mujer, que condujo a su ejecución en 1989, y que fue condenado por organizaciones de Derechos Humanos tan relevantes como Amnistía Internacional.

gociación entre las partes conforme al principio de oportunidad, no satisfará esta condición, al menos en cuanto a los crímenes contra la humanidad¹⁸. Una condición final de legitimidad es que la política sobre juicios y clemencia sea transparente y se produzca a través de un debate democrático, con amplia participación de todos los concernidos, y no en círculos cerrados. Por supuesto, todo esto, debe operar “bajo un objetivo básico que es la reconciliación nacional. Si bajo estas circunstancias está claro que los juicios van a perjudicar este fin, no se debería proceder a ponerlos en marcha, pero no se debe ver a los juicios, prima facie, como un obstáculo para la reconciliación”¹⁹. Esta última condición de los juicios penales para perseguir las violaciones graves de Derechos Humanos, establecida por Méndez y que comparto plenamente, nos pone en el camino de un argumento negativo a favor de las amnistías, en la medida en que está configurado como una razón para amnistiar basada en ciertos problemas del restablecimiento del Imperio de la Ley y del Estado de Derecho, y más concretamente, de la aplicación de la justicia penal.

Hay muchos contextos transicionales en los que la aplicación de la justicia penal parece imposible o al menos muy complicada, por la existencia de alguno/s de estos factores o problemas: 1) la inexistencia misma de poder judicial –especialmente en los contextos de post-conflicto–; 2) la afección del poder judicial al régimen anterior –especialmente en los contextos de post-dictadura–; 3) La dificultad institucional y económica para hacer llevar la justicia penal hasta sus últimas consecuencias en contextos de violaciones masivas de derechos humanos²⁰; 4) la posibilidad de que dichos juicios pon-

¹⁸ Vid. J. E. MENDEZ, “Accountability for past abuses”, *Working Paper 223*, Kellogg Institute, University of Notre Dame [Documento WWW] URL <http://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/233.pdf>. Este artículo ha sido impreso con el mismo título en *Human Rights Quarterly*, vol. 19, núm. 2, 1997; ZALAQUETT “Balancing ethical imperatives and political constraints; the dilemma of new democracies confronting past human rights violations”, en N. KRITZ (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, U.S. Institute of Peace, Washington D. C., 1995, vol. 1: General Considerations, pp. 203-216.

¹⁹ J. E. MENDEZ, “Latin American Experiences of Accountability”, cit., p.138. Vid. También, J. E. MENDEZ, “In defense of Transitional Justice”, en J. McADAMS, (ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1997, pp. 1-26; y J. ZALAQUETT, “Confronting Human Rights Violations Committed by Former government: Principles Applicable and Political Constraints”, en N. KRITZ, (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, cit., vol. 1: General Considerations, pp. 3-31 y “Balancing ethical imperatives and political constraints; the dilemma of new democracies confronting past human rights violations”, cit.

²⁰ Así, solo por poner un ejemplo, se ha resaltado precisamente dentro de esta cuestión que si se hubiera tenido que juzgar a todos los responsables del genocidio en Ruanda

gan en peligro la paz y la estabilidad social y la continuación o consolidación del régimen democrático.

Los problemas 1) y 2), que afectan especialmente a la justicia penal doméstica, pueden encontrar solución a través de los programas de restablecimiento del Imperio de la ley, con los que tales situaciones fácticas desaparecerían y dejarían abierto el camino a la persecución penal²¹. En todo caso, aunque no se solucionasen, como ocurre con el problema 3) –que afecta también en gran medida a la Justicia Penal Internacional– dichos problemas son una limitación fáctica que no es una razón para justificar las amnistías. Una cosa es que el derecho a la justicia se tope con problemas fácticos que dificulten o hacen imposible su ejercicio y otra muy diferente es que dichos problemas fácticos acaben convirtiéndose en las razones para la impunidad –a través de la amnistía– de los que han cometido graves violaciones de derechos humanos.

Sin embargo, el problema 4) –que también afecta claramente a la justicia penal internacional– me parece que es diferente²², en la medida en que aquí sí hay una razón – y no solamente un impedimento fáctico– para limitar el derecho a la justicia de las víctimas: la consecución de valores como la paz y el orden democrático. Además, la consecución de dichos valores, puede cons-

el número habría llegado a unos 300.000 acusados. Vid., E. HUGHES, W. A. SCHABAS, y R. THAKUR (eds.), *Atrocities and International Accountability. Beyond Transitional Justice*, United Nations University Press, Tokyo-New York-París, 2007, p. 2.

²¹ Vid., sobre los programas de restablecimiento del imperio de la ley, J. DORADO PORRAS, “La asistencia de la Comunidad Internacional a las sociedades transicionales para el (re)establecimiento del Estado de Derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2012.

²² S. GARKAWE, “The South African Truth and Reconciliation Commission: A Suitable model to Enhance the Role and Rights of the victims of Gross Violations of Human Rights”, *Melbourne University Law Review*, núm. 27, 2003, pp. 334 y ss., en concreto p. 342, afirma que el deber de perseguir no es absoluto y que no se aplica necesariamente en dos situaciones particulares que se corresponden con los cuatro problemas a los que acabo de hacer referencia. Cuando el estado es objetivamente incapaz de perseguir a los responsables de las violaciones de derechos humanos debido a la corrupción del sistema judicial u otras disfunciones del sistema de justicia penal [a las que aquí se ha hecho referencia en los problemas 1), 2), y 3)] y cuando la estabilidad del Estado se ve amenazada por la realización de los juicios [lo que aquí se ha tipificado como problema 4)]. Sin embargo, mientras que este autor, defiende la posibilidad de amnistías en todos estos casos, la posición que se mantiene aquí las limita al caso de peligro claro para la estabilidad del Estado, en la medida en que es reconducible a una razón, y no solamente a un hecho. Para otras posiciones sobre la limitación del deber de perseguir, vid, ente otros, D. ORENTLICHER, “Settling Accounts: the Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, cit., y C. VILLA-VICENCIO, “Why Perpetrators Should Not Always be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet”, *Emory Law Journal*, núm. 49, 2000, pp. 205 y ss.

truirse como un elemento imprescindible del derecho de las propias víctimas –y el del resto de la sociedad– a las garantías de no-repetición de las violaciones²³, cuyo correlativo es el deber del Estado de prevenirlas, que se encuentra recogido en gran cantidad de normas del Derecho Internacional²⁴, y cuya importancia ha sido afirmada por el propio Secretario General de Naciones Unidas²⁵, nombrando incluso un consejero especial sobre este asunto en el año 2007²⁶.

²³ Puede afirmarse incluso que la consecución del valor de la paz satisface las necesidades de las víctimas, que no van a demandar justicia –entendida como persecución penal– en un contexto en que dicha reivindicación puede suponer un peligro para su propia seguridad, con el retorno de la violencia. Vid., en este sentido, P. VINCK, y P. PHAM, “Ownership and Participation in Transitional Justice Mechanisms: A Sustainable Human Development Perspective From Eastern DRC”, *International Journal of Transitional Justice*, núm. 2, pp. 398 y ss., en concreto, pp. 402 y ss. Este estudio, realizado entre las víctimas en Uganda, refleja las prioridades de éstas –en porcentaje de las encuestadas– de la siguiente forma, en un contexto en el que la paz y la seguridad todavía no han quedado aseguradas: Paz (50.5%), seguridad (34.1%), ayuda económica (26.8%), educación (26.4%), arrestar y castigar a los responsables (1.3-1.6%), reflejando perfectamente, como resaltan los autores, la jerarquía de las necesidades de Abraham Maslow. Por supuesto, las necesidades de las víctimas cambiarán con el tiempo, pero lo importante quizás sea resaltar que el concepto de necesidades es más amplio que el de los derechos, que sólo puede circunscribirse a un contexto en el que estén satisfechos unos elementos mínimos de seguridad, paz y orden. Vid. en este sentido, H. SHUE, *Basic Rights*, Princeton University Press, Princeton, 1996. En este trabajo, se distingue dos clases de derechos básicos –seguridad y subsistencia– y los derechos humanos. Según el autor los últimos no tienen una aplicación significativa en la esfera de la democratización hasta que los otros dos derechos básicos no se han satisfecho mínimamente. Los derechos humanos carecen de significado si no hay expectativas razonables de que se puedan hacer valer, y eso exige una seguridad básica. En un sentido similar, F. M. DENG,, afirma que “la seguridad básica está en el puesto más alto. Es una cuestión de vida y muerte. La gente necesita estar suficientemente segura para desempeñar las tareas cotidianas. En situaciones de Conflicto (...) es difícil, si no imposible, tener un discurso con sentido sobre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo. Pero más que priorizarlos, diría que son todos interactivos, interrelacionados e inseparables. En la medida de lo posible, deberían verse como elementos de un todo integrado”, “Conclusion: the Cause of Justice Behind Civil Wars”, en I. AMADIUME, y A. AN-NA’IM (eds), *The Politics of Memory. Truth, Healing and Social Justice*, cit., pp. 184-200, en concreto, p. 187.

²⁴ Vid., sin ánimo de exhaustividad, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2, 6-9; La Convención Europea de Derechos Humanos, arts. 2-5; La Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 1, 4-7; La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 4-6; La Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas, art. 1; La Convención Americana para prevenir y castigar la tortura, arts. 1 y 6, etc.

²⁵ Vid. el comunicado de prensa de B. KI-MOON, “Discurso del Secretario General en el día de Naciones Unidas”, 3 de octubre de 2007, UN Doc SG/SM/11203.

²⁶ Vid. “Carta de 31 de Agosto de 2007 del Secretario General al Presidente del Consejo de Seguridad”, 7 de diciembre de 2007, UN Doc S/2007/721.

Así, nos situaríamos en un contexto en el que sería necesaria una ponderación entre el derecho a la justicia penal de las víctimas y la paz y el mantenimiento del orden democrático²⁷, como derecho a la garantía de no-repetición de las violaciones de las propias víctimas y del conjunto de la sociedad. No obstante, dicha ponderación sólo debe ceder a favor de este último, cuando haya pruebas certeras de que la sustracción de la justicia penal es el mal menor y que los juicios suponen un peligro *real* para estos valores, lo que exige un escrutinio realmente serio y estricto para que dicha limitación a la justicia penal se utilice como un mecanismo de defensa de las propias víctimas y de la sociedad en general, y no como una excusa para la impunidad de los que han cometido graves violaciones de los derechos humanos²⁸.

4. ALGUNOS ARGUMENTOS POSITIVOS PARA LA POSIBLE DEFENSA DE LAS AMNISTÍAS: LAS AMNISTÍAS CONDICIONADAS

Es en este contexto –un contexto en el que la persecución penal puede suponer *realmente* un peligro para valores como la paz y el orden democrático– y con las cautelas antes referidas, en el que encontramos también argumentos positivos, es decir, argumentos en defensa de las amnistías basándose en que éstas, en sí, pueden cumplir una función positiva dentro del proceso transicional²⁹. Así, como ha resaltado Mallinder, en los últimos

²⁷ Vid., en un sentido miliar, M. FREEMAN, *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, cit., pp. 23 y ss., y pp. 56 y ss.

²⁸ Creo que la lucha contra la impunidad no debe ser, en este sentido, entendida como la necesidad, en todo caso, de castigo penal, y que el derecho a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos puede alcanzarse, en situaciones de peligro real para la paz y el orden democrático, por medio de mecanismos alternativos como el esclarecimiento de la verdad y la reparación. La justicia transicional incorpora en su seno una dimensión de justicia restaurativa que desplaza la importancia plena y absoluta de la justicia penal y que ofrece nuevos medios de satisfacción de los intereses de las víctimas y la sociedad en general.

²⁹ Vid., D. ROBINSON, "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth commissions and The International Criminal Court", *European Journal of International Law*, núm. 14, 2003, pp. 481 y ss, en concreto, pp. 497-498, donde el autor recoge una serie de criterios para evaluar si la discreción del fiscal de no perseguir se corresponde con los "intereses de la justicia" y en el que se establecen muchos de los condicionamientos a las amnistías de los que se ha hablado, o va a hablar en este trabajo: (1) Si la medida ha sido adoptada por una voluntad democrática; (2) Si el abandono del standard de la persecución penal se basa en la necesidad provocada por realidades sociales, económicas o políticas irresistibles; (3) Si hay una completa y efectiva investigación de los hechos; (4) Si se nombra a los perpetradores de las graves violaciones en dichos mecanismos de investigación; (5) Si la comisión relevante o el organismo

años, nuevas formas de amnistía, unidas a mecanismos de justicia transicional, revelan que éstas pueden ofrecer medios alternativos de cumplir con las obligaciones de los estados bajo el Derecho Internacional³⁰. Estas nuevas formas de amnistía, a las que podríamos llamar, siguiendo a Teitel, “amnistías transicionales”³¹, son formas condicionadas, en las que la concesión de la amnistía queda sujeta al cumplimiento por parte de los agresores de ciertas condiciones –condiciones de legitimidad podríamos decir, parafraseando de nuevo a Méndez– tanto tácticas como reparativas.

Las condiciones tácticas pueden ser, por ejemplo, la desmovilización o la entrega de armas, tendentes claramente a favorecer, precisamente, la consecución de esos valores de paz y orden democrático y, de esta forma, el derecho a la garantía de no-repetición de las violaciones de las víctimas y el conjunto de la sociedad.

En cuanto a las condiciones “reparativas”, la amnistía sería un proceso que complementaría los mecanismos de la justicia transicional como las comisiones de la verdad, las formas de justicia comunitaria o los programas de reparación³², y que ayudaría, por tanto, a la satisfacción de los objetivos de justicia, verdad, reparación.

Así, las amnistías deberían incluir, en primer lugar, la condición del arrepentimiento³³, entendido éste como el reconocimiento de su acción, el arrepentimiento por sus efectos y el deseo de cambiarlos³⁴. Esta primera condición se convertiría, respecto a las víctimas de las violaciones, en un elemento

que investiga es independiente y está adecuadamente financiado; (6) Si hay alguna forma de castigo alternativo –no penal– de los agresores; (7) Si se proporciona a las víctimas alguna forma de reparación o indemnización; (8) Si se proporciona algún sentido de justicia o de cierre de esta etapa a las víctimas; (9) Si se fija alguna obligación de cumplir con otras obligaciones derivadas de los derechos humanos.

³⁰ Vid. L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, cit., capítulo 4, pp. 153-199.

³¹ R. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 58 y ss.

³² Este carácter de las amnistías como elemento de reforzamiento de los mecanismos de justicia transicional ha sido resaltado también por la Corte Constitucional Colombiana, afirmando que la limitación del derecho a la justicia de las víctimas puede contribuir a alcanzar la paz y a los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y las garantías de no-repetición. Vid. *Gustavo Gallón y otros* (juicio de 18 de mayo de 2006), Sentencia C-370/2006, Expediente D-6032 (Corte Constitucional Colombiana), parágrafos 5.1-5.16.

³³ Sobre el arrepentimiento, vid., de forma general, A. ETZIONI y D. CARNEY (eds.), *Repentance: A Comparative Perspective*, Rowman and Littlefield Publishers Inc., Oxford, 1997, y J. NORTH, “Wrongdoing and Forgiveness”, *Philosophy*, núm. 62, 1987, pp. 499 y ss.

³⁴ J. NORTH, “Wrongdoing and Forgiveness”, cit., p. 499.

de satisfacción de su derecho a la reparación –como reparación simbólica–. Además, facilitaría la consecución del objetivo de una verdadera reconciliación –más allá de la coexistencia no violenta³⁵– basada en el reconocimiento de las víctimas y, de esta forma, se vincularía directamente con los valores de paz y mantenimiento del orden democrático, convirtiéndose en una posible garantía de no-repetición de las violaciones tanto de las víctimas como del conjunto de la sociedad. Por supuesto, dicho arrepentimiento se puede manifestar de muchas formas, entre las que estarían la renuncia pública de las propias acciones³⁶, la admisión de la culpa³⁷, la demostración de remordimiento y las disculpas públicas³⁸, la entrega de información sobre otros agresores³⁹ o la participación en programas de reeducación⁴⁰.

En segundo lugar, tendríamos la condición del esclarecimiento de la verdad, con la que las amnistías co-existirían –e incluso coadyuvarían– con las Comisiones de la verdad u otros mecanismos de la misma índole aplicados

³⁵ Vid., en este sentido, B. HAMBER y G. KELLY, “Beyond Coexistence: Towards a Working definition of Reconciliation”, en J. R. QUINN, *Reconciliations*, McGill-Queen’s University Press, Montreal, 2009, pp. 286-31. También puede consultarse, entre otros, E. BARKAN y A. KARN, *Taking Wrongs Seriously. Apologies and Reconciliation*, Stanford University Press, Palo Alto (California), 2010, y D. BLOOMFIELD, T. BARNES y L. HUYSE (eds.), *Reconciliation after Violent Conflict: A Handbook*, International Instituto for Democracy and Electoral Assistance, Estocolmo, 2003.

³⁶ Vid. Art. 3 de la Ley 37/1981 de Colombia, de Amnistía condicional, Diario Oficial núm. 35760, p. 442.

³⁷ S. SARKIN, *Carrots and Sticks: The TRC and the South African Amnesty Process*, Intersentia, Antwerp, 2004, p. 237 señala que el Comité de Amnistía de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica “consideró la negación de la culpabilidad como un obstáculo para la concesión de la amnistía”.

³⁸ Vid. UNTAET, Regulation num. 2001/10, on the Establishment of a Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor, 2001 (E. Timor) s. 27.7. (Documento WWW) URL <http://www.unmit.org/legal/UNTAET-Law/Regulations%20English/Reg2001-10.pdf>

³⁹ Este es el caso de las leyes de Arrepentimiento turcas, en las se exigía a los kurdos que querían acogerse a sus beneficios el proporcionar información sobre los nombres y paraderos de aquellos compañeros que no se habían rendido. Vid. A. ZAMAN, “Turkish Parliament Approves Amnesty for Kurdish Rebels”, *Voice of America News* (Ankara, 29 de julio de 2003).

⁴⁰ Así, por ejemplo, las amnistías en Etiopía en 1978 y 1980 obligaban a las Tropas Independentistas de Eritrea a formarse en “la larga unidad de Etiopía, la teoría del marxismo-leninismo y el proceso de la revolución etíope”, *BBC Summary of World Broadcasts* (Addis Abeba, 26 de abril de 1980); igualmente, no es extraño en el ámbito latinoamericano que las reformas institucionales para cumplir con la obligación del estado de garantizar la no repetición de las violaciones incluya cursos de reeducación de los miembros de las fuerzas armadas y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, especialmente en derechos humanos.

en el ámbito de la justicia transicional⁴¹. Por supuesto, los juicios penales a quienes han cometido graves violaciones de los derechos humanos son, sin duda, una primera forma de cumplir con el derecho a la verdad de las víctimas⁴². Los juicios crean un archivo de información, tanto con documentos como con testimonios, que ayudan sin duda a reconstruir la verdad de lo ocurrido y pueden, incluso tener efectos pedagógicos y contribuir a la reconciliación. Además, esa versión de la verdad narra una historia que, por su carácter autorizado, puede acabar convirtiéndose en Historia, ahora con mayúsculas. Y en el caso de la justicia penal Internacional esa función puede cumplirse de forma más probable, e incluso completa, debido a que estos juicios “alcanzan a una audiencia global”⁴³. Por otro lado, la idea de la verdad judicial como una verdad más cualificada, con los estándares de prueba de los hechos exigidos en el proceso judicial, especialmente en el penal, ha sido una de las constantes en el mundo jurídico⁴⁴.

Sin embargo, estas defensas de la verdad judicial “se han solido centrar solamente en la función instrumentalista de la verdad, es decir, en como 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 hacia delante (...) la verdad debe considerarse como un valor intrínseco en sí mismo y como

⁴¹ El caso paradigmático del modelo de amnistía a cambio de verdad es el de la Comisión de la Verdad y Reconciliación sudafricana. Sobre este punto, puede consultarse, entre otros, K. ASMAL, “Truth, Reconciliation and Justice: The South African Experience in Perspective”, *Modern Law Review*, núm. 63, 2000, pp. 1 y ss; A. BORAINÉ, *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press, Cape Town, 2000; L. S. GRAYBILL, “Pardon, Punishment and Amnesia: Three African Post-Conflict Methods”, *Third World Quarterly*, núm. 25, 2004, pp. 1117 y ss. SARKIN, S., *Carrots and Sticks: The TRC and the South African Amnesty Process*, cit.; P. A. SCHEY, D.L. SHELTON y N. ROTH-ARRIAZA, “Addressing Human Rights Abuses: Truth Commissions and the Value of Amnesty”, *Whittier Law Review*, núm. 19, 1997, pp. 325 y ss.

⁴² Vid., en este sentido, J. FEINBERT, *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970.

⁴³ M. A. DRUMBL, *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge University Press, New York, 2007, p. 175.

⁴⁴ Vid., por ejemplo, J. FRANK, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, Princeton, 1949, p. 49, crítico con el sistema adversarial pero que reconoce su valor para el acceso a la verdad.

un derecho claro de las víctimas”⁴⁵. Por otro lado, como afirma Mertus, “el proceso legal es inherentemente contra-narrativo; se abre y se cierra, dejando dentro sólo la información para probar el asunto de que se trata. Las víctimas pueden testificar sobre la mano que les golpeó, confirmar el tamaño de la habitación, el color de la puerta (...) Pero no pueden contar como era la cara de su hijo cuando los paramilitares se la llevaron (...) Que un tribunal (...) es de gran utilidad para juristas e historiadores está fuera de toda duda. Lo que es más cuestionable es que por sí solo pueda garantizar los intereses de los supervivientes”⁴⁶. También puede afirmarse, como hace Chuter, que los juicios aportan una verdad “parcial y pragmática y que no trae ninguna certeza”⁴⁷, algo que queda todavía más patente en el caso concreto de las gra-

⁴⁵ J. DOAK, *Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice. Reconciving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, Oxford-Portland (Oregon), 2008, p. 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”, *ibidem*.

⁴⁶ J. MERTUS, “Truth in a box: The limits of justice through judicial mechanisms”, en I. AMADIUME, & A. AN-NA'IM, *The Politics of Memory: Truth, Healing and Social Justice*, cit., pp. 142-161., en concreto, p. 143-144.

⁴⁷ D. CHUTER, *War Crimes. Confronting Atrocity in the Modern World*, Lynne Rienner, London-Boulder (Colorado), 2003, p. 226. Según este autor, “hay muchas razones para esto. Algunas cuestiones, especialmente aquellas de la responsabilidad moral y política de lo ocurrido, no son enfrentadas en ninguna forma por los tribunales, aunque desgraciadamente son las más interesantes. Además los mecanismos de funcionamiento de los juicios a menudo militan contra los intentos de encontrar la completa verdad de todo. Los fiscales normalmente escogen presentar solamente esos hechos dirigidos a la condena. La historia completa de lo que pasó en un pueblo particular en un momento dado puede que nunca se conozcan, porque no forman parte del caso del fiscal, y por tanto, no son examinados en el tribunal (...). Como mucho (...) pueden mostrar solamente algunos de los elementos de una foto compleja y confusa (...) Pero, además, hay también importantes limitaciones respecto a lo que los juicios pueden descubrir, incluso de los incidentes que enfrentan, por la forma en que se conducen. (...) Por definición, lo que se prueba no puede ser más que lo alegado, y lo alegado a menudo es lo que los fiscales consideran que pueden probar. Y los hechos deben ser probados más allá de la duda razonable”, *ibidem*, pp. 226-228. Vid., en el mismo sentido, M. FINDLAY, *Governing Through Globalised Crime. Futures for the International Criminal Justice*, Willam Publishing, Cullompton (Reino Unido)-Portland (Oregon), 2008, pp. 113-114, donde se plantean los problemas de la verdad judicial y se conecta esa insuficiente con la dificultad para una paz duradera y el fomento de la reconciliación. También opina igual la ex-jueza del TPIY, P. M. WALD, “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Comes of Age: Some Observations on Day-to-day Dilemmas of an International Court”, *Washington University Journal of Law and Policy*, núm. 5, 2001, pp. 87 y ss., en concreto, p. 117, negando no solamente el carácter incompleto de la verdad judicial, sino también la capacidad de los tribunales para contribuir a la futura reconciliación.

ves violaciones de derechos humanos, al tratarse de crímenes que, desde el punto de vista fenomenológico, tienen una clara diferencia con los crímenes ordinarios: el elemento colectivo, o de grupo. Este elemento, se convierte en la “condición sine qua non en los primeros y la excepción en los segundos”⁴⁸, y supone “el uso instrumental de la violencia por gente que se identifica a sí misma como miembros de un grupo –ya sea un grupo transitorio o con una más o menos identidad permanente⁴⁹– contra otro grupo o conjunto de individuos, para conseguir objetivos sociales, económicos o políticos”⁵⁰. Aunque esta distinción ha sido acogida dentro de la criminología, especialmente dentro de la teoría crítica de la criminología, y respaldada por los Tribunales Penales nacionales e Internacionales, a través de conceptos como “Empresa Criminal Conjunta” (*Joint Criminal Enterprise*) o “responsabilidad del superior”⁵¹, lo cierto es que los sistemas de justicia penal dan difícilmente cuenta de ese carácter colectivo, por la propia naturaleza del proceso judicial centrado siempre en la responsabilidad individual, de forma que en el discurso judicial “el estado [o la organización a la que pertenezcan los agre-

⁴⁸ Vid. A. CHOULIARAS, “Discourses on International Criminality”, en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp.65-103, en concreto, p. 68. Para una posición similar, vid. M. A. DRUMBL, “Collective Violence and individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity”, *Northwestern University Law Review*, núm. 99, 2005, pp. 539-610, en concreto, pp. 539-540; L. MAY, *Crimes Against Humanity. A Normative Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 80 y ss; M. OSIEL, “The Banality of Good: Aligning Incentives Against Mass Atrocity” *Columbia Law Review*, núm. 105, 2005, pp. 1751-1862, en concreto, pp. 1751-1752.

⁴⁹ Entre estos grupos destaca claramente el Estado, vid. en este sentido, el clásico trabajo de W. J. CHAMBLISS, “State-organized Crime”, *Criminology*, núm. 27, 1989, pp. 183-208. Desde que este autor introdujo el término “State-organized Crime”, se han propagado los estudios sobre el Estado no solamente como una institución que regula el crimen, sino que también los comete.

⁵⁰ A. B. ZWI, R. GARFIELD, y A. A. LORETTI, “Collective Violence”, en E. G. KRUGG, L. L. DAHLBERG, G. A. MERCY, A. B. ZWI y R. R. LOZANO (eds.), *World Report on Violence and Health*, OMS, Ginebra, pp. 213-239, en concreto, p. 215.

⁵¹ Vid., en este sentido el caso del TPIY *Prosecutor vs. Tadić* (NO IT-94-1-A), Appeals Chamber 15 de julio de 1999, parag. 191, en el que se afirma que “la mayoría de las veces estos crímenes no resultan de la propensión criminal de unos únicos individuos, sino que constituyen manifestaciones de criminalidad colectiva: los crímenes se llevan a cabo, a menudo, por grupos de individuos que actúan conforme a un diseño criminal común. Aunque solo algunos miembros del grupo pueden perpetrar físicamente el acto criminal (...) la participación y contribución de otros miembros del grupo a menudo es vital para facilitar la comisión del delito en cuestión. Se sigue que la gravedad moral de tal participación no es a menudo menor –e incluso no es diferente– que la de aquellos que de hecho han cometidos los actos en cuestión”.

sores o la mera colectividad] no figura claramente como un agente responsable, sino implícitamente, como un actor en la sombra”⁵². En este sentido, puede ser útil la distinción de Jaspers entre tres formas de culpabilidad, la culpabilidad criminal –de los que dieron órdenes y las ejecutaron–, la culpabilidad moral –de quienes convenientemente cierran los ojos, permiten que les intoxiquen ideológicamente, son seducidos con ventajas personales u obedecen por miedo– y la culpabilidad metafísica –de los que no hicieron todo lo que estaba en su mano para evitar los crímenes–⁵³. Los juicios, por supuesto, deben limitarse a quienes puede imputarse responsabilidad criminal, pero como advierte Drumbl, esto no significa que otros individuos no sean responsables en otros sentidos, ya que en muchos casos estos crímenes “no alcanzarían verdaderos niveles de epidemia si no fuera por la vigorosa participación de las masas”⁵⁴. De esta forma, los juicios no nos ofrecen un panorama completo de lo ocurrido, y se limitan a la participación criminal de los agresores –o de algunos de ellos– excluyendo el papel de otros actores que “caen fuera de lo que el derecho penal internacional [y doméstico] considera como culpable”⁵⁵, contribuyendo así al mito de la inocencia colectiva⁵⁶. Además, los juicios relativos a graves violaciones de derechos humanos, por el contexto en que éstas se producen, suelen encontrarse con grandes problemas que dificultan enormemente el establecimiento y la configuración de la verdad judicial, y que tienen que ver con la pérdida de pruebas documenta-

⁵² A. CHOULIARAS, “Discourses on International Criminality”, en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, citado, p. 78. Vid. Igualmente R. G. TEITEL, “The Universal and the Particular in International Criminal Justice”, *Columbia Human Rights Law Review*, núm. 30, 1999, pp. 285-305, en concreto, p. 298-299, afirmando que el énfasis en la responsabilidad individual “es de un valor cuestionable porque los procesos individuales finalmente oscurecen el profundo rol de la políticas sistemáticas en la represión (...) La insistencia en probar el motivo individual puede confundir, en cuanto oscurece la medida en que las políticas de persecución son un constructo social y sobre todo político”. Puede consultarse también, sobre la noción de responsabilidad colectiva y su conexión con la Justicia Penal Internacional, M. A. DRUMBL, “Pluralizing International Criminal Justice”, *Michigan Law Review*, núm. 103, 2005, pp-1295-1317.

⁵³ Vid. K. JASPERS, *The Question of German Guilt*, Fordham University Press, New York, 2000.

⁵⁴ M. A. DRUMBL, *Atrocity, Punishment and International law*, cit., p. 26.

⁵⁵ M. A. DRUMBL, *Atrocity, Punishment and International law*, cit., p. 25.

⁵⁶ Vid. L. E. FLETCHER y H. M. WEINSTEIN, “Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation”, *Human Rights Quarterly*, núm. 24, 2002, pp. 573 y ss., en concreto, pp. 580 y 604.

les, pérdida de memoria ante los nervios generados por las preguntas de la defensa, barreras lingüísticas y cuestiones culturales⁵⁷.

De esta forma, el esclarecimiento de la verdad a través de mecanismos incluidos en las amnistías puede ayudar a construir una verdad más amplia que satisfaga mejor los derechos de las víctimas y los intereses de la sociedad en su conjunto⁵⁸. La verdad judicial es deliberadamente selectiva en los términos de la verdad que produce. La aplicación de las modernas reglas de prueba y proceso apoya esta selectividad. Estas reglas favorecen la producción de verdades lógicas y microscópicas, frente a las verdades dialógicas y experienciales que emergen de las iniciativas de justicia restaurativa y que impregnan la justicia transicional⁵⁹. Además, las reglas procesales pueden excluir, por ser de imposible prueba, o irrelevantes para el objeto del proceso, ciertos hechos que, sin embargo, las audiencias locales pueden considerar como profundamente relevantes y, en este sentido, distorsionar la narrativa histórica⁶⁰. En cuanto a la relación práctica entre las amnistías y el esclarecimiento de la verdad, ésta relación puede tomar muchas formas. Puede que la amnistía tenga lugar antes del establecimiento de la comisión de la verdad, como ocurrió, por ejemplo, en Chile, donde situaciones fácticas dificultaron la derogación de la auto-amnistía de los militares, de forma que el presidente Aylwin creó una comisión de la verdad con la intención de que, al menos, ésta se esclareciera. También puede que la amnistía se produzca con posterioridad al trabajo de la comisión de la verdad, como ocurrió, por ejemplo, en El Salvador. O puede, finalmente, que se haga de forma conjunta, bien como dos mecanismos independientes que se establecen de forma conjun-

⁵⁷ Vid., en este sentido, M. WITTEVEEN, "Closing the Gap in Truth Finding: From the Facts of the Field to the Judge's Chambers", en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, cit., pp. 383-412, y M. KOSKENNIEMI, "Between Impunity and Show Trials", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, núm. 6, 2002, pp. 1 y ss.

⁵⁸ En este sentido, algunos autores defienden incluso que la persecución penal es difícilmente compatible con el objetivo de la reconciliación. Vid., por ejemplo, B. T. WILKINS, "Whose trials? Whose Reconciliation?", en A. JOKIC (ed.), *War Crimes and Collective Wrongoing. A Reader*, Blackwell, Oxford-Malden (Massachusetts), 2001.

⁵⁹ Vid. A. SACHS, "The South African Truth Commission", *Montana Law Review*, núm. 63, 2002, pp. 25 y ss., donde el autor se refiere a las primeras como aquellas que están construidas sobre el estándar judicial derivado de la secuencial prueba de hechos y que da lugar a su afirmación más allá de la duda razonable. Mientras, las segundas, surgen cuando la gente cuenta sus historias en otros foros, como las comisiones de la verdad o mecanismos tradicionales de resolución de disputas, y que constituyen una narrativa más amplia que puede ayudar a desplazar narrativas preexistentes que normalizaban o legitimaban la violencia.

⁶⁰ Vid. M. A. DRUMBL, *Atrocity, Punishment and International law*, cit., p. 177.

ta –como fue en el caso del Acuerdo de Lomé de 1999 para Sierra Leona–, o como mecanismos complementarios, como el Caso de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación sudafricana, que tenía el poder de conceder amnistías individuales. En todo caso, como afirma Mallinder, parece claro que después de la experiencia sudafricana, el número de casos en los que se han utilizado conjuntamente estos dos mecanismos ha aumentado considerablemente en comparación con el periodo previo, a pesar de que ninguna ha replicado exactamente el modelo, y las comisiones de la verdad de Liberia, Aceh, Indonesia y Timor Oriental sólo han tenido potestad para recomendar –que no conceder– amnistías⁶¹.

Finalmente, la tercera condición sería la reparación del daño. Las leyes de amnistía pueden incluir, dentro de su seno, todas las medidas reparativas típicas, desde la restitución a la satisfacción, pasando por la indemnización y la rehabilitación. Muchas amnistías han desarrollado algunos de estos mecanismos. Así, por ejemplo, la amnistía concedida en Rumanía en 1990 incluyó medidas de restitución para liberar a aquellos que habían sido apresados por causas políticas, para establecer comités de investigación y comités *ad hoc* que analizaran los casos de las personas que alegaban haber sido dañadas por la política represiva del Estado, para re-examinar ciertos veredictos y para conceder indemnizaciones; la amnistía Chilena creó una comisión independiente para conceder indemnizaciones; la amnistía en Alemania del Este proporcionó medidas de rehabilitación a través de servicios sociales; en Sudáfrica se tomaron una gran variedad de medidas conmemorativas y de reparación simbólica; y la Ley 905/2005 de justicia y paz en Colombia prevé directamente la contribución económica de los agresores a los planes nacionales de reparación.

6. EL CARÁCTER COMPATIBLE DE LAS AMNISTÍAS CONDICIONADAS CON LA LEGALIDAD INTERNACIONAL

Hasta aquí he tratado de trazar algunos argumentos en defensa de las amnistías condicionadas basados en la existencia de un peligro *real* para los valores de la paz y el orden democrático (argumento negativo) y en el cumplimiento, por dichas amnistías, de ciertas condiciones (argumentos positivos) que ayudarían a la instauración de dichos valores (condiciones tácticas)

⁶¹ Vid. L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, cit., p. 168.

y a la satisfacción de los derechos de las víctimas (condiciones reparativas). No obstante, parece del todo necesario comprobar si dichas amnistías pueden considerarse compatibles con la legalidad internacional, a lo que se dedicará este apartado.

En este sentido, no debe olvidarse que en el Derecho Internacional de los tratados no hay ni una sola prohibición o incluso desincentivación expresa de las mismas, y cuando ésta se ha intentado incluir, como en el caso del Estatuto de Roma o de la Convención para la Protección de Todas las Personas de la Desaparición Forzada, ha supuesto tantos problemas que, finalmente, se ha rechazado⁶². Es más, la única mención expresa a las amnistías que encontramos en los tratados multilaterales relacionados con los derechos humanos es, al contrario, de incentivación. Así, el artículo 6.5. del Segundo Protocolo Adicional a la Convenciones de Ginebra establece que: “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”. Ante este hecho, y si acompañamos el mismo con una práctica de los estados de uso continuo de las amnistías, no parece tampoco que pueda alegarse que esta prohibición general de las amnistías forme parte, tampoco, del derecho consuetudinario⁶³.

Por supuesto, sí encontramos referencias explícitas y críticas con las amnistías en el Derecho Internacional cuando abandonamos el derecho de los tratados. A algunas de ellas, como 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, se ha hecho referencia anteriormente. En todo caso, estas fuentes, y otras como la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desaparicio-

⁶² Vid., en este último sentido, R. WEDGWOOD, “The International Criminal Court: An American View”, *European Journal of International Law*, núm. 10, 1999, pp. 93 y ss., en concreto, pp. 94-97. Para un análisis más preciso de las amnistías en el Derecho Internacional, puede consultarse FREEMAN, *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, cit. pp. 32 y ss.

⁶³ No debe olvidarse, en este sentido, que el artículo 38.1.b del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia requiere la existencia de dos elementos para que una obligación se convierta en costumbre internacional: 1) Una práctica estatal consistente y amplia; y 2) la *opinio iuris* sobre esa práctica.

nes forzadas⁶⁴, forman parte del *soft law* internacional, y no tienen, por tanto, fuerza vinculante como cuestiones de Derecho Internacional.

Podría, en cualquier caso, mantenerse, como mayoritariamente hace la doctrina internacionalista, que la prohibición de las amnistías proviene implícitamente, como inferencia lógica, de la existencia, en el derecho internacional de los tratados, de ciertas obligaciones de los estados, principalmente la obligación del estado de perseguir –o en su caso extraditar– por graves violaciones de derechos humanos como el genocidio, las graves violaciones de las Convenciones de Ginebra y el Protocolo I, la tortura, la desaparición forzada o diferentes actos de terrorismo⁶⁵. Sin embargo, la cuestión no es del todo pacífica, y algunos autores, como por ejemplo, Kai Ambos, consideran este deber de perseguir como un principio que no prohíbe las amnistías en todo caso y que “como tal permite –estrictamente definidas– excepciones. Desde una perspectiva política, la necesidad práctica de una herramienta de negociación (...) en los procesos de paz o reconciliación dicta un enfoque más flexible”⁶⁶. Este enfoque más flexible exigiría, precisamente, distinguir las amnistías generales e incondicionadas (*Blanket amnesties*) de las amnistías *condicionadas*. Las primeras –que pretenden sencillamente sustraer a los que han cometido graves violaciones de derechos humanos de la esfera de la justicia penal y proporcionarles impunidad– quedarían prohibidas. Las segundas –que se limitan a determinados sujetos y establecen ciertos requisitos conectados con un peligro *real* para la paz y el orden democrático, la promoción de la reconciliación y la satisfacción de los derechos de las víctimas– serían admitidas.

Un razonamiento similar parece ser el que subyace al Estatuto de Roma de creación de la Corte Penal Internacional. Aunque dicho estatuto no hace ninguna mención expresa a las amnistías –algo que algunos autores han calificado de “inútil y peligroso”⁶⁷– lo cierto es que del juego de los artículos 17 –más 18 y 19 en relación con éste– y 53 podría inferirse, como parece hacerlo

⁶⁴ Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (1993), UN Doc. A/Res/47/133.

⁶⁵ Vid., por ejemplo, D. ORENTLICHER, “Settling Accounts: the Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, cit.

⁶⁶ K. AMBOS, “The legal Framework of Transitional Justice”, *Conferencia Internacional Paz y Justicia: Elementos Conformadores del Futuro*, Nuremberg, 25-27 de Junio de 2007, p. 18 [DOC WWW] URL http://www.peace-justice-conference.info/download/Ambos_NurembergStudy_070512.pdf

⁶⁷ A. O’SHEA, *Amnesty For Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, Prólogo, p. viii.

Stahn, que “el estatuto no prescribe estrictamente una política de tolerancia cero respecto de las amnistías (...) Deja tanto al fiscal como a los jueces algún margen de maniobra para ponderar las necesidades de una sociedad en transición y las exigencias bajo (...) el Derecho Internacional”⁶⁸.

El artículo 17 y las causas de inadmisibilidad fijadas en él, parecen dejar un buen margen de maniobra a los jueces sobre las amnistías, y se hace necesario saber, por ejemplo, si una presión militar intensa para que no se persiga cae dentro de la categoría de la “incapacidad” o si el deseo de no penalizar una transición democrática con la persecución penal constituye “falta de voluntad”, según los términos del Estatuto. Por su parte, en relación con el art. 53, que establece la discreción del fiscal sobre la investigación y persecución, y especialmente la cláusula de “los intereses de la justicia”, no parece encontrarse una respuesta clara sobre sus posibles interpretaciones⁶⁹. En el año 2003, la Oficina del Fiscal de la CPI consideró que conforme a esta cláusula el fiscal podría declinar investigar cuando ello supusiera exacerbar una situación de conflicto o penalizar un proceso de paz o reconciliación. Posteriormente, el documento publicado por la Oficina del Fiscal sobre la política a seguir respecto de la expresión “los intereses de la justicia”, de septiembre de 2007, afirma que esta discreción es absolutamente “excepcional” y que hay una presunción a favor de la investigación y persecución, aunque no se aclara qué motivos podrían convertir a una situación determinada en excepcional. En todo caso, parece que debe primar su utilización de la forma más estricta posible, en la medida en que dicho documento afirma que deben distinguirse “los intereses de la justicia y los intereses de la paz” y que estos últimos “caen dentro del mandato de otras instituciones diferentes a la Oficina del Fiscal”, a la vez que reconoce que dicha expresión debe ser interpretada de acuerdo al significado ordinario de las palabras a la luz de “su contexto y los objetivos y propósito del Estatuto”⁷⁰. La CPI, a través de la Oficina del Fiscal, parecería estar acercándose así a una posición más con-

⁶⁸ C. STAHN, “Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, núm. 3, 2005, pp. 695 y ss., en concreto, p. 718.

⁶⁹ Vid., en este sentido, C. GALLAVIN, “Article 53 of the Rome Statute of the International Criminal Court: In the Interests of Justice?”, *King’s College Law Journal*, núm. 14, 2004, pp. 179 y ss.

⁷⁰ Vid. Office of the Prosecutor, “Policy Paper on the Interests of Justice”, ICC, La Haya, septiembre de 2007, pp. 1, 4, 8. (Documento WWW) URL <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/out.html>

traría a las amnistías, cumpliendo por otro lado con el mandato del citado Informe del Secretario general de Naciones Unidas sobre “El Imperio de la ley y la Justicia Transicional en Sociedades en Conflicto y Post-conflicto”. Sin embargo, este mismo documento de la Oficina del Fiscal de la CPI afirma que la “mejor guía del enfoque de la oficina en estos temas puede obtenerse del modo en que se ha enfrentado con situaciones reales. La Oficina no especulará sobre escenarios abstractos”⁷¹. Así, en la práctica, la postura de la CPI, o al menos de la Oficina del Fiscal, con respecto a las amnistías, no parece excluirlas de la cláusula de los “intereses de la justicia” a que se refiere el art. 53 –al menos de modo general–, en la medida en que en su primer caso, en Uganda, no se desafió la amnistía otorgada por el gobierno ugandés⁷², seguramente porque se excluía de la misma a determinadas personas específicas que el Ministro de Interior declarase ilegibles –y que curiosamente fueron aquéllas para las que la CPI había emitido ya órdenes de arresto–.

Sea como fuere, lo cierto es que estos artículos han planteado gran debate, pues, en principio al menos, parece retornarse a la impunidad, vulnerando así el derecho a la justicia de las víctimas. Para los sectores más críticos con la impunidad, estos artículos exigen, en todo caso, la persecución penal, siempre que se den las garantías de debido proceso⁷³. Otros autores, han defendido, en una posición cercana a la que se mantiene aquí, que en ciertos contextos transicionales –especialmente aquellos copados de inestabilidad y donde hay un peligro claro de retorno a una situación de graves violaciones de los derechos humanos– las preferencias domésticas, incluyendo las amnistías, deben respetarse, siempre que los derechos de las víctimas se satisfagan a través de otros mecanismos transicionales.

De esta forma, la CPI ejercería, respecto a los estados parte en el Estatuto de roma, una potestad final para decidir sobre “la arquitectura de la rendición de cuentas en esa sociedad, en relación a los crímenes que son jurisdic-

⁷¹ Vid. Office of the Prosecutor, “Policy Paper on the Interests of Justice”, cit., p. 9.

⁷² Vid. Conjuntamente la Amnesty Act de 2000 y la Amnesty Amendment act de 2006 de Uganda.

⁷³ Vid., en este sentido HUMAN RIGHTS WATCH, “The Meaning of the Interests of Justice in Article 53 of the Rome Statute, Policy Paper, New York, 2005 [Documento WWW] URL <http://www.hrw.org/news/2005/06/01/meaning-interests-justice-article-53-rome-statute>. Como afirma M. BRUBACHER, esta visión más restringida parece ser la que está presente al menos en la cláusula de “los intereses de la justicia” que se hace en otros artículos del Estatuto, como el 55 (2)(c), el 65 (4) y el 67(1)(d), “The Development of Prosecutorial Discretion in International Criminal Courts”, en E. HUGHES, W.A. SCHABAS y R. THAKUR (eds.), *Atrocities and International Accountability. Beyond Transitional Justice*, cit., pp. 142-158, en concreto, p. 150.

ción del tribunal. Además, la ratificación del estatuto proporciona a la CPI un derecho independiente de evaluación (*droit de regard*) sobre la situación y las elecciones de la justicia transicional adoptadas en el contexto doméstico⁷⁴. En definitiva, lo que el Estatuto de Roma estaría diciendo –sin decirlo–, es que “una amnistía nacional por crímenes internacionales no puede ser asunto de indiferencia por la comunidad legal internacional. El estado que amnistía, a través de su acto, ha señalado a la comunidad del Derecho Penal Internacional su intención de no cumplir con sus obligaciones internacionales. Esta señal puede, en algunas ocasiones, interpretarse como una voz de auxilio; en otras, como un acto de desafío⁷⁵. Dejando ahora de lado algunos problemas relativos a los jueces y el Fiscal de la CPI como responsables de esta interpretación, la idea no parece nada descabellada –especialmente si se tiene en cuenta el contexto de elaboración del Estatuto de Roma⁷⁶–, y podría afirmarse, por tanto, como hace Seibert–Forth, que los redactores del Estatuto de Roma querían tener en cuenta “iniciativas de reconciliación nacional que supusieran ofertas legítimas de amnistía o procesos de paz internacionalmente estructurados”, lo que “refleja la intención de muchas delegaciones de aceptar las amnistías de buena fe otorgadas en el contexto de una comisión

⁷⁴ C. STAHN, “The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 18, 2005, pp. 425 y ss., en concreto, p. 460.

⁷⁵ M. PENSKY, “Amnesty on Trial: Impunity, Accountability and the Norms of International Law”, cit., p. 15.

⁷⁶ En este sentido, debe tenerse en cuenta que aunque en el Estatuto no hay ninguna mención expresa a las amnistías, dicha cuestión se debatió en profundidad en la comisión preparatoria, ya que en esos momentos tenía lugar el trabajo de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica. En esta comisión preparatoria se presentó un escrito de la delegación de Estados Unidos, que afirmaba que dicho tribunal podía terminar evitando amnistías esenciales para restaurar la paz y acabar con las violaciones de los derechos humanos. Incluso se atribuye a Philippe KIRSCH –el presidente de dicha comisión que, posteriormente, sería el primer presidente de la CPI– la afirmación de que el Estatuto de Roma reflejaba deliberadamente una ambigüedad creativa para dar al tribunal un margen de discreción con el que afrontar el asunto de las amnistías. Vid. G. YOUNG, “Amnesty and Accountability”, *U. C. Davis Law Review*, núm. 35, 2002, pp. 427 y ss., en concreto, p. 474 y M. SCHARF, “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Cornell International Law Journal*, núm. 32, 1999, pp. 507 y ss., en concreto, p. 522. En todo caso, el silencio sobre las amnistías, cuestión que no fue debatida en la primera asamblea de los estados parte, se debe, como afirma Freeman, a que durante la misma estaba en pleno auge “el debate sobre paz vs. justicia propiciado por las órdenes de arresto de la CPI respecto a los líderes rebeldes de Uganda. Parece, por tanto, que los estados parte preferían ver cómo se desarrollaba el asunto en la práctica durante unos años antes de considerar algo tan importante como un protocolo de amnistía”, *Necessary Evils. Amnesties and the search for Justice*, cit., p. 76.

de la verdad como la de Sudáfrica, a la vez que se rechazaban las amnistías de mala fe como las otorgadas por los dictadores sudamericanos”⁷⁷.

7. ALGUNAS LIMITACIONES A LAS AMNISTÍAS CONDICIONADAS

Hasta aquí he defendido que ciertos tipos de amnistía (amnistías condicionadas) relativas a graves violaciones de derechos humanos pueden considerarse compatibles con la legalidad internacional (al menos desde un enfoque flexible), siempre que se sitúen en un contexto de peligro *real* para los valores de la paz y el orden democrático y se establezcan ciertas condiciones que he denominado “condiciones de legitimidad”, que vinculan a las mismas con la consecución de los objetivos de la Justicia Transicional: justicia, verdad, reparación y garantías de no-repetición como derechos de las víctimas extensibles al conjunto de la sociedad. En todo caso, creo que dichas amnistías condicionadas deberían quedar todavía sujetas a ciertas limitaciones que actuarían sobre su utilización tanto desde un criterio personal o subjetivo –las personas a las que va dirigida la amnistía–, como desde un criterio procedimental –la forma en que se articula dicha amnistía–.

Por lo que respecta al criterio personal, o subjetivo, en este trabajo se considera agresor a toda persona que cometa acciones que supongan una violación grave de los derechos humanos, y que pertenezca, o bien a las fuerzas armadas o a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado o a algún grupo opositor al mismo. La consideración de los “agentes del estado” y de los “actores privados” como dos grupos diferentes es algo presente tanto en el Derecho interno como en el Derecho Internacional⁷⁸. Bajo el Derecho interno, los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado son parte del mismo, que ejercen el monopolio en el uso legítimo de la fuerza, como una de las más claras manifestaciones de la soberanía estatal, mientras que los grupos de oposición armados –al poner en peligro dicho monopolio– están prohibidos y son sometidos a responsabilidad penal. Y esta distinción también se ha mantenido en el Derecho Internacional.

⁷⁷ A. SEIBERT-FORH, “The Relevance of the Rome Statute of the International Court for Amnesties and Truth Commissions”, *Max Planck Yearbook of UN Law*, núm. 7, 2004, pp. 553 y ss., en concreto pp. 571 y 590.

⁷⁸ Dicha distinción tiene un campo de actuación fundamental en los contextos de conflicto armado interno y en aquellos regímenes políticos en las que determinados grupos paramilitares colaboran con el poder en la represión de los Derechos Humanos.

Así, aunque el Derecho Internacional Humanitario se ha aplicado a ambas categorías como participantes en el conflicto⁷⁹, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha visto tradicionalmente como un instrumento de aplicación vertical (Estado-Ciudadanos), no aplicable a los agresores sin calidad de “agentes estatales” en sus acciones sobre la población civil⁸⁰. Otra cosa es el Derecho Penal Internacional, campo en el que también los miembros de los grupos de oposición armados pueden ser perseguidos por sus acciones⁸¹, y en este sentido, creo que los procesos transicionales deben moverse en esta última línea y castigar –o en este caso, amnistiar– sin tener en cuenta esta distinción. Un proceso de amnistía que no hiciese estas distinciones podría defenderse como respetuoso con el principio de igualdad ante la ley y a la vez, como favorecedor –de forma más adecuada– de la estabilidad del nuevo marco pacífico y/o democrático, cumpliendo así con las condiciones “tácticas” a las que se hizo referencia anteriormente⁸².

⁷⁹ Vid. Artículo 3 (Común) de las Convenciones de Ginebra (adaptadas el 12 de Agosto de 1949).

⁸⁰ Vid. L. ZEGVELD, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 38. Según esta autora, sólo recientemente algunos organismos de control del cumplimiento de los tratados de Derechos Humanos han empezado a condenar “las acciones de grupos de oposición armados como dañinas para los Derechos Humanos pero sin considerar esos actos como una violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *ibidem*, p. 39. En todo caso, la CIDH ha declarado desde hace unos años, que la obligación del Estado de investigar y perseguir las violaciones de derechos humanos se refiere tanto a las acciones de sus propios agentes como a las de actores privados, ya que si estas últimas no son investigadas de forma seria, el estado está ayudando a esas personas, y “haciéndose responsable por tanto en el plano internacional”, Vid. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, CIDH (ser.C), núm. 4 (1988), [177]. En el mismo sentido, *Commission Nationale des Droits de L’Homme et des Libertés vs. Chad*, Comm. Núm. 74/92, CAfrDH (1995), [22]. Por otro lado, algunos tratados recientes han fijado obligaciones sobre dichos grupos, como el Protocolo opcional de la Convención de los Derechos de los Niños sobre su participación en Conflictos armados, que fija en los grupos armados, incluyendo las fuerzas rebeldes, la obligación de prevenir la participación de los niños en el conflicto armado y prohíbe su reclutamiento.

⁸¹ Vid. L. ZEGVELD, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, cit., pp. 114-120.

⁸² Soy consciente de que esta consideración de todos los bandos en juego como iguales –o *igualmente agresores* debería decirse mejor– cuando en realidad no lo han sido, puede generar lo que McEVOY ha denominado el *mito de la equivalencia*. Vid. K. McEVOY, *Truth, Transition and Reconciliation: Dealing with the Past in Northern Ireland*, William Publishing, Cullompton, 2008. Este es el caso, por ejemplo, de las amnistías en España, Chile, Irlanda del Norte o Sudáfrica. En todo caso, me parece que los riesgos de esta “equivalencia” están relacionados especialmente con la reconstrucción de la memoria colectiva de esos sucesos, y

También hay que hacer referencia a la distinción por razón del rango, bastante habitual dentro de los esquemas de la justicia transicional y la justicia penal (especialmente en el marco de la justicia penal internacional), y que supondría un trato diferenciado dentro de los agresores –y su responsabilidad– entre los superiores y los subordinados. Respecto a los subordinados, el Derecho Internacional establece que también estos son responsables, aunque cumplan órdenes, y que dicha regla se aplica tanto a “las ordenes de la autoridad militar como civil, e independientemente del rango de la autoridad superior”⁸³. En todo caso, los subordinados pueden acogerse a la atenuación de sus crímenes, siempre que éstos se hayan cometido siguiendo órdenes y se apliquen ciertas condiciones⁸⁴. Dichas condiciones pueden variar entre los propios tribunales internacionales y los tribunales nacionales, pero, por ejemplo, el artículo 33 del Estatuto de Roma permite una exención de responsabilidad penal cuando “la persona no sabía que la orden era contraria a derecho” o “la orden no era manifiestamente ilícita”, lo que no puede ocurrir, según ese propio artículo, con los crímenes de “genocidio” o los “crímenes contra la humanidad”⁸⁵.

En todo caso, en el contexto de la justicia transicional, donde suele tratarse de violaciones masivas de los derechos humanos, y en los que, por tanto, la persecución de todos los agresores se hace especialmente complicada e incluso imposible, las amnistías a los subordinados no solamente son frecuentes por inevitables, sino por la consideración de que en estos casos la justicia debe conseguirse como un proceso global –junto con los otros mecanismos

que nada impide, en abstracto, que dicha memoria colectiva acabe con ese mito a través, por ejemplo, de comisiones de la verdad o determinadas medidas de reparación simbólica o garantías de no-repetición. En todo caso, si estos mecanismos no se articulan o se hace de forma insuficiente, como ocurre por ejemplo en el caso de España, ponen una gran losa sobre los procesos de amnistía y su legitimidad, al viciarlos con una gran falta de valor pedagógico y de falsificación de la verdad histórica.

⁸³ Vid. A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 181.

⁸⁴ Vid. R. C. SLYE, “Justice and Amnesty”, en C. VILLA-VICENCIO y W. VERWOERD (eds.), *Looking Back, Reaching Forward: Reflections of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Zed Books, Londres, 2000, pp. 178-179.

⁸⁵ Vid. H. JALLOW, “Prosecutorial Discretion and International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, núm. 3, 2005, pp. 145, 150, donde se afirma que, además de la jerarquía, debería también tenerse en cuenta, para decidir si se persigue o no, como de hecho ha hecho la CPI, si el agresor ha tenido un amplio papel en los abusos, la naturaleza y gravedad de los delitos cometidos y el alcance geográfico de los mismos.

de justicia transicional- de responsabilización del agresor⁸⁶. En este sentido, y con dichas limitaciones, las amnistías *condicionadas* podrían considerarse incluso como respetuosas con el Derecho Internacional, en la medida en que reafirmarían el principio de que seguir ordenes es más un factor atenuante que una defensa absoluta⁸⁷. Así, por ejemplo, aunque la CIDH ha declarado que el estado está obligado a investigar, perseguir y castigar “toda situación en la que se produzca una violación de los derechos humanos”, también ha afirmado que para ello solo pueden utilizarse por éste “los medios a su disposición” y que hay casos en que puede que el Estado sea incapaz de castigar⁸⁸. En sociedades transicionales en las que una persecución muy amplia puede no sólo amenazar la democracia sino ser incluso imposible, por la falta de recursos materiales o de una estructura judicial adecuada y/o la existencia de un gran número de agresores, “los medios a disposición del estado pueden limitarse a investigar [perseguir y castigar] las más serias violaciones”⁸⁹, entendiendo por éstas las que combinan el elemento material de ser graves violaciones de derechos humanos con el elemento personal de haber sido realizadas por superiores, y no por subordinados⁹⁰.

Por lo que respecta a los superiores, es un principio establecido del Derecho Internacional que éstos pueden ser considerados como responsables de las acciones de sus subordinados⁹¹, fijando así una categoría de personas

⁸⁶ Vid. R. C. SLYE, “Justice and Amnesty”, cit., p. 181. Vid. en sentido similar, F. MEYER, “Complementing Complementarity”, *International Criminal Law Review*, núm. 6, 2006, pp. 549 y ss. y C. STAHN, “Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice”, cit., pp. 697 y ss.

⁸⁷ Vid. R. C. SLYE, “Justice and Amnesty”, cit., p. 181.

⁸⁸ Vid. *Velasquez Rodríguez vs. Honduras*, cit. [153, 174, 177].

⁸⁹ Vid. J. M. PASQUALUCCI, “The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law”, *University of Miami Inter-American Law Review*, núm. 26, 1995, 297, 315-316.

⁹⁰ En sentido contrario, vid. los pronunciamientos de la Comisión Interamericana en los últimos años, tendente cada vez más a castigar –y por tanto impedir cualquier tipo de impunidad– todas las violaciones de los derechos humanos. Vid., entre otros, *Masacre Las hojas vs. el Salvador*, Caso 10.287, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 26/92, OEA/SerL/V/II.83 (1992); *Alicia Consuelo Herrera et. al. vs. Argentina*, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 28/92, OEA/SerL/V/II.83 (1992); *Juan Aniceto Meneses Reyes et. al. vs. Chile* (Caso Irma Meneses Reyes), Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 34/96, OEA/SerL/V/II/95 (1996) y *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez et. al. vs. El Salvador*, cit.

⁹¹ Vid., en este sentido, el artículo 28 del Estatuto de Roma, de creación de la Corte Penal Internacional.

“más responsables” que incluye “a los planeadores, líderes y personas que han cometido los más serios crímenes”⁹², independientemente de que sean líderes políticos, administrativos o militares. Así, el Estatuto de Roma de creación de la Corte Penal Internacional establece la jurisdicción de este tribunal para juzgar a los que hayan cometido “los más serios crímenes de interés para la comunidad internacional como un todo”⁹³ y la oficina del fiscal de dicho tribunal ha considerado que la “suficiente gravedad” a la que se refiere el artículo 17 de dicho estatuto es una exigencia para “centrar sus esfuerzos inquisitivos y de persecución (...) en aquellos que tienen la más alta responsabilidad, como los líderes del estado o de la organización que supuestamente hayan cometido los delitos”⁹⁴. Además, esta responsabilidad se extiende incluso a los crímenes no ordenados por el superior cuando éste “hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos” o “no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”⁹⁵.

Centrar las persecuciones en los más responsables puede ser el modo más eficiente de usar los limitados recursos, especialmente en contextos de violaciones masivas, sin dejar de satisfacer, al menos en parte, las necesidades, intereses y derechos de las víctimas o las demandas del imperio de la ley⁹⁶. Por supuesto, los esfuerzos por someter a responsabilidad penal a los superiores pueden ser arriesgados, en la medida en que normalmente se les necesita para

⁹² C. STAHN, “Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court”, cit., pp. 695, 707.

⁹³ Estatuto de la Corte Penal Internacional, Preámbulo y artículo 5.

⁹⁴ Office of the Prosecutor, “Paper on Some Policy issues Before the Office of the Prosecutor”, ICC, La Haya, Septiembre de 2003, p. 7 (Documento WWW) URL http://www.amicc.org/docs/OcampoPolicyPaper9_03.pdf

⁹⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 28 (1).

⁹⁶ En este sentido, R. G. Teitel afirma que “la demanda normativa de que el castigo ayude al restablecimiento del Estado de Derecho no justifica necesariamente el castigo de todos los agresores. De hecho, las pretensiones de defender la democracia y afirmar el estado de derecho pueden cumplirse bien con persecuciones ejemplares. Como una cuestión práctica, parecería que alguna selectividad es inevitable, dados los grandes números generalmente implicados en la persecución estatal moderna, la escasez de recursos judiciales en las sociedades transicionales y los altos costes políticos, y de otro tipo, de los juicios. Dados estos límites, los juicios selectivos o ejemplares, parecería que pueden propiciar algún sentido de justicia”, *Transitional Justice*, cit., p. 40.

negociar acuerdos de paz o transiciones⁹⁷. En cualquier caso, la distinción entre los “más responsables” y los “subordinados” y su recepción en la comunidad internacional justifica, desde mi punto de vista, la limitación de las amnistías –bajo las condiciones antes mencionadas– a estos últimos, así como la necesidad de perseguir los crímenes en el caso de los superiores, que no obstante, podrán verse beneficiados de otros tipos de instrumentos diferentes a las amnistías, especialmente medidas de reducción de la pena.

Esta fórmula de distinción entre superiores o “más responsables” y “subordinados” se acerca, además, a la empleada en los contextos de justicia transicional de Timor Oriental o Ruanda. Timor Oriental fue invadida por Indonesia en diciembre de 1975, después de los conflictos sociales y la inestabilidad política propiciados por diferentes demandas, tanto de independencia como de integración en Indonesia. Esta invasión dio lugar a violaciones masivas de los derechos humanos y luchas entre las fuerzas armadas de Indonesia y el movimiento por la independencia, el FRETILIN (Frente Revolucionario Independiente de Timor Oriental) hasta 1979. A partir de enero de 1999, la violencia volvió a aparecer cuando una milicia pro-indonesia, apoyada por las fuerzas armadas de este país, intimidó y coaccionó a la población con vistas al referéndum, organizado por Naciones Unidas, sobre la segregación o el mantenimiento bajo el gobierno de Indonesia, en el que, no obstante, hubo una mayoría clara de votos a favor de la independencia. Así, se inicia, por parte de las fuerzas armadas y las milicias pro-indonesia, una campaña de asesinatos, violaciones, torturas y otras graves violaciones de los derechos humanos con un balance final de miles de muertos y unos 200.000 desplazados. En septiembre de 1999, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas autoriza la intervención armada, y en octubre de ese mismo año, se establece la Administración Temporal de Naciones Unidas para Timor Oriental (ATNUTO).

La ATNUTO tomó un enfoque diverso a la hora de enfrentar los crímenes del pasado. Por un lado, el 6 de junio de 2000, se establecieron *paneles* dentro de la Corte de Distrito de Dili con jurisdicción exclusiva sobre *crímenes serios*⁹⁸. Simultáneamente, se estableció la Comisión de Acogimiento,

⁹⁷ Vid. en este sentido, M. FREEMAN, *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, cit., pp. 93 y ss.

⁹⁸ Con esta terminología se hacía referencia los delitos de “genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, asesinato, abusos sexuales y tortura”. Vid. UNTAET, Regulation 2000/15, on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences, 2000, art. 1.3 (Documento WWW) URL <http://www.unmit.org/legal/UNTAET-Law/Regulations%20English/Reg2000-15.pdf>

Verdad y Reconciliación (CAVR), para investigar los crímenes, promover la reconciliación y reintegrar a las personas acusadas de haber cometido crímenes menos serios entre 1974 y 1999⁹⁹.

Así, los paneles para los *crímenes serios*, y la CAVR, trabajaban simultáneamente y se complementaban uno al otro. Los agresores eran conducidos a una u otra institución de acuerdo a los crímenes cometidos, de forma que los responsables de crímenes más graves se enfrentaban a la persecución penal por los paneles y los de crímenes menos graves (que tenían que solicitar que su caso fuera analizado por la Comisión a través de un Proceso de Reconciliación Comunitaria) se integraban en el trabajo de la Comisión. Llegados a este punto, parecería que la distinción es exclusivamente material (u objetiva) y no personal (o subjetiva). Sin embargo, los criterios para analizar si se trataba de un crimen menor eran los siguientes: La naturaleza del crimen cometido por el solicitante; el número total de actos criminales cometidos por el mismo; Y finalmente, y aquí la introducción del elemento personal o subjetivo, el papel del solicitante en la comisión del crimen, teniendo en cuenta si el mismo había organizado, planeado, instigado u ordenado el crimen o estaba siguiendo órdenes de otros al cometer el crimen. Cuando la comisión consideraba que se cumplían esos criterios se llevaba a cabo el Proceso de Reconciliación Comunitaria¹⁰⁰, en el que participaban el agresor, la víctima y miembros de

⁹⁹ Vid. Regulation 2001/10, on the Establishment of a Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor, 2001, s.1.

¹⁰⁰ Aunque el Proceso de Reconciliación Comunitaria es una amnistía individual, ha habido intentos de elaborar una amnistía más formal en Timor Oriental. Este es el caso del proyecto de Ley de Amnistía de 2004, que excluía delitos castigados con más de cinco años de prisión, aunque no obstante, se permite la reducción de las sentencias por dichos crímenes, permitiendo que algunas personas encarceladas desde 1999, fueran liberadas. Además, dicha amnistía era aplicable tanto a las fuerzas armadas Indonesias, como a las milicias pro-indonesias y al Movimiento de Independencia Timorés. Finalmente, la ley no fue aprobada y el gobierno se decantó a favor de la creación de la Comisión para la Verdad y la Amistad, una comisión Timorí-Indonesia creada en 2005, que tenía entre sus atribuciones la de recomendar la amnistía para los responsables de graves violaciones de derechos humanos, siempre que informen sobre la verdad de los hechos y pidan perdón a las víctimas (Vid. Commission on Truth and Friendship, Terms Of Reference (10 de marzo de 2005), parag. 14 (c)). Serían, posteriormente, los gobiernos de Timor e Indonesia, los que finalmente decidieran la concesión de dicha amnistía. Naciones Unidas boicoteó dicha comisión por incumplir la posición de naciones unidas, contraria a partir del informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre "Imperio de la ley y Justicia Transicional." a apoyar ninguna amnistía respecto a crímenes que supongan graves violaciones de los derechos humanos. Finalmente, la comisión no ejerció dicha prerrogativa de solicitud de amnistías individuales, vid. M. HIRST, "An Unfinished Truth: An Analysis of the Commission

la Comunidad, para establecer la verdad y, posteriormente, analizar la forma de reconciliación más apropiada. Entre éstas, estaban “servicios comunitarios, reparación, disculpas públicas y/o otros actos de contrición”¹⁰¹.

En el caso de Ruanda, y particularmente con respecto a los episodios de violencia entre los grupos rivales Hutus y Tutsis de 1963, 1974 y 1991, hay que decir que cada uno de esos periodos fue seguido por una amnistía. La amnistía de 1991 daba cobertura al estallido de la guerra civil en octubre de 1990, que continuó hasta la firma del acuerdo de paz en 1993. Y son precisamente las previsiones de reparto de poder de este acuerdo uno de los factores que condujeron al genocidio de gran cantidad de tutsis por las milicias Hutus entre abril y junio de 1994, en el que murieron más de un millón de personas. La violencia finalizó cuando el Frente Patriótico Ruandés, un grupo armado de Tutsis en el exilio, entró en Ruanda y se hizo con el control, no sin antes cometer también graves crímenes.

Bajo el gobierno del Presidente Paul Kagame se inició una política de persecución penal de los miembros de las milicias Hutus. Para ello, se consultó a expertos juristas y politólogos internacionales, y se adoptó, por la Asamblea Nacional una política de clasificación que estableció diferentes categorías de sospechosos de genocidio que serían juzgados por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, por tribunales nacionales o por tribunales tradicionales –Tribunales *Gacaca*– dependiendo de la gravedad de sus acciones¹⁰². Así, el sistema Ruandés ha combinado la persecución penal de los superiores o quienes cometieron esos crímenes de forma masiva, con sanciones no-penales para los subordinados o quienes los cometieron de forma más puntual¹⁰³.

of Truth and Friendship. Final Report on the 1999 Atrocities in East Timor”, ICTJ Occasional Paper series, International Center for Transitional Justice, New York, 2009. Posteriormente, en 2007, se aprobó por el Parlamento de Timor Oriental una nueva ley de amnistía para los eventos ocurridos durante el periodo comprendido entre el 20 de abril de 2006 y el 30 de abril de 2007, con motivos de las elecciones, que tuvieron lugar en un contexto claro de violencia. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones consideró esta ley inconstitucional alegando que el limitado tiempo de aplicación era discriminatorio.

¹⁰¹ Vid. Regulation 2001/10, on the Establishment of a Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor, 2001, cit. s.27.1.

¹⁰² En todo caso, esta categorización ha sufrido modificaciones durante los años. Su última formulación puede verse en la *Loi Organique portant organisation, compétence et fonctionnement des Jurisdiction Gacaca chargées des poursuites et du jugement des infractions constitutives du crime de genocide et d'autres crimes contre l'humanité commis entre le 1er octobre 1990 et le 21 décembre 1994* (2004), art. 51.

¹⁰³ Sobre los Tribunales Gacaca y su éxito para la reconciliación en Ruanda puede consultarse P. CLARK, *The Gacaca Court, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

Finalmente, las amnistías deben cumplir ciertas limitaciones procedimentales, relacionadas con la forma en que éstas se producen y con el diseño de las mismas, es decir, limitaciones que pretenden que el proceso de amnistía sea un proceso centrado en las víctimas y en sus derechos¹⁰⁴. 1) En primer lugar, los gobiernos deben hacer consultas amplias, que incluyan a las víctimas y sus representantes, en la medida, además, en que el propio proceso de dar un espacio a sus demandas puede influir positivamente en la “curación” de las víctimas e incrementa la legitimidad del mismo¹⁰⁵. Esta consulta debe reconocer la diversidad de necesidades de entre las víctimas y debe conllevar también programas de *outreach*¹⁰⁶, y los resultados deben tenerse en cuenta por los gobiernos a la hora de diseñar las amnistías. En los casos en los que el estado sea un actor del conflicto, puede ser aconsejable que la consulta sea dirigida por un órgano independiente; 2) Además, aunque los periodos de violencia amplia y sistemática pueden dar lugar a un gran número de víctimas, la mayoría de los mecanismos transicionales se crean con limitaciones financieras y temporales. Como resultado de ello, estos mecanismos raramente están equipados para incluir la participación de todas las víctimas de la sociedad. Aunque puede que algunas víctimas decidan no participar, todavía es muy probable que los mecanismos tengan que, de alguna forma, limitar la participación de las víctimas, con criterios selectivos por el tipo de delito, o las víctimas –etnia, género, orígenes geográficos, capacidad psicológica para declarar–, etc. Todas estas elecciones marcarán la “verdad” que se va a revelar, y por tanto, la decisión debería ser lo más transparente y participativa posible; 3) En tercer lugar, la experiencia de Sudáfrica ha demostrado que las víctimas deben poder participar, de la manera más amplia posible, en las sesiones de los agresores ante la comisión de la verdad en la que se analiza la amnistía. Esta participación debería facilitarse informando a las víctimas en tiempo adecuado de cuando van

¹⁰⁴ L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, cit., pp. 373-376. Para un estudio más detallado de estas limitaciones, así como de otras, puede consultarse M. FREEMAN, *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, cit., 2ª parte: “El diseño de las amnistías”, pp. 110 y ss.

¹⁰⁵ Para justificar las amnistías, por tanto, hay que utilizar un criterio de participación democrática. Así, de menor a mayor legitimidad democrática estarán 1) las que se hayan iniciado como un acto discrecional del gobierno; 2) Acuerdos de paz; 3) leyes; 4) referéndums, etc. Y siempre intentando la mayor participación posible, especialmente de las víctimas.

¹⁰⁶ Para la importancia de los programas de *outreach* en la justicia transicional puede consultarse el trabajo de C. RAMÍREZ-BARAT, “Making an Impact: Guidelines on Designing and Implementing Outreach Programs for Transitional Justice, ICTJ, New York, 2011 [Documento WWW] URL <http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Making-Impact-2011-English.pdf>

a ocurrir dichas sesiones y proporcionando medios financieros para los costes de desplazamiento, la pérdida de ingresos por el tiempo de trabajo perdido, etc.¹⁰⁷; 4) Por otro lado, una vez que el proceso transicional se ha iniciado, debe entrenarse al personal en materia psicológica para que puedan hacer frente mejor a las necesidades de las víctimas y articularse procesos que las hagan sentirse más seguras, como garantizar su anonimato si tienen miedo de las posibles repercusiones o proporcionar servicios de traducción. En todos los casos, las víctimas deben ser tratadas con dignidad y con respeto; 5) Igualmente, debe clarificarse a las víctimas el peso exacto que sus aportes van a tener en el proceso transicional, de forma que no tengan la falsa impresión de que pueden tener un poder de veto en el proceso de amnistía. Así, por ejemplo, en el caso sudafricano, aunque se siguió mucho si las víctimas estaban de acuerdo o no a la hora de reconocer la amnistía, éstas no tenían ningún derecho para determinar ese extremo¹⁰⁸, ni había una regla clara para saber cómo iba a actuar la Comisión; 6) finalmente, el proceso de amnistía debe, en todo caso, ir acompañado por todas las medidas establecidas dentro del Derecho Internacional para asegurar las reparaciones a las víctimas. Así, en Sudáfrica, a pesar del éxito de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, las víctimas quedaron muy insatisfechas con el proceso transicional, en gran parte, por la falta de implicación del gobierno en implementar las recomendaciones de la Comisión sobre reparaciones¹⁰⁹.

JAVIER DORADO PORRAS
Instituto derechos humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: javier.dorado@uc3m.es

¹⁰⁷ R. SLYE, "Victims as the Heart of the Matter: The South African Amnesty Process as Promised in Practice" (Abril de 2003) [Documento WWW] URL <http://ssrn.com/abstract=1022145>>3.

¹⁰⁸ Vid. S. SARKIN, *Carrots and Sticks: The TRC and the South African Amnesty Process*, cit., p. 204.

¹⁰⁹ *Íbidem*.

