



Publicación Cuatrimestral de Sociedad, Cultura y Desarrollo Sustentable

Ra Ximhai

ISSN: 1665-0441

raximhai@uaim.edu.mx

Universidad Autónoma Indígena de México
México

Cortés-Rodas, Francisco

¿JUSTICIA O PAZ? EL PROBLEMA DE LA AMNISTÍA

Ra Ximhai, vol. 9, núm. 2, mayo-agosto, 2013, pp. 131-159

Universidad Autónoma Indígena de México

El Fuerte, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=46127565006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



RAXIMHAI ISSN-1665-0441
VOLUMEN 9 NÚMERO 2 JULIO-DICIEMBRE 2013

131-159

¿JUSTICIA O PAZ?
EL PROBLEMA DE LA AMNISTÍA

¿JUSTICE OR PEACE?
THE PROBLEM OF THE AMNESTY

Francisco Cortés-Rodas

Resumen

En este artículo se plantea si es posible en un proceso de negociación de un gobierno con un grupo rebelde proponer una amnistía o el perdón jurídico de crímenes internacionales. De un lado, el derecho internacional penal ha hecho posible sancionar los crímenes más graves mediante la intervención de tribunales internacionales. Pero de otro lado, si en la negociación se busca someter a los miembros del grupo rebelde a tribunales nacionales o internacionales, la paz les puede parecer demasiado costosa. Preferirán seguir en la guerra a aceptar unas condiciones en los diálogos que sean absolutamente contrarias a sus intereses.

Palabras-clave: proceso de negociación, crímenes de lesa humanidad, derecho internacional, justicia transicional.

Abstract

This article explores the eventual possibility of an amnesty or acquittal for crimes against humanity in the context of a process of peace negotiation with a rebel group. Criminal international law has made possible to sanction the most severe crimes by the intervention of international courts. But if the negotiation seeks to prosecute the rebels in national or international courts, peace could be too hard to achieve for those rebels, they will prefer to continue the conflict instead of accepting conditions completely opposed to their interest.

Key-words: peace conversations, crimes against humanity, international law, transitional justice.

RECIBIDO: 4 DE MAYO DE 2013 / APROBADO: 13 DE JUNIO DE 2013

En investigaciones recientes sobre procesos de transición de la guerra a la paz se ha planteado que la democratización y la búsqueda de la paz no pueden ser consideradas como procesos paralelos y que se benefician mutuamente¹(Jarstad and Sisk, 2008); (Chandler, 2004); (Paris, 2004). La asunción común de que la democracia implica paz y que la paz implica democracia es algo que ha sido cuestionado a partir de evidencia empírica sobre recientes procesos de transición. Uno de los problemas más complicados que tienen las sociedades que salen de la guerra es que el final de la guerra no significa siempre el fin de la violencia. En Guatemala, El Salvador, Kosovo, Sri Lanka e Irlanda, el fin de los enfrentamientos armados no condujo a una pacificación de la sociedad porque emergió una violencia de bandas delincuenciales y paramilitares.

En procesos como el que se está desarrollando en Colombia es importante ver que el problema no es solamente el de establecer el límite entre justicia y paz, sino también, el límite entre democracia y paz. Así, hay que considerar, en primer lugar, la cuestión de qué grupos deben ser representados en el proceso de paz y democratización. Desde la teoría de la democracia se defiende que haya una amplia inclusión, pues entre más grupos estén representados en el proceso, más democrático será. En este sentido, sería ideal que además de las FARC participara el ELN. Otro asunto es que los actores armados estarán más dispuestos a firmar un tratado de paz si a ellos se les garantiza una participación en el gobierno que se forme tras los acuerdos de paz. Sin embargo, la amplia inclusión, demandada por la teoría democrática, puede tener efectos adversos para el proceso de afianzamiento de la democracia cuando aquella se extiende a grupos violentos. Tal inclusión puede ser vista por muchos sectores de la sociedad como un premio a la violencia —la violencia si paga— y de este modo contradecir el principio democrático de la no-violencia. Si los acuerdos de paz garantizan a las partes en el conflicto armado un lugar en las instituciones ejecutivas o legislativas del Estado, esto puede incentivar a otros grupos, como las nuevas bandas criminales, a usar la violencia y así ganar el mismo estatus político. Esto sucedió en Kosovo, Sri Lanka e Irlanda. Por medio de la inclusión de exguerrilleros en la vida política se les otorga legitimidad, pero con el riesgo de continuar dándole a la violencia el valor de instrumento político.

La posible inclusión de guerrilleros en los organismos ejecutivos o legislativos del Estado, que necesariamente tiene que ir acompañada de la amnistía o cualquier otra forma de perdón para quienes hayan cometido crímenes

¹ Agradezco a Tatiana Rincón y Luis Eduardo Hoyos por sus comentarios y sugerencias para precisar aspectos jurídicos del derecho penal internacional y de la idea de justicia transicional.

internacionales es inaceptable a la luz del derecho penal internacional y de la legislación vigente en el país, afirman los críticos del proceso de negociaciones con las Farc. Así pues, aquí tenemos dos situaciones entre sí contradictorias: de un lado, un compromiso democrático de inclusión en aras de alcanzar un acuerdo de paz y, de otro lado, una posición de exclusión, en interés de profundizar la vía militar para eliminar a los actores armados. Esta situación contradictoria afecta seriamente las probabilidades de la paz.

Hechas estas consideraciones preliminares la pregunta que vamos a plantear en este ensayo es: ¿en las actuales conversaciones del gobierno con las guerrillas es posible proponer acuerdos que impliquen niveles altos de perdón judicial y beneficios políticos para los miembros de las Farc? Para responder a esto es necesario enmarcar el proceso de negociación en tres contextos normativos: 1) el derecho internacional de los derechos humanos, las normas del *juscogens*, que hacen parte del Estatuto de Roma (ER) o derecho internacional penal. 2) La teoría retributiva del castigo. 3) La justicia transicional con sus componentes: verdad, reparación, garantías de no repetición y reforma institucional. Los argumentos contenidos en los puntos 1) y 2) establecen el enjuiciamiento de criminales por graves, masivas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos en el nivel nacional e internacional. El argumento del punto 3) se refiere al asunto de priorizar la paz sobre la justicia y garantizar el perdón judicial de los actores de la guerra por los crímenes cometidos. Voy a exponer en este orden los tres contextos normativos de este rompecabezas a fin de buscar una alternativa a la pregunta planteada.

PRIMER CONTEXTO NORMATIVO: EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Las transformaciones en el derecho internacional que han hecho posible sancionar la responsabilidad penal de los individuos por los crímenes más graves del derecho internacional han estado determinadas, de un lado, por el progresivo debilitamiento del paradigma estatista centrado en la primacía de la soberanía estatal frente a los derechos humanos y, de otro lado, por el progresivo fortalecimiento del paradigma cosmopolita centrado en la primacía del individuo y los derechos humanos frente a los imperativos de la soberanía

estatal.² (Cortés, Piedrahita, 2011).

El argumento del estatismo es que la realización de la justicia y el aseguramiento de los derechos humanos solamente son posibles bajo la condición de la soberanía estatal (Nagel, 2005, 115). El Estado soberano, que reclama el monopolio de la represión penal, tiende por esto a proteger a sus nacionales aun cuando transgredan valores fundamentales de la comunidad o cometan crímenes contra la humanidad. La tesis sobre los derechos humanos del estatismo dice que los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de sus propios ciudadanos, pero no tienen responsabilidades frente a ciudadanos de otros Estados. De un lado, establece que los derechos humanos son universales. La universalidad inherente a los derechos humanos expresa un ideal universalista de igual respeto para todos los seres humanos. Pero, de otro lado, se determina que los Estados tienen la primera responsabilidad en la protección de los derechos humanos de sus propios ciudadanos. Esto tiene como consecuencia el rechazo a la intromisión de otro Estado o de la comunidad internacional, ya sea la intervención por razones humanitarias en una guerra civil o la intervención para el posible juzgamiento de sus nacionales (Beitz, 2009, cap. 2).

De otro lado, el paradigma del cosmopolitismo parte de considerar a los hombres como ciudadanos del mundo. Según el cosmopolitismo, todos los hombres deben ser considerados como ciudadanos de uno y el mismo mundo moral (Kant, 1989). El cosmopolitismo tiene además un concepto robusto de los derechos humanos, a saber, de aquellos derechos que no están vinculados a la pertenencia a una determinada nacionalidad, sino que corresponden a los hombres en tanto hombres.

Del núcleo del argumento del cosmopolitismo deriva la idea que las demandas de justicia provienen de la igual consideración o de un deber de equidad que nosotros le debemos en principio a todos los seres humanos y que éstos son sujetos del mismo conjunto de leyes morales. Las instituciones a las cuales podrán aplicarse los principios de justicia son instrumentos para el cumplimiento de tal deber (Pogge, 2002). De esto se sigue, como una exigencia de realización de los derechos humanos, de un lado, el progresivo desmantelamiento del actual sistema internacional basado en los Estados y en el principio de la soberanía y, de otro lado, la creación de instituciones

² Estas transformaciones en el derecho internacional se han dado desde el fin de la segunda gran guerra con la creación de la ONU, la formulación de la Carta de las Naciones Unidas, la entrada en vigencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y de otra serie de normas y estatutos, hasta la creación de la Corte Penal Internacional basada en el Estatuto de Roma.

internacionales orientadas al cumplimiento de los derechos humanos: las Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional (Nickel, 2007).

La concepción cosmopolita de los derechos humanos propone respetar los derechos humanos de todas las personas y no simplemente los de los propios ciudadanos. Los derechos humanos se focalizan en áreas de gran injusticia. Como estándares mínimos ellos esperan ser respaldados por medio de razones muy bien fundamentadas de apelación universal para ser considerados como de alta prioridad y para resistir las pretensiones de autonomía nacional y cultural (Lafont, 2011).

Si se consideran en este contexto, de un lado, las transformaciones que se han dado al interior de las Naciones Unidas con la introducción de la doctrina de la Responsabilidad de Proteger en la cual se plantea un nuevo concepto de soberanía definido en función de las responsabilidades del Estado de proteger a su población (Evans, 2008), y se tienen en cuenta, de otro lado, los procesos que llevaron al establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI),³ la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁴, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos se puede ver, entonces, en qué sentido se ha dado una articulación del paradigma cosmopolita con el estatista centrado en una visión fuerte de soberanía estatal.

La concepción de los derechos humanos que planteamos en este primer contexto normativo no se sitúa ni en el cosmopolitismo ni en el estatismo: defiende una concepción universalista de los derechos humanos, como derechos de los cuales son titulares todos los seres humanos, pero cuya implementación respeto y garantía es responsabilidad primordial y única de los Estados. Para los defensores de derechos humanos los organismos internacionales de derechos humanos son importantes, por su utilidad: porque obligan a los Estados a cumplir con su obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas sometidas a su jurisdicción. Así, esta propuesta de derechos

³ Rome Statute of the International Criminal Court. Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, UN-Dok.A/Conf 183/9. La Corte Penal Internacional (y los otros tribunales penales internacionales que han existido) declara responsabilidad penal del individuo, no por violación de derechos humanos, sino por cometer crímenes definidos por el derecho internacional, que pueden o no constituir violaciones de derechos humanos.

⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de DDHH, declaran la responsabilidad internacional de los Estados por violación de las obligaciones adquiridas en virtud de los tratados firmados por el respectivo Estado en materia de derechos humanos.

humanos está en un punto intermedio entre aquellas posiciones que plantean la necesidad de un Estado mundial cuyos representantes pudieran tener la responsabilidad colectiva de proteger de forma igual los intereses y los derechos de todos los ciudadanos en el mundo y el sistema internacional de Estados en el que los representantes de los Estados tienen la primera responsabilidad de proteger los intereses y derechos de sus propios ciudadanos.

El debilitamiento de la autoridad del Estado soberano se puede apreciar de forma clara con la entrada en funcionamiento tanto de la CPI como de los otros tribunales penales internacionales que han existido, cuya característica común y más sobresaliente es que se abrió la posibilidad del enjuiciamiento de criminales por cometer crímenes definidos por el derecho penal internacional. El Estatuto de Roma dice en su preámbulo: “Los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. Así mismo, la comunidad internacional debe estar decidida a “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”. Además, asevera: “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales.” Finalmente, se debe “establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (CPI, 1998).

En el nuevo derecho penal internacional, formulado en el *ER*, se afirma que algunos crímenes dañan la comunidad internacional de tal forma que ellos deben ser prescritos en todas las sociedades. Estos crímenes son: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Estos crímenes violan las normas del *juscogens*, normas que son claramente conocidas y entendidas por todos los hombres como vinculantes universalmente (May, 2005, 24). La construcción doctrinal y jurisprudencial del *juscogens* internacional es propia del nuevo derecho internacional penal. Las normas del *juscogens* fueron identificadas primero en la ley internacional de los tratados, y son normas, como se afirma en El Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, “que tienen un alcance universal; normas universales que fundamentan su jurisdicción universal en la ley internacional”

(May, 2005, 25).⁵

Así, las normas del *juscogens* forman la base más clara para identificar los crímenes internacionales como violaciones de la ley internacional. Esas normas envuelven principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso sin una obligación basada en una convención o en un tratado. Las normas del *juscogens* son perentorias y originan obligaciones *erga omnes*, obligaciones que se extienden a todos los hombres (May, 2005, 25). A partir de este sentido del *juscogens* internacional se puede afirmar que éste va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el cuerpo jurídico del derecho internacional contemporáneo. Al abarcar todo el derecho internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. Una de las más importantes justificaciones para juzgar el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra es que ellos violan las normas del *juscogens*. En el nuevo derecho internacional penal se plantea que si estos crímenes que violan las normas del *juscogens* no son juzgados por tribunales nacionales, entonces, entra en acción la CPI.

En este último caso, la competencia de la CPI se puede poner en marcha debido a que los jueces nacionales no están en condiciones de ejercer su jurisdicción de manera eficaz; correspondería en consecuencia la aplicación del literal 1 del art. 17 del ER que dice que la CPI puede hacerse cargo de un caso cuando un tribunal nacional “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.” Así, el objetivo del derecho internacional penal es acabar con la impunidad y remitir a los autores de graves violaciones de los derechos humanos a la persecución penal supranacional. Con la creación de la CPI existe por primera vez un instrumento central de imposición del derecho internacional penal.

Las consecuencias que se siguen de este primer núcleo normativo en relación con el asunto que estamos investigando, es que si en un Estado cualquiera se llega a plantear la posibilidad de que en una negociación con

⁵ Es importante precisar que el principio del *juscogens* no es un principio exclusivo del derecho penal internacional, sino un principio de las obligaciones internacionales de los Estados, que establece obligaciones con independencia de la existencia de un tratado o de que un Estado haya firmado o no ese tratado. Y rige para todo el derecho internacional, no solo para el derecho internacional de los derechos humanos, sino también para el derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de refugio y asilo, el sistema internacional de lucha contra la trata de personas o de persecución del crimen organizado, etc. En el caso de los derechos humanos, la CIDH ha declarado que la prohibición de la tortura, de las desapariciones forzadas y de las ejecuciones extrajudiciales es hoy una norma de *juscogens*. No ha declarado, como tal, otra práctica.

un grupo guerrillero, cuyos líderes hayan cometido crímenes internacionales, se conceda una amnistía a cambio de la firma de un acuerdo de paz, ésta será rechazada porque las leyes de amnistía están en contra del imperio del derecho internacional penal. Otras posibles consecuencia de la no punibilidad de los grandes crímenes es que se abre la posibilidad o de la intervención militar humanitaria para proteger a la población víctima de las atrocidades, como lo establece la doctrina de la Responsabilidad de Proteger, o la intervención de tribunales internacionales orientada a procesar y juzgar a los supuestos violadores de los derechos humanos. El establecimiento de estos tribunales priva a los Estados soberanos del monopolio de la ley penal. Es importante subrayar que estos dos efectos reducen de manera importante la posibilidad de que en los diálogos del gobierno con las Farc se pueda acordar una amnistía o perdones judiciales a cambio de un compromiso de paz. Sin embargo, esta limitación jurídica no es absoluta como voy a explicarlo.

Para desarrollar esta explicación es necesario plantear primero que el objetivo que el ER persigue es evitar la impunidad ante lesiones graves de los derechos humanos en el territorio de un Estado. Puede suceder que la falta de castigo esté producida por la incapacidad de las autoridades para procesar y castigar o por complicidad del Estado con los criminales, o puede darse el caso de que la falta de persecución penal sea una herramienta del Estado para poner fin a un largo conflicto de manera que se genere un proceso de reconstrucción de la sociedad. Lo que es indiscutido es que figuras como las leyes de punto final, las amnistías en blanco, las auto-amnistías o cualquier otra modalidad que tenga como fin afectar los intereses de las víctimas son inadmisibles desde la perspectiva del derecho internacional penal. Es decir, puede haber leyes de amnistía o de indulto pero estas leyes deben estar sometidas a límites relativamente claros impuestos por el derecho internacional penal.

En este sentido, las leyes de amnistía pueden ser una forma del perdón penal consagrado en las leyes de un país y que es parte constitutiva de su sistema de derecho. Este es el caso de Colombia, donde está consagrado constitucionalmente en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución de 1991, según el cual el Congreso de la República “puede conceder por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías e indultos generales por delitos políticos”. Y está establecido jurisprudencialmente en la Sentencia C 578-02 de la Corte Constitucional: “Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional

impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado Colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia”.

De este modo, si el gobierno colombiano en el proceso de diálogos con la guerrilla llegase a conceder amnistías por delitos políticos en el contexto normativo del “marco jurídico para la paz”, que comprende verdad, justicia, reparación y reforma institucional, estaría cumpliendo así una función social específica en función de la paz y la reconciliación. Ahora bien, siempre y cuando la concesión de la amnistía no esté planteada en función de garantizar la impunidad de los autores de violaciones del derecho internacional penal, sino por el contrario, si este mecanismo se utiliza en concordancia con el derecho nacional e internacional podría, entonces, ser aceptable por la comunidad nacional e internacional.

De este modo, las leyes de amnistía o de indulto no son, en toda circunstancia, incompatibles con el derecho penal internacional. Como han señalado varios tratadistas del derecho internacional el ER no es un mecanismo dogmático, indiscutible e inflexible, sino adaptable y abierto a los procesos de paz, pero bajo condiciones muy precisas. Por un lado el Artículo 6, inc. 5, del segundo Protocolo Adicional de las Convenciones de Ginebra permite la aplicación de tales leyes una vez terminadas las hostilidades y con miras a la reconciliación nacional;⁶ de otro lado, el propio ER abre un espacio para juicios de conveniencia políticos; este Estatuto contiene una serie de normas que harían compatible el perdón judicial de esta clase de crímenes en aras de alcanzar la paz. En su artículo 16, el ER establece la posibilidad de que al cometerse delitos graves de lesa humanidad y de guerra, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas “de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones”. Esto quiere decir, que el Consejo de Seguridad, uno de los órganos más importantes de las Naciones Unidas, pero de naturaleza

⁶ “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”. (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977).

eminentemente política, podría hacer una solicitud de suspensión del proceso frente a delitos graves, y conseguir así el aplazamiento de la investigación o el enjuiciamiento que se haya iniciado.

En este mismo sentido, otro importante artículo es el 17, que consagra el principio de la complementariedad. Con este principio se puede mostrar que “la CPI no desea sustituir ni desplazar la justicia penal nacional (como lo han hecho, por ejemplo los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); por el contrario, se pretende que sea la justicia penal del Estado territorial la que persiga los crímenes internacionales enumerados” (Ambos, 2008, 35).

Además, el ER consagra en el literal c) del inciso primero del artículo 53, la posibilidad de que el fiscal decida no iniciar una investigación basado en el interés de la justicia. El literal dispone que no se adelantará una investigación cuando “existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”. El ER afirma aquí con toda claridad que queda a discreción del fiscal el que una investigación pueda ser suspendida porque “no redundaría en interés de la justicia”. Esta norma se ha interpretado, como lo propone el internacionalista penal Kai Ambos, en el sentido de que dentro de esos intereses de la justicia está, precisamente, la paz (Ambos, 2010, 34 ss.).

La tensión entre justicia y paz, que atraviesa todo el problema que estamos considerando, está planteada en el mismo ER. “Si bien, escribe Ambos, el ER tiene como objetivo primordial poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales (arts. 5 a 8) y por primera vez ofrece una clara y consensual tipificación de esos crímenes, es de reconocer que el Estatuto no es un instrumento dogmático e inflexible, sino flexible y abierto a los procesos de paz” (Ambos, 2008, 34).

Otro elemento que demuestra la flexibilidad del ER es que se puede acudir a una figura equivalente a la que existe en el derecho penal como causales de justificación o de exculpación, esto es, a la extrema necesidad para justificar al Estado que no puede perseguir en tales situaciones. Frente a los crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, no debe existir impunidad; esta es la idea fundamental. El castigo de los crímenes mencionados tiene que ser la regla en el derecho internacional. “Sólo puede haber excepciones en caso de un estado de emergencia nacional extrema. Las condiciones para estos casos extremos deben definirse en forma restrictiva. La existencia de este

estado de excepción puede llevar a una suspensión temporal de las acciones penales, pero no a una impunidad definitiva. Es decir, que se trata de una persecución penal diferida en el tiempo, pero no de una renuncia definitiva al derecho de aplicar una pena en el marco del derecho internacional” (Ambos, 2008, 38). Esto quiere decir, que en situaciones excepcionales, como en el caso del involucramiento de altos mandos militares de las fuerzas armadas en graves violaciones de los derechos humanos en un Estado debilitado por la guerra, pero con posibilidades de hacer un proceso de paz, se puede acordar una suspensión temporal de las acciones penales en el contexto del derecho internacional.

Así pues, según el ER se podría establecer que en estos casos excepcionales pueden proceder amnistías o perdones judiciales a los autores de graves violaciones de los derechos humanos. Habíamos dicho anteriormente que la consecuencia que se sigue de no juzgar ni condenar a los autores de crímenes atroces es la intervención de tribunales internacionales, “[según el principio de la complementariedad establecido en el artículo 17 del ER], y que esto reduce significativamente la posibilidad de acordar en los diálogos de paz una amnistía para los miembros de las Farc. Pero el sentido de esta afirmación no es absoluto, como puede apreciarse de la interpretación de los artículos 16, 17 y 53 del ER, y de lo afirmado en el segundo Protocolo Adicional de las Convenciones de Ginebra, que posibilitan conceder amnistías a los responsables de crímenes contra la ley penal internacional. Estas normas muestran que el ER y el segundo Protocolo no son un obstáculo para la paz.

SEGUNDO CONTEXTO NORMATIVO: LA TEORÍA RETRIBUTIVA DE LA JUSTICIA.

La base jurídica y filosófica de la teoría del castigo tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional es el retributivismo. Vamos a precisar primero sus características más fundamentales, sus límites y sus debilidades antes de exponer en la tercera parte una vía alternativa a la teoría retributiva.

La perspectiva dominante en el tratamiento de las conductas criminales afirma que cuando los criminales no son juzgados, declarados culpables y castigados, ellos gozan de una forma de impunidad, que sugiere que ellos están por encima de la ley. La idea aquí es que el imperio de la ley requiere que ninguna persona esté por encima de ella y que todos estén sujetos al mismo

tratamiento frente a la ley. La doctrina retributiva declara que si una persona debe ser castigada, esto debe decidirse por referencia solamente a las ofensas legales cometidas por ella. La doctrina retributiva contiene dos demandas: que solamente las personas que hayan cometido crímenes deben ser castigadas y que los castigos deben ser proporcionales al tipo de crimen cometido, de tal manera que los más serios crímenes reciben los más severos castigos y los menos serios reciben los castigos menos severos. De este modo, el principio retributivo se puede plantear así: todas y solamente aquellas personas que hayan cometido crímenes deben recibir castigos justos, en la medida en que éstos estén en proporción con la seriedad de sus respectivos crímenes. Entre los autores clásicos de la filosofía han sido considerados Kant y Hegel como los más importantes representantes de esta orientación filosófica y jurídica. Voy a exponer brevemente sus ideas sobre esto.

Kant justifica la existencia del Estado como un sistema legal en función de la protección de la libertad (Kant, 1989) y lo considera como un sistema que tiene poderes de imposición coercitiva; por esta razón el Estado debe ser justificado. Cualquier violación de la libertad individual es injusta o contraria al derecho y la coerción que previene la violación de la libertad individual está justificada. El castigo limita por tanto en un grado importante la libertad del ofensor. Para Kant, una tal limitación de la libertad del ofensor es aceptable porque esto asegura no volver al estado de naturaleza (Sheid, 1983, 265). De este modo, debido a que un sistema de castigo es parte integral del sistema legal, la justificación del Estado implica, por tanto, un sistema de castigo, al menos en la medida en que el castigo promueve ese fin que legitima al Estado. La implicación clara de esto es que la institución del castigo es justificada como parte de un sistema legal debido a que éste tiende a asegurar la libertad de cada persona contra la violación por parte de otros (Kant, 1989, 40).

De todo esto derivan los siguientes asuntos: de un lado, Kant considera que mientras que un sistema legal tiene poderes de imposición coercitiva en términos de asegurar la libertad individual, ningún individuo debe ser utilizado como un simple medio para obtener ese resultado. Así, si la pretensión de justificar el castigo es el control criminal, este fin debe ser perseguido de forma moralmente aceptable, es decir, de manera que le de un respeto moral a las personas a quienes se les imponga el sistema penal.

De otro lado, una vez que un Estado es establecido, la justicia penal debe ser aplicada en su interior de una manera consistente. En la medida en que el principio retributivo exige que todos aquellos que hayan cometido crímenes

sean castigados, sería inconsistente que el Estado se abstuviera de castigar a una persona que haya cometido un crimen argumentando alguna consideración particular, por ejemplo, la debida obediencia de un militar a su superior, la posición privilegiada del jefe del Estado o un acuerdo de paz. De acuerdo con los principios retributivos, hasta al último criminal se le debe imponer el castigo estricto.

Hegel en su *Filosofía del derecho* afirma que el castigo es el restablecimiento del derecho, en la medida en que el derecho niega a la vez la negación del derecho que representa el delito. El crimen es una coerción injustificada porque ella viola el derecho a la libertad. El castigo es una segunda coerción dirigida contra la primera; es una coerción de la coerción. Como tal el castigo es una coerción justificada. El castigo no es por tanto un daño que es contrario al derecho, sino que es el camino por medio del cual el derecho se mantiene a pesar de la transgresión (Williams, 1997, 171). El castigo es necesario porque fallar en castigar la transgresión permitiría que ésta permanezca y a través de esto se convierta en parte del orden social. Si fuese permitido que la transgresión permanezca esto sería equivalente a reconocer el mal como correcto y la injusticia como justicia. Castigar a un ofensor porque él ha violado la ley es castigarlo porque se merece el castigo. Para Hegel, el castigo es no solo el derecho del Estado para desarrollar y legitimar la ley, sino también, el derecho del transgresor no sólo de ser castigado, sino también, de ser reconocido como un ser humano.

Para Hegel, castigar es el derecho del criminal como una persona libre; negarse a castigar a partir de considerar al criminal como un hombre sin posibilidad de reformatión, es tratarlo como una cosa distinta a un ser humano. En suma, el castigo es necesario sólo desde el punto de vista del derecho y la justicia. Y este es el punto de vista desde el cual Hegel se centra en la justificación del castigo y de su racionalidad immanente.

En las teorías retributivas expuestas se considera que la base moral del castigo es la ofensa cometida y por esto se orientan hacia el pasado. De acuerdo con estas teorías, cuando se castiga el criterio moral es el criterio de justicia. El castigo se justifica moralmente porque hacemos justicia cuando castigamos. El castigo es justo porque es merecido a través de la ofensa. Esto significa que es justificado porque es una retribución. Es un daño que el ofensor se ha merecido por medio de su ofensa, un daño por medio del cual el Estado le regresa al ofensor aquello que él le ha dado. Cuando se habla de la justificación moral del castigo, las consecuencias del castigo son irrelevantes.

Cuando un castigo es merecido y es una ejecución de la justicia, el castigo está justificado moralmente y no hay más discusión (Primoratz, 1989, 7). Pero antes de ver cómo la teoría retributiva se relaciona con la teoría restaurativa vamos a exponer algunas importantes críticas a esta concepción hechas en sociedades en procesos de transición.

Según la teoría retributiva hay fuertes razones para pensar que la justicia criminal puede contribuir al establecimiento de una comunidad democrática de derecho. Esto lo pensaron los grandes retributivistas desde Hobbes y Kant hasta Hart y Kelsen. Enjuiciar a criminales reafirma el principio de que nadie está más allá del alcance de la ley y que los ciudadanos tienen derechos. Los juicios a los violadores de derechos humanos reafirman la autoridad de las instituciones democráticas y ayudan a que los miembros de la comunidad recuperen el sentido del respeto que habían perdido. El castigo se vincula con la consolidación de instituciones de autoridad democrática, especialmente las judiciales. Este es el caso en las “sociedades democráticas normales”. Pero el problema en sociedades que están saliendo de la guerra o de un régimen dictatorial es que estas ventajas de las medidas retributivas pueden no darse por los inconvenientes de llevar a cabo juicios a los violadores de derechos humanos. Es claro que no es posible investigar y castigar a todos los posibles autores de grandes atrocidades. Ningún sistema judicial del mundo tiene la capacidad de perseguir todos los delitos y castigar a todos los culpables. Ni en Nuremberg ni en los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (ICTY) y para Ruanda (ICTR) se ha castigado a todos los posibles autores de violaciones del derecho internacional penal.⁷

En El Salvador y en Sudáfrica no fue viable juzgar a los criminales de los dos bandos porque ellos no aceptaban la vía de la justicia retributiva para someterse a las condiciones de una negociación. En Argentina los juicios criminales fueron considerados al inicio de la transición a la democracia como desestabilizadores porque los castigos aumentaron el sentimiento de lealtad hacia los militares juzgados, produjeron la idea de que eran juicios políticos por haber sido impuestos solamente sobre unos pocos que habían sido seleccionados y por haber impuesto castigos que se consideraron inmerecidos. Esto condujo a que se afirmara que el poder judicial en los primeros años de la transición a la

⁷ Nuremberg no juzgó a todos, pero hay que destacar que fueron casi 5.000 juicios que se hicieron inmediatamente después del Tribunal de Nuremberg en las cuatro zonas de la Alemania ocupada por los aliados, aplicando la Ley 10 del Consejo del Control Aliado, muchos de los cuales terminaron con sentencias de pena de muerte y cadena perpetua, después, si, en muchos casos conmutada por las autoridades alemanas.

democracia, lejos de administrar justicia, se había ajustado a las conveniencias políticas. En vez de reforzar la autoridad que la rama judicial pudiera haber obtenido, los juicios tuvieron el efecto contrario (MalamudGoti, 2006, 174). De este modo, se puede decir que los juicios a los violadores de derechos humanos no lograron el objetivo de fomentar los valores democráticos y fracasaron en su intento de propagar la noción democrática de la supremacía de la justicia y la responsabilidad individual. En lugar de contribuir a unificar las múltiples versiones de una realidad social fragmentada, los tribunales ahondaron el conflicto entre los grupos antagónicos (Nino, 1996, 107 ss.).

Aquí es necesario precisar que no se trata simplemente de establecer un puente entre lo conceptual-normativo y la imposibilidad empírica de juzgar a todos, sino que se trata de señalar las dificultades políticas, culturales, humanas para realizar el deber ser de la justicia retributiva. En este sentido, la exposición de estos argumentos empíricos sobre la dificultad de juzgar a todos en estos países debe articularse con la exposición conceptual y normativa que desarrollaré en el próximo apartado sobre por qué normativamente es justo que no todos los autores de ciertos crímenes sean sancionados en algunas circunstancias.

De este modo, ante la imposibilidad de conseguir que sociedades que están saliendo de la guerra o de un régimen dictatorial avancen hacia la consolidación de la democracia mediante la utilización de juicios criminales, surgió en los años ochenta del siglo pasado en Argentina, Sudáfrica, Chile y más tarde en Perú, un modelo alternativo a la justicia retributiva, a saber, la justicia restaurativa como un camino para alcanzar otra forma de justicia.

Esta relación entre el derecho internacional penal y la concepción retributiva de la justicia que venimos estudiando y en las que se supone el juzgamiento y condena de los responsables de crímenes atroces, se puede ver de otra manera si se considera la relación con la justicia restaurativa. No tiene que ser una relación en la que la paz excluya la justicia o viceversa. Se ha dicho algunas veces que la justicia y la paz no pueden coexistir. Vamos a ver que no hay incompatibilidad entre esos dos valores en la medida en que pueda mostrarse que la verdad está vinculada con cierta forma del reconocimiento público de los actos criminales. Se puede pensar que es muy difícil que en una transición de la guerra a la paz se piense que la justicia y la búsqueda de la paz se puedan ver como procesos paralelos y que se benefician mutuamente. No necesariamente la justicia implica paz ni tampoco la paz implica justicia. La tendencia normal es considerar que si los criminales no son procesados y juzgados ellos quedan

libres de toda culpa y responsabilidad, y que la justicia no ha sido realizada. Sin embargo, se podría pensar en un proceso transicional en el que los violadores de la ley sean juzgados, pero no encarcelados, como lo propone Jean Hampton: “Si un criminal se arrepiente y ha experimentado una gran pena por el crimen que cometió (si ha “sufrido lo suficiente”) se le podría otorgar una suspensión de su sentencia o un perdón (no precisamente una libertad condicional)” (Hampton, 1981, 235). En este caso se puede decir que su educación moral se ha realizado y que el ejemplo de su arrepentimiento será una lección suficiente para el público en general. “Además, debido a que el Estado se concibe a sí mismo castigando las violaciones al derecho, es apropiado permitir para éste ciertos tipos de excusas y mitigar circunstancias para suavizar el castigo infligido para el crimen en cuestión” (Hampton, 235, 1981).⁸

Es necesario, entonces, entender de manera más flexible la tesis penal del retributivismo, según la cual los perpetradores de delitos atroces no queden en la impunidad. La impunidad solamente se da cuando los criminales quedan libres de toda culpa y responsabilidad, no cuando ellos están sujetos a un sistema alternativo para averiguar quién es el criminal, poder condenarlo públicamente y establecer las responsabilidades (May, 2005 243 ss.). Esto implica considerar no sólo los derechos de las víctimas, sino también la perspectiva de los acusados y las necesidades de la sociedad. Los derechos de las víctimas son fundamentales en un proceso de búsqueda de la paz, deben ser reconocidos y los responsables de los males causados deben ser identificados y condenados públicamente. Para desarrollar esta idea mostraré de qué manera en un sistema alternativo al retributivo es posible determinar la responsabilidad del criminal y la condena pública de los actos criminales.

TERCER CONTEXTO NORMATIVO: LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Esta idea de justicia puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizada por las respuestas legales para confrontar los daños de los regímenes represivos anteriores. La justicia transicional se plantea el problema de cómo las sociedades que salen

⁸ Hampton refiere otras formas de castigo que se están ensayando en los Estados Unidos, Canadá y Gran Bretaña relacionadas con violadores sexuales. “En tales programas, violadores sexuales son sometidos a una forma distinta de experiencia a la de la prisión: en pequeños grupos dirigidos por un terapeuta, son obligados a escuchar las palabras y acusaciones de las víctimas de la violación, y ellos se meten en un juego de roles en los que ellos asumen el rol de las mujeres que han violado” (Hampton, 138, 2007).

de períodos de guerra civil o de dictaduras tratan con los legados de violencia y violación de los derechos humanos. Ella comprende todos los procesos y mecanismos asociados con la forma como una sociedad enfrenta el legado de grandes y graves abusos para poder garantizar la responsabilidad individual, servir a la justicia, y conseguir la reconciliación. La justicia transicional puede incluir mecanismos judiciales y no judiciales con diferentes niveles en el tratamiento del juzgamiento de los individuos, la búsqueda de la verdad y la reforma institucional.⁹

Uno de los componentes de la justicia transicional es la justicia restaurativa, que ha sido concebida para rectificar profundas injusticias mediante la restauración de la dignidad humana y civil de las víctimas. En las situaciones de transición, afirman los teóricos del modelo restaurativo, las sociedades deben buscar otros caminos para realizar algunos de los fines de la justicia, como el de proveer algunas medidas de justicia para las víctimas a través de permitirles expresar sus historias, reconocer su sufrimiento, investigar la verdad sobre lo que pasó y restaurar el orden moral a través de establecer alguna medida de responsabilidad por parte de aquellos comprometidos en las graves violaciones de los derechos humanos (Rincón, 2010, 45-121). Para algunos defensores del modelo sudafricano de justicia restaurativa, así como para sus representantes en América Latina (Argentina, Chile y Perú), el tipo de justicia que se puede alcanzar en una situación de transición es una justicia alternativa. Ésta constituye el tipo de justicia posible debido a la imposibilidad o dificultad de procesamiento y castigo.

De este modo, uno de los problemas fundamentales que tuvieron que resolver tanto la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación como las Comisiones de Verdad en Argentina, Chile, Perú, Timor East y Sierra Leona, consistió en justificar moralmente el intercambio de la justicia retributiva por la

⁹ Unadiferenciación conceptual entre los diferentes modelos de justicia transicional realizada en: Naomi Roth-Arriaza, "The new landscape of transitional justice", en Naomi Roth-Arriaza and Javier Mariezcurrena, *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pág. 1-16; Jon Elster (Editor), *Retribution and Reparation in the transition to democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Jon Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; Priscila B. Hayner, *Unspeakable Truths*, New York, Routledge, 2002, Ruti G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Boston, Beacon Press, 1999. Angelika Rettberg, (compiladora), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Ediciones Uniandes y Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Bogotá; Revista de Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario, Vol. 7, Bogotá, 2005; Camila de Gamboa (Editora), *Justicia transicional: teoría y praxis*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006; Rodrigo Uprimny, María Paula Saffon, Catalina Botero, Esteban Restrepo, *Justicia transicional sin transición*, Bogotá, Centro de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, 2006. Gary Smith y Avishai Margalit, *Amnestie oder die Politik der Erinnerung in der Demokratie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997.

verdad.¹⁰ Para hacer esto sus defensores mostraron que existen bienes morales como la reconciliación social y el establecimiento de la verdad histórica que son equiparables al bien moral de la justicia retributiva (Tutu, 1999). Si estos bienes son equiparables al bien moral de la justicia retributiva, dice su argumento, es posible, entonces, justificar la renuncia al propósito de la justicia retributiva en procesos de transición. Las concepciones constitutivas morales de verdad y reconciliación, propias de las comisiones de la verdad, se presentaron de este modo como alternativas coherentes, al menos en las circunstancias de la justicia transicional en estos países, a las nociones retributivas de justicia que requieren procesamiento y castigo (Crocker, 2000).

En la perspectiva de la justicia restaurativa se afirma, de un lado, que en un proceso transicional el sufrimiento de las víctimas debe ser reconocido mediante una vía distinta a la retributiva; de otro lado, que los perpetradores deben ser hechos responsables frente a las exigencias de verdad y reparación de las víctimas; además, que los transgresores deben realmente arrepentirse y buscar así el perdón de sus víctimas; finalmente, que la justicia no requiere necesariamente la implementación de medidas punitivas, pues con un mecanismo como la comisión de la verdad es posible que los ciudadanos apelando a sus propias tradiciones culturales logren la justicia, la verdad y la reparación. El esclarecimiento de la verdad y el establecimiento de hechos históricos podrían alcanzarse con independencia de un proceso penal, e incluso con mayor eficacia que en éste. Sin embargo, en tales casos no se puede dar una vulneración del Estado de derecho y el principio de un juicio justo.

Con la utilización de este enfoque alternativo a la justicia retributiva se trata de forma fundamental que no se llegue a permitir una amnistía total o general para los criminales. Esto es especialmente importante en sociedades que están saliendo de la guerra o de la dictadura en las que se carece de condiciones fácticas y jurídicas para procesar y juzgar a los responsables en un proceso justo.

El modelo de justicia restaurativa presentó también, como el retributivo, grandes limitaciones especialmente en América Latina para contribuir al fomento de los valores democráticos y para estabilizar las sociedades que salían de la dictadura o de la guerra. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de

¹⁰ Sobre este problema considero importantes los siguientes artículos y libros: Amy Gutmann and Dennis Thomson, "The moral foundations of truth commissions", Kiss Elizabeth, "Moral ambition within and beyond political constraints: Reflections on Restorative Justice", André Du Toit "The moral foundations of the South Africa TRC: Truth as Acknowledgment and justice as recognition, estos tres en: R.I. Rotberg and D. Thompson, (comps.), *Truth v. Justice*, Princeton, Princeton University Press, 2000. Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Boston, Beacon Press, 1999.

Personas de Argentina (CONADEP) documentó un total de 8.960 muertos y desaparecidos durante el período de 1975 a 1983. Su informe, titulado *NUUNCA MÁS* fue el primer reporte publicado por una Comisión de Verdad e indicó, más allá de toda duda, la naturaleza y extensión de la represión por parte del régimen militar (CONADEP, 1991). Sin embargo, la política de la verdad en Argentina se vio afectada por las consecuencias que produjo tanto el informe de la CONADEP, como el juzgamiento por parte de los Tribunales argentinos de más de 500 oficiales, —el famoso “juicio a las juntas”—, al generar rebelión y resistencia por parte de los militares. Ante las amenazas de desestabilización o de un posible retorno de los militares al poder, primero, el gobierno del presidente Raúl Alfonsín buscó una negociación con los representantes del anterior régimen, y para esto fueron promulgadas las llamadas leyes de impunidad (Ley de punto final y Ley de obediencia debida) (MalamudGoti, 2003, 34). Más tarde, el gobierno de Carlos Menem iría todavía más lejos, indultando por decreto a los militares y participantes de organizaciones armadas que habían sido condenados durante el gobierno de Alfonsín (Nino, 1996, 107). Esto en términos políticos significó que la amnistía se convirtió en la concesión inevitable que tuvo que aceptar la sociedad argentina durante los diez primeros años posteriores a la transición, para evitar el retorno de la dictadura. La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile operó entre 1990 y 1991 y al igual que la comisión Argentina no sólo estableció las estructuras generales de la represión a través de las cuales fueron cometidos los crímenes, sino que también intentó determinar una verdad detallada sobre qué había sucedido con cada una de las víctimas conocidas por la comisión. La Comisión Rettig, como fue llamada según el nombre de su presidente, y la Corporación de Reconciliación y Reparación, creada por el presidente Patricio Aylwin en 1992, documentaron un total de 3.196 muertos y desaparecidos durante el período de la dictadura (Comisión Nacional, 1996). La Comisión Rettig no tenía poder para establecer la responsabilidad legal, pero además estaba completamente limitada en sus posibilidades de acción, puesto que la mayoría de los crímenes cometidos durante la dictadura no podían ser investigados ni juzgados debido a la ley de amnistía propuesta por el mismo Augusto Pinochet en 1978, con la cual se garantizó, por lo menos durante casi dos décadas, la impunidad de la cúpula de las fuerzas armadas y del mismo dictador (Orozco, 2005), (Atria, 2003).

La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación del Perú (CVR) constituye el más ambicioso proyecto de esclarecimiento de la verdad desarrollado en

América Latina. La CVR inició su trabajo en 2002 y entregó su informe final en agosto de 2003.¹¹ Al igual que en Sudáfrica, la CVR del Perú promovió un amplio proceso público. La CVR encontró que la cifra más probable de víctimas fatales en las dos últimas décadas del siglo veinte fue de más de 69.000 muertos o desaparecidos a manos de las organizaciones subversivas o por obra de agentes del Estado. La CVR ordenó también la exhumación de tumbas clandestinas, en las cuales fueron identificadas 4.600 personas, ordenó reparaciones a víctimas individuales y contribuyó al avance de procesamientos criminales al identificar y nombrar a muchos de los perpetradores en el reporte final. Entre otros objetivos, la CVR buscó además determinar las causas de la violencia, contribuir a la clarificación de los crímenes y de las violaciones a los derechos humanos y a identificar a aquellos responsables por estos actos. Pero, al igual que otras comisiones de la verdad, la CVR tampoco pudo convertir el asunto de buscar la verdad en un elemento para realizar la reparación y para avanzar en los juicios a los criminales, debido a la ineficiencia y lentitud en el manejo de los procesos criminales por parte del Ministerio Público, a la irresponsabilidad y corrupción existentes en muchos sectores del Poder Judicial, a la presencia de obstáculos políticos contra las pretensiones de la CVR y a la falta de una estrategia común por parte del Estado para articular los resultados del informe de la CVR con los propósitos de reparación, reconciliación y castigo (González, 71-83).

De este modo, es importante decir que aunque en Argentina y Chile se desarrolló una política de la verdad y de la reparación en el inicio de cada uno de los procesos de transición a la democracia, esta política se vio truncada en Argentina y en Chile, de un lado, por las limitaciones a que se vio sometida debido a la imposibilidad de juzgar a los perpetradores de crímenes atroces, de otro lado, por la imposibilidad de establecer mediante la vía restaurativa la culpa, la responsabilidad y el reconocimiento de los daños causados; en el Perú aunque ha habido un gran avance en la aplicación del derecho penal, se han dado grandes tropiezos por las dificultades para convertir la verdad en una ayuda para avanzar en los procesos de reparación y en las investigaciones criminales.

¿Qué significan las limitaciones de la práctica restaurativa promovida por las comisiones de la verdad en Argentina, Chile y Perú para las víctimas de graves abusos e injusticias perpetradas por organizaciones subversivas, paramilitares o agentes del Estado? ¿Qué significa para las víctimas no poder conseguir una razonable satisfacción de sus pretensiones a la verdad y a la reparación? La

¹¹ El reporte final constaba de diez volúmenes y fue publicado en agosto de 2003.

justicia restaurativa y retributiva buscan cada una a su manera no solamente establecer la verdad sobre las injusticias pasadas y revertir el silencio y la negación de los años de las dictaduras o del conflicto interno, sino que buscan también hacer que los perpetradores de las graves injusticias admitan el conocimiento de los hechos criminales y asuman su responsabilidad política y moral. Estos dos procesos de la verdad están estrechamente relacionados: la “verdad fáctica” que es significativa en los procesos de esclarecimiento de los hechos particulares y de las circunstancias bajo las que se dieron las graves violaciones de los derechos humanos tiene que estar articulada con la “verdad como reconocimiento”, que implica el reconocimiento público de las atrocidades políticas y de las violaciones de los derechos humanos por parte de los perpetradores.¹²

La articulación de estos dos procedimientos de la verdad no se produjo en ninguno de los casos estudiados. Aunque en el proceso de esclarecimiento de la “verdad fáctica” en Argentina, Chile y Perú, las víctimas y la sociedad en general pudieron superar una carencia definitiva del conocimiento de los hechos relevantes y remplazar un sentido generalizado y difuso de lo que sucedió por una explicación más precisa, el momento de la “verdad como reconocimiento” fue frustrado. En Argentina, Chile y Perú sucedió que a pesar de que se tenía esta verdad sobre los hechos, consignada en los respectivos informes de las comisiones de la verdad, la ocurrencia de tales violaciones fue negada categóricamente, en la medida en que la narrativa obtenida por medio de la política de la verdad no pudo obtener vinculación alguna con políticas de reparación de las víctimas, con reformas institucionales orientadas a la no repetición de la violencia y con acciones judiciales contra los perpetradores. En Argentina y en Chile de manera radical durante casi dos décadas, mediante la puesta en marcha de una política de la impunidad. En el Perú de forma subrepticia, a través de la dilación de los procesos criminales y del sometimiento del poder judicial a los arbitrios de la política.

Cuando en una sociedad es imposible articular estos dos procedimientos de la verdad, de lo que se trata para la sociedad en cuestión es que la víctima olvide las injusticias del pasado. Dicho en términos de la teoría del reconocimiento, es negarle a la víctima el reconocimiento por el sufrimiento y el daño causado. Esta fue, precisamente, la pretensión de las amnistías generales implementadas en Argentina y Chile en las décadas de los ochenta y noventa; de las prácticas

¹² Este punto, señalado por Thomas Nagel en una conferencia auspiciada por el Aspen Institute, se ha vuelto famoso en la literatura sobre justicia transicional. Citado en Lawrence Weschler, “Afterword”, en: *State Crimes, Punishment or Pardon*, Washington, D.C., 1989, pág. 93.

de dilación, entorpecimiento y obstrucción de los juicios de derechos humanos y de los procesos para conseguir la reparación de las víctimas, efectuadas en Perú.

Exigirle a la víctima que olvide las injusticias del pasado es en realidad una orden de no recordar públicamente las pasadas injusticias, es negarle a la víctima, en términos de Thomas Nagel, que “entre a formar parte de la esfera pública cognitiva” (Nagel, 1989, 93). Contar la verdad sin que haya reparaciones, reconocimiento de la responsabilidad, procesamientos judiciales, ni reforma institucional, convierte a las historias y a las explicaciones de las víctimas en un gesto vacío, en “palabrería barata” (De Greiff, 2006, 461). En estos casos la cuestión no es tanto la de una carencia de conocimiento, sino la de negar la existencia de las atrocidades políticas. Esto es un problema de poder político. De un lado, la sociedad en general y las víctimas en particular tienen un amplio conocimiento de los hechos particulares y de las circunstancias bajo las que se dieron las graves violaciones de los derechos humanos, pero de otro lado, se niega el reconocimiento público por parte de los perpetradores de su responsabilidad en esos hechos. Los daños morales que son negados públicamente terminan desmoralizando a la víctima y destruyendo su propio sentido del respeto. Como dice Jeffry G. Murphy, cuando una persona es dañada, ella recibe un mensaje de marginalidad e irrelevancia. El criminal comunica mediante su acto criminal que la víctima no cuenta para nada. Pero si además se exige a las víctimas que olviden los daños del pasado, la consecuencia para las víctimas es que ellas son tratadas como si no se les hubiese hecho un daño, como si ellas no debieran tener por esto ningún resentimiento (Murphy, Hampton, 1989, cap. 1 y 3). El llamado a olvidar refuerza la pérdida de la autoestima en la víctima. Para las víctimas esto es un redoblamiento de la violación física. A la víctima se le comunica, como dice Murphy, primero, mediante la violación física que ella no cuenta para nada, y que su dolor real, el sufrimiento y el trauma que lo acompañan son irrelevantes. La violación política consiste, segundo, en la negación pública del reconocimiento de la primera violación física. Esto equivale a una negación de la dignidad humana y cívica de las víctimas. Mediante esto los perpetradores establecen las condiciones de su poder. Bajo estas condiciones ellos sienten que pueden cometer todo tipo de atrocidades, continuar haciéndolo en la impunidad, y vivir con la seguridad de que tales daños pueden ser infligidos sin resistencia en el futuro.

Para una sociedad en transición constituye por tanto una prioridad política insistir en procesos de reconocimiento público de las atrocidades políticas y

de las violaciones de los derechos humanos. Esta forma de reconocimiento es importante precisamente porque constituye una forma de descubrir el significado y el valor de las personas como individuos, como ciudadanos y como víctimas (De Greif, 2006, 460). En este sentido, comisiones de verdad o mecanismos judiciales de reconstrucción de la verdad, que sean capaces de convertir el ejercicio de develar la verdad en un instrumento apto para promover la reparación, el arrepentimiento del victimario, el perdón de la víctima y las investigaciones criminales, pueden jugar un papel muy importante. “Solamente a través de recordar es posible restaurar la dignidad y el respeto de las víctimas”, escribe Rajeev Bhargava (Bhargava, 53). Olvidar no es una buena estrategia para sociedades que transiten hacia la consolidación de instituciones democráticas o que busquen la paz. Fallar en no reconocer las injusticias del pasado conduce a las sociedades a producir ciclos de desconfianza, odio y violencia. El propósito de recordar públicamente daños específicos es hacer que los perpetradores admitan el conocimiento y asuman la responsabilidad por los crímenes cometidos por ellos. Así, el reconocimiento de que se cometieron graves daños en el pasado, que mucha gente fue severamente victimizada y que individuos, grupos y comunidades enteras han sido identificados como responsables por esos crímenes, hace posible la restauración de la dignidad humana y civil de las víctimas, el surgimiento de un nuevo orden moral y político; y esto da a las víctimas la confianza requerida para entrar como participantes normales del orden político emergente. Así, para desarrollar una confianza en el proceso de transición es definitivo que las graves injusticias cometidas en el pasado sean reconocidas públicamente como graves injusticias, como males morales, y que los perpetradores de esos daños reconozcan su completa responsabilidad por sus actos criminales. De este modo, la justicia requiere de un procedimiento particularizado de reconocimiento público, como una comisión de verdad o mecanismos judiciales de reconstrucción de la verdad, para restaurar la dignidad humana de las víctimas e imponer medidas adecuadas de responsabilidad a los perpetradores.

Finalmente, es importante aclarar que estas situaciones de no reconocimiento de las pretensiones a la verdad, la justicia y la reparación que tenían las víctimas en los tres países mencionados cambiaron significativamente hacia finales de la década de los noventa con la creación de unas condiciones políticas, jurídicas y de opinión pública en contra de la impunidad en materia de derechos humanos. Primero en Argentina, el Congreso Nacional decidió, el 26 de marzo de 1998, derogar las dos polémicas leyes de impunidad (Ley de

punto final y Ley de obediencia debida) y, posteriormente la Corte Suprema de Argentina consideró, en el caso “Simón”, inconstitucionales a estas leyes; esto hizo posible que nuevamente la justicia pudiera ponerse en marcha y estableciera la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía propuestas por los gobiernos de Alfonsín y Menem.

De igual manera, cuando Pinochet fue detenido en Londres el 16 de octubre de 1998 a pedido del juez Baltazar Garzón, se generó en Chile y en general en Latinoamérica un importante movimiento de luchas sociales y políticas dirigido a dar fuerza a las disposiciones internacionales vigentes en materia de derechos humanos. En Chile, tras la vuelta de Pinochet luego del escándalo internacional producido por el proceso de extradición, se produjo un cambio muy importante en el movimiento social y en la situación político-jurídica; así, solamente en 1998 se presentaron diecisiete nuevas querellas en contra del ex dictador y la opinión pública se mostró favorable a la detención y juzgamiento de Pinochet. Finalmente, el ex dictador no pudo ser juzgado por motivos de salud y de “senilidad”.

En igual sentido, en 2001, la CIDH en el caso “Barrios Altos v. Perú” sostuvo, citando los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, que las leyes de amnistía, prescripción, y similares, destinadas a excluir de responsabilidad a los agentes estatales acusados de violaciones graves a los derechos humanos, estaban prohibidas por contradecir el derecho internacional de los derechos humanos. Esto hizo posible derogar la Ley de Amnistía que el Congreso Nacional Peruano dictó bajo el auspicio de Fujimori; de este modo la justicia penal pudo reactivarse, varios de los acusados fueron detenidos y Fujimori pudo ser responsabilizado de la matanza de Barrios Altos por los estrechos vínculos de su gobierno con el grupo armado involucrado en los hechos criminales.

Lo que contribuyó a lanzar, en Argentina, Chile y Perú, los juicios contra los involucrados en los crímenes de las dictaduras, fue, entre otras razones, los años forzados de impunidad penal. Argentina, Chile y Perú tuvieron Comisión de Verdad, tuvieron reparaciones, y han hecho un amplio ejercicio de memoria, tanto teórico como práctico. Y nada de esto, sin embargo, ha parado la búsqueda infinita por la justicia penal (Rincón, 2010, 23 ss.). Es importante tener en cuenta este posible escenario en el caso de Colombia.

CONCLUSIÓN

La pregunta central que nos propusimos investigar dice: ¿Es posible amnistiar en el marco del derecho internacional penal a autores de crímenes internacionales? Según *el primer contexto normativo* esto no sería viable porque desde la perspectiva del derecho internacional penal, consagrado en el Estatuto de Roma, la consecuencia que se sigue de no juzgar y condenar a los autores de crímenes internacionales es la intervención de la Corte Penal Internacional o de la Corte Interamericana de Justicia. El resultado de esto es la reducción de la posibilidad de acordar en los diálogos de paz una amnistía para los miembros de las Farc. Sin embargo, a partir de la interpretación de los artículos 16, 17 y 53 del ER encontramos que es posible conceder amnistías a los responsables de crímenes contra la ley penal internacional. En este sentido, nuestra tesis es que el ER no es un instrumento dogmático e inflexible, sino flexible y abierto a los procesos de paz. Ahora bien, la idea fundamental que se puede obtener de esta interpretación del ER es que la concesión de la amnistía no puede plantearse en función de garantizar la impunidad de los autores de violaciones del derecho internacional penal, sino por el contrario, en función de garantizar el cumplimiento de las condiciones de justicia transicional, a saber, verdad, justicia, reparación, reforma institucional y reconocimiento público de las atrocidades políticas y de las violaciones de los derechos humanos.

En el *segundo contexto normativo* se expusieron las razones por las cuales es necesario el castigo en una sociedad y cómo éste sirve para la consolidación de instituciones de autoridad democrática. Se consideró también que las ventajas de las medidas retributivas pueden no darse en sociedades que estén buscando salir de la guerra por los inconvenientes de llevar a cabo juicios a los violadores de derechos humanos. No poder juzgar a los grandes criminales condujo en varias sociedades a intentar un camino alternativo al retributivo. La idea es considerar en éste no sólo los derechos de las víctimas, sino también, la perspectiva de los acusados y las necesidades de la sociedad.

Este es el camino de la justicia restaurativa que expusimos como *tercer contexto normativo* y que propone como idea básica que la impunidad se da cuando los violadores de los derechos humanos quedan libres de toda culpa y responsabilidad, no cuando ellos están sujetos a un sistema alternativo para averiguar quién es el criminal, poder condenarlo públicamente y establecer las responsabilidades.

En Colombia, entonces, es necesario plantear, que tras el fin de estas conversaciones entre el gobierno y las Farc, se debe conformar una comisión

de la verdad que pueda hacer viable lo que en otros países se denominó un intercambio de la justicia centrada en el pasado por una centrada en el futuro. Para esta comisión, el asunto de la concesión de la amnistía a los miembros de las Farc debe estar enmarcado en los instrumentos de justicia transicional. El Estado en las acciones de juzgamiento, proferidas en el marco de la comisión de la verdad, debe poder suspender la ejecución de penas, aplicar sanciones extra judiciales y establecer penas alternativas bajo el aspecto recíproco del cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y el reconocimiento de la responsabilidad de los autores de actos criminales. La comisión de la verdad debe ser como un gran espacio de la razón pública en el cual los autores de graves crímenes admitan el conocimiento y la responsabilidad por sus actos y a través de esto hagan posible que las víctimas recuperen su dignidad y puedan participar como personas normales en la creación del nuevo orden político.

Las Farc tendrán que aceptar que la amnistía total es imposible y mostrar además una real voluntad en conceder algo, aceptar sus crímenes y responder de forma sustancial por los daños causados. Los hechos políticos y constitucionales de invalidación de las disposiciones de amnistía y prescripción que realizaron, de un lado, la Corte Suprema argentina en el caso “Simón” y, de otro lado, la CIDH en el caso “Barrios Altos v. Perú”, permiten mostrar por qué las acciones de juzgamiento —destinadas a amnistiar o indultar a los militares comprometidos en violaciones graves de derechos humanos— llevadas a cabo por los Estados en cuestión, resultan insuficientes a la luz de las exigencias de no impunidad definidas por el orden internacional de los derechos humanos. En suma, en la situación actual, nacional e internacional, la idea de una amnistía total en un proceso de negociación con la guerrilla es imposible.

BIBLIOGRAFÍA

▣Ambos, Kai (2010), *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (L. 975/05) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz"*, Temis, Bogotá

▣Ambos, Kai (2008), *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos Críticos*, Fontamara, México D.F.

▣Atria, Fernando, (2003), "La hora del derecho: Los 'derechos humanos' entre la política y el derecho", en: *Estudios Públicos*, No. 91.

▣Beitz Charles, (2009), *The idea of human Rights*, Oxford University Press, Oxford-New York.

▣Crocker, D.A., (2000), "Retribution and Reconciliation, en: *Philosophy and Public Policy*, Vol. 20 No. 1 University of Maryland.

▣Chandler David, (2004), "The responsibility to protect? Imposing the liberal Peace", in: *International Peacekeeping, Volume 11, Issue 1, 2004, Special Issue: Peace Operations and Global Order, (2004)*, 59-81.

▣Desmodt M. Tutu, (1999), *No Future Without Forgiveness*, Doubleday.

▣De Greiff, Pablo, (2006) "Justice and reparations", en: *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, pág.460-470.

▣Elster, Jon, (2004), *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press.

▣Evans, Gareth, *The Responsibility to Protect. Ending Mass Atrocity Crimes Once and For All*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2008.

▣Hampton, Jean (1981): "The Moral Education Theory of Punishment", en: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 13, No. 3, 208-238.

▣Hampton, Jean: (1991), "A New Theory of Retribution", en: Frey, Raymond Gillespie, Morris Christopher W. (Eds), *Liability and Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 377-414.

▣Hampton, Jean, (2007), *The Intrinsic Worth of Persons. Contractarianism in Moral and Political Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge.

▣Hegel, G.W.F., (1993), *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Libertarias Prodhufi, Madrid.

▣Hobbes, Thomas, (1994), *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F.

▣Jarstad Anna, Sisk Timothy (Ed.), (2008), *From War to Democracy. Dilemmas of Peacebuilding*, Cambridge University Press, Cambridge.

▣Kant, I., (1989), *Die Metaphysik der Sitten*, Werke in zwölf Bänden, Edit. W.

Weischedel, Frankfurt, Suhrkamp, 1997, Vol. VIII, (Cito, conforme a la edición en castellano: *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid.

▣Kleingeld, Pauline, (2010), "Weltbürgerimeigenen Land.Über Patriotismus und Kosmopolitismus", en: *Kosmopolitismus. Zur Geschichte und Zukunftfeinesumstrittenen Ideals*, Lutz-Bachmann, M., Niederberger, A., Schink, P., VelbrückWissenschaft, Göttingen.

Lafont Cristina. (2012), *Global Governance and Human Rights*, Spinoza Lectures, Van Gorcum, Assen.

▣Lerner Febres Salomón, (2006), "Tareas pendientes del sistema judicial en la protección de los derechos humanos", en: *Construyendo Justicia. Verdad, reconciliación y procesamiento de violaciones de derechos humanos*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, OXFAM Programa Perú, Lima, pág., 139-142.

▣Lefranc, Sandrine, (2005), *Políticas del perdón*, Grupo Editorial Norma, Bogotá.

▣Malamud-Goti, (2006), "Lo bueno y lo malo de la inculpación y las víctimas", en: *Justicia Transicional: Teoría y Praxis*, Ed. De Gamboa, C., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá.

Malamud-Goti, Jaime, (2003), *Los dilemas morales de la Justicia Internacional*, Miño y Dávila Editores, Ciepp, Buenos Aires.

▣Meyer, Lukas H. (2005), *Historische Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin, New York.

▣Murphy, J.G., Hampton, J., (1988), *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press.

▣Nagel Thomas, 2005, "The Problem of Global Justice", en: *Philosophy & Public Affairs*, 33, No. 2, 113-147.

▣Nagel, Thomas, (1989), Su intervención sobre justicia transicional se dio en una conferencia auspiciada por el Aspen Institute. Citado en Lawrence Weschler, "Afterword", en: *State Crimes, Punishment or Pardon*, Washington, D.C., 1989, pág. 93.

▣Nino, Carlos, (1996), *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, London.

▣Meyer, Lukas H. (2005), *Historische Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin, New York.

▣Nickel James, (2007), *Making Sense of Human Rights*, Blackwell Publishing, Malden.

▣Orozco Abad, Iván, (2005), *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Bogotá, Universidad de Los

Andes–Temis.

¶Paris Roland, (2004), *At War's End: Building Peace after Civil Conflicts*, Cambridge University Press, Cambridge

¶Pogge Thomas, (2002), *World Poverty and Human Rights*, Oxford, Polity Press.

¶Primoratz, I., (1990), *Justifying Legal Punishment*, Humanities Press, New Jersey.

¶Rajeev Bhargava (2000), "Restoring Decency to Barbaric Societies", en: R.I. Retberg and D. Thompson, (comps.), *Truth vs. Justice*, Princeton, Princeton University Press, 2000, pág. 45-67.

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

¶Scheid, Don E. (1983), "Kant's Retributivism, en: *Ethics*, vol. 93, No. 2, 262-282.

¶Williams, R., (1997), *Hegel's Ethic of Recognition*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, California.

¶*Nunca más: Informe de la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas*, (1991), Eudeba, Buenos Aires.

¶Comisión Nacional para la Verdad y Reconciliación de Chile", (1996), en: *Estudios básicos de derechos humanos*, vol. 7, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. *Report of the Chilean National Comisión on Truth and Reconciliation*, Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1993.

Francisco Cortés Rodas

franciscocortes2007@gmail.com

Filósofo, magíster en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia y doctor en Filosofía de la Universidad de Konstanz, Alemania. Ha sido becario del servicio de intercambio académico alemán (DAAD) y de la Fundación Alexander von Humboldt para hacer estudios postdoctorales en filosofía en la Universidad de Frankfurt am Main (Alemania). Actualmente es profesor titular del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Colombia. Su reciente publicación: *De Westfalia a Cosmopolis. Justicia económica global, soberanía, ciudadanía y derechos humanos en el contexto de la globalización*, 2011, Siglo del Hombre Editores Santafé de Bogotá e Instituto de Filosofía.