

URVio

Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad
Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación
ISSN 1390-4299 (en línea) • JULIO 2015 • No. 16



FLACSO
ECUADOR



RELASEDOR
Red Latinoamericana de Análisis de Seguridad
y Delincuencia Organizada

URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad
Número 16, julio de 2015
Quito - Ecuador

ISSN 1390-4299 (en línea)

URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, es una publicación electrónica semestral de FLACSO, sede Ecuador, fundada en el año 2007. La revista constituye un espacio para la reflexión crítica, el debate, la actualización de conocimientos, la investigación y la consulta sobre temas vinculados con la seguridad, el delito organizado, la inteligencia y las políticas públicas sobre seguridad en la región.

Disponible en:

<http://revistas.flacsoandes.edu.ec/index.php/URVIO>
<http://www.flacsoandes.org/urvio/principal.php?idtipocontenido=13>

Indexación

URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad hace parte de las siguientes bases, catálogos e índices científicos: *FLACSO-Andes – FLACSO, Ecuador* Criminal Justice Abstracts with Full Text y Fuente Académica Premier – EBSCO Information Service, Estados Unidos. LATINDEX, Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas, de América Latina, el Caribe, España y Portugal – México, catálogo.



FLACSO
ECUADOR



RELASEDOR
Red Latinoamericana de Análisis de Seguridad
y Delincuencia Organizada

El Comité Editorial de URVIO decidirá la publicación o no de los trabajos recibidos, sobre los cuales no se comprometerá a mantener correspondencia. Los artículos serán sometidos a la evaluación de expertos mediante el sistema de doble ciego. Las opiniones y comentarios expuestos en los trabajos son de responsabilidad estricta de sus autoras y autores, y no reflejan la línea de pensamiento de FLACSO, sede Ecuador. Los artículos publicados en URVIO son propiedad exclusiva de FLACSO, sede Ecuador. Se autoriza la reproducción total o parcial de los contenidos siempre que se cite como fuente a URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad.

Comité Asesor Internacional

- Dr. Máximo Sozzo (Argentina)
- Chris Garcés, PhD (Estados Unidos)
- Hugo Frühling, PhD (Chile)
- Dra. Sara Makoswki (México)
- Dra. Elena Azaola (México)

Comité Editorial

- Dr. Fredy Rivera (FLACSO, sede Ecuador)
- Mtr. Gilda Guerrero (FLACSO, sede Ecuador)
- Dr. (c) Marco Córdova (FLACSO, sede Ecuador)
- Dra. Alejandra Otamendi (Argentina)

Director de FLACSO, sede Ecuador

- Dr. Juan Ponce Jarrín

Director de URVIO

- Dr. Fredy Rivera

Editor General de URVIO

- Mtr. Daniel Pontón

Asistente Editorial

- Mtr. Martín Scarpacci
- Mtr. Liosday Landaburo Sánchez

**Obras de arte de portada y portadillas de sección
(Técnica: óleo sobre papel)**

Pavel Égüez

Selección de imágenes

Irerí Ceja Cárdenas
Martín Scarpacci

Diagramación

Departamento de Diseño - FLACSO, sede Ecuador

Editora de estilo

Mtr. Liudmila Morales Alfonso

Envío de artículos

revistaurvio@flacso.org.ec

FLACSO, sede Ecuador

Casilla: 17-11-06362

Dirección: Calle Pradera E7-174 y Av. Diego
de Almagro. Quito, Ecuador

www.flacso.edu.ec

Telf.: (593-2) 294 6800 Fax: (593-2) 294 6803

URVIO

Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad
Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación
ISSN 1390-4299 (en línea) • JULIO 2015 • No. 16

| | |
|---|--------|
| Presentación | 7-8 |
| Tema central | |
| Justicia Transicional en Uruguay: ¿un caso negativo? | 10-22 |
| <i>Carlos Aloisio</i> | |
| Justicia Transicional como reconocimiento: límites y posibilidades del proceso brasileño | 23-36 |
| <i>Roberta Camineiro Baggio</i> | |
| Frente al genocidio: justicia transicional y movilización en Guatemala | 37-52 |
| <i>Maira Ixchel Benítez Jiménez</i> | |
| Derechos humanos en las comisiones de la verdad de Ecuador y Perú | 53-68 |
| <i>Sebastián Yerovi Proaño</i> | |
| Los diálogos de paz entre el gobierno y las FARC-EP: ¿perdón o castigo? | 69-82 |
| <i>Aurora Moreno Torres</i> | |
| La amnistía en el proceso transicional negociado | 83-100 |
| <i>Stephania Serrano Suárez</i> | |

Misceláneo

- Revisión histórica de la prohibición de las drogas en Estados Unidos;
desde los *pilgrims* hasta el Partido Prohibicionista 102-114
Edgar Eduardo Palomo Zamora

Entrevista

- El proceso de sanación de la sociedad ecuatoriana:
una mirada desde la Justicia Transicional
Entrevista a Romel Jurado Vargas 116-122
Por Liosday Landaburo Sánchez

Reseñas

- La actualidad política de los países andinos centrales en el gobierno de izquierda,*
de Yusuke Murakami 124-125
Liudmila Morales Alfonso

- Carl Schmitt Today. Terrorism, “Just” War, and the State of Emergency*
de Alain de Benoist. 126-128
Alice Martinis

- Política editorial.** 130-131

URVIO

Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad
Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación
ISSN 1390-4299 (en línea) • JULIO 2015 • No. 16

Presentation. 7-8

Central topic

Transitional Justice in Uruguay: ¿a negative case? 10-22
Carlos Aloisio

Transitional Justice as recognition: limits and possibilities
of the Brazilian process. 23-36
Roberta Camineiro Baggio

Facing genocide: transitional justice and
mobilization in postwar Guatemala 37-52
Maira Ischel Benítez Jiménez

Human rights and the truth commissions
of Ecuador and Peru. 53-68
Sebastián Yerovi Proaño

The peace dialogues between Government and FARC-EP:
¿forgiveness or punishment? 69-82
Aurora Moreno Torres

Amnesty in the context of transitional negotiated process. 83-100
Stephania Serrano Suárez

Miscellaneous

- Historical review of the prohibition of drugs in the United States;
from the pilgrims to the prohibitionist party 102-114
Edgar Eduardo Palomo Zamora

Interview

- The healing process of the Ecuadorian society: one look from the Transitional Justice
Interview to Romel Jurado Vargas 116-122
Liosday Landaburo Sánchez

Books reviews

- La actualidad política de los países andinos centrales en el gobierno de izquierda,*
de Yusuke Murakami 124-125
Liudmila Morales Alfonso

- Carl Schmitt Today. Terrorism, “Just” War, and the State of Emergency*
de Alain de Benoist. 126-128
Alice Martinis

- Editorial policy** 130-131

La amnistía en el proceso transicional negociado

Amnesty in the context of transitional negotiated process

Stephania Serrano Suárez¹

Fecha de recepción: marzo de 2015.

Fecha de aceptación: mayo de 2015.

Resumen

El presente trabajo tiene como trasfondo la pregunta referida a cómo lograr la paz, una vez culminado un conflicto armado de relevancia internacional. Pretende reflexionar específicamente acerca de la viabilidad de algún tipo de amnistía en el marco de un proceso de justicia de transición, como medida que delimite razonable, objetiva y proporcionalmente la persecución penal en el contexto de negociaciones de paz con las que se busque imponer un punto final a un conflicto armado. Evidentemente, la aplicación de una amnistía representa una muy seria contradicción con las obligaciones internacionales de investigar, juzgar y sancionar por la comisión de crímenes internacionales en el territorio del Estado. En este trabajo se toma como elemento de análisis la doctrina internacional y la jurisprudencia interamericana, en especial la sentencia de la Corte IDH (sentencia en el caso Mozote) en la cual al parecer el juez García-Sayán, en su voto concurrente, deja abierta la posibilidad de que el Estado pueda recurrir a una amnistía con el objetivo de poner fin a un conflicto armado interno.

Palabras clave: Amnistía, comisiones de la verdad, conflicto armado interno, derechos humanos, justicia, justicia transicional, paz, negociación.

Abstract

The following article poses as a background the question about how to achieve peace once an armed conflict comes to an end. The author reflects about the viability of some type of amnesty in the framework of a transitional justice process, as a measure which permits a reasonable, objective and proportional delimitation of a criminal prosecution in the context of peace negotiations aimed at the finalization of an armed conflict. Clearly, the implementation of an amnesty represents a serious contradiction with the international duties of the State, consisting in investigate, judge and penalize the perpetration of international crimes in the territory of the aforementioned State. In this research the author analyzes the international jurisprudence and the Latin American case law, especially the sentence of the Inter-American Court of Human Rights in the Mozote case, in which the Judge García-Sayán, in its concurring opinion, leaves open the possibility of an implementation of an amnesty in order to achieve peace and therefore ends an armed conflict.

Keywords: Amnesty, human rights, internal armed conflict, justice, negotiation, peace, transitional justice, truth commissions.

¹ Abogada por la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, Especialista en Derecho Constitucional por Universidad Libre de Colombia, Master en Derecho Penal por Universidad de Salamanca (España) y doctoranda en el Programa de Doctorado “Estado de Derecho y Gobernanza global” por la misma universidad. Fecha de envío: 30 de marzo de 2015. Correo: stephania.serrano@gmail.com

Introducción

Ante las violaciones masivas de derechos humanos, se evidencia la necesidad de castigar a sus autores y de realizar reparaciones a las víctimas. También la necesidad de dar a conocer estos acontecimientos con miras a superar el pasado, situación que da nacimiento al concepto de “justicia transicional”. Siguiendo a Forcada (2011), el surgimiento del término tiene lugar en la conferencia “*States Crimes: punishment or Pardon*”, organizada por Alice H. Henkin, Directora del Programa “Justicia y Sociedad” del Aspen Institute, que tuvo lugar el 4 de noviembre de 1988 en Wye, estado de Maryland (EEUU).

El concepto surgió en el contexto de discusiones jurídicas, específicamente respecto a la existencia de una obligación en Derecho Internacional (DI) de castigar a los violadores de derechos humanos y de establecer la verdad (Forcada, 2011: 15). La historia moderna de la justicia en etapas de transición comienza en Alemania, Italia y Japón entre 1943 y 1945 con el fin de la Segunda Guerra Mundial, prosigue en 1970 con la caída de dictaduras en Portugal, Grecia y España, y posteriormente en la década de 1980 con las numerosas transiciones a la democracia en América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Uruguay)². El concepto de justicia transicional hace referencia a la forma como se enfrenta el legado de graves atentados contra la dignidad humana, cuando finaliza una guerra civil (conflicto armado de carácter interno) o un régimen tiránico. En estos contextos surge entonces la inquietud: ¿se debe castigar a los responsables?, o ¿se debe sacrificar la justicia para conseguir el fin último de la paz?

² Para ampliar la historia del concepto de “justicia transicional” ver: Paige (2009) y Jon (2006).

Concepto de justicia transicional (JT) y mecanismos que le son propios

Los anteriores cuestionamientos dan origen a un acervo de prácticas, arreglos institucionales y técnicas de *ingeniería social* cuyo objetivo es permitir a las sociedades que han estado o están inmersas en conflictos violentos o regímenes dictatoriales el tránsito hacia una situación de paz duradera, democracia y respeto a los derechos humanos (Forcada, 2011: 28). Al respecto, Olasolo define a la JT como:

Un conjunto de procesos y mecanismos que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial con distintos niveles de participación o sin ella y que pueden consistir en actuaciones de carácter penal, reparaciones, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, destituciones (...) vinculado con los intentos de una sociedad por afrontar un legado de abusos a gran escala y por asegurar las respectivas responsabilidades, hacer justicia y lograr la reconciliación (Olasolo, 2011: 59).

En todo caso, la JT se entiende como un esfuerzo por construir paz sostenible tras un período de conflicto (Van Zyl, 2011: 47). En estos períodos de gran transcendencia para las sociedades se presenta un continuo debate sobre los conceptos de justicia y paz, los cuales se trata de conciliar a través de la noción de *geometría de la justicia transicional*, “que no es más que la existencia de un conjunto de mecanismos políticos, jurídicos y éticos que deben responder al necesario equilibrio entre los valores de la paz y de la justicia en el marco de un Estado social y democrático de derecho” (De Páramo Argüelles, 2014: 3). Según Teitel, las transiciones son períodos atípicos de quiebre que ofrecen una elección entre narrativas en disputa. La finalidad es reconcebir el significa-

do social de conflictos pasados, en particular de las derrotas, en un intento por reconstruir sus efectos presentes y futuros (2011: 161).

Ambos y otros autores explican que la JT se ocupa de la justicia en sociedades en transición, sea luego del conflicto o durante el desarrollo de este. De esta manera, la JT busca asegurar al mismo tiempo justicia y paz, pues abstenerse de una persecución penal y/o del castigo es a veces necesario para facilitar una transición pacífica (Ambos *et al.*, 2009: 24). Precisamente, este constituye el núcleo de la discusión que se pretende abordar, porque es la dosis de justicia penal la que se cuestiona en el marco de transiciones negociadas en las que se pretende acudir a una herramienta como la amnistía.

Se cuestiona entonces el elemento *justicia penal* dentro de las políticas de transición. Si bien el fundamento jurídico de este concepto se origina en el deber de perseguir crímenes internacionales nucleares, conforme al Estatuto de la CPI, en etapas de transición “la justicia ha de entenderse de manera amplia, yendo más allá, de la mera justicia penal e incluyendo ciertos elementos clave tales como responsabilidad, equidad (*fairness*) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y el castigo de infracciones” (Ambos *et al.*, 2009: 25).

Por su parte, Correa (2014) aduce que una forma de entender la JT es concebir la justicia como limitada por la transición. Esta concepción entiende que la masividad o sistematicidad de las violaciones, la precariedad de las instituciones y el poder ostentado por los responsables imposibilitan el ejercicio de una justicia plena. Se hace necesario entonces la definición de justicia plena, la cual según Correa, es aquella justicia penal administrada por tribunales con todas las garantías del debido proceso penal. La falta de poder o de capacidad para resolver un número inmanejable de casos obliga a reducir

los objetivos de la justicia penal, esto es, a limitarlos solo a ciertos casos. Se presenta entonces la transacción entre los objetivos de la justicia y otros objetivos, por ejemplo, son las desmovilizaciones de grupos armados, la obtención de información sobre el paradero de detenidos desaparecidos, entre otros (Correa, 2014: 131).

Asimismo, es preciso analizar si el juzgamiento penal es imposible o inconveniente y si debe considerarse la utilización de mecanismos de selección y priorización u otorgarse, de ser el caso, una amnistía. En ese sentido, se estaría hablando de una “justicia imperfecta”, que se cumple solo en la medida de lo posible.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el fundamento jurídico de la justicia en los modelos de transición debe partir del interés por perseguir crímenes internacionales, y que si bien este fundamento se encuentra en el Estatuto de Roma (ER) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), debe ser complementado con los derechos de las víctimas a la justicia, los derechos a la verdad y reparación en sentido amplio. Ello, aunque suponga la posibilidad de imponer medidas alternativas de persecución penal. Ambos deja en claro que las primeras no sustituyen a las segundas, sino que las complementan (Ambos *et al.*, 2009: 29). Este autor asegura que dentro del ámbito analizado, abstenerse de la persecución penal y/o del castigo es a veces una condición necesaria para facilitar la paz y la reconciliación, llegando a la conclusión de que el precio de la paz es a menudo la justicia.

En especial, las transiciones de la guerra a la paz implican una serie de negociaciones políticas³ entre diferentes actores, las cuales se

³ Sobre el tema negociación política y acuerdos de paz ver: Fisas (2004). El autor realiza un análisis de conflictos en los diferentes países de África, América Latina, Europa del Este y Oriente Medio.

dirigen a lograr acuerdos satisfactorios para las partes. Con este panorama, es posible visualizar que existe una tensión importante entre los mecanismos que serían útiles para alcanzar la paz en el marco de las negociaciones propias de la JT y las exigencias jurídicas de justicia penal impuestas desde el plano internacional y reflejadas en las obligaciones del Estado con respecto a la individualización y castigo por la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad, sobrevenidos en la etapa previa a la transición.

Para la implementación de la JT es posible (analizando cada caso en concreto) utilizar una serie de mecanismos, uno de ellos el establecimiento de comisiones de la verdad (Beigbeder, 1999: 122). Estos organismos no son judiciales y se consideran independientes de otros órganos estatales. Sus competencias deben incluir el recuento histórico de las vejaciones cometidas por todos los actores del conflicto, dentro de los que se consideran el gobierno, el ejército, la policía y los grupos rebeldes, centrándose en revelar la verdad sobre lo sucedido mediante su reporte de violaciones a los Derechos Humanos (DD.HH) y al Derecho Internacional Humanitario (DIH) en un país determinado, en un particular período de tiempo. Si bien no se consideran de obligatoria creación en un proceso transicional, cuando las comisiones de la verdad se crean, se adaptan indiscutiblemente a las necesidades propias de la sociedad en transición⁴.

En su labor, las comisiones de la verdad generalmente permiten a las víctimas dar sus testimonios de lo ocurrido, expresar su indig-

nación y dolor, lo cual genera simpatía en el público y facilita la indemnización civil y/o los procesos penales, situación que se pudo evidenciar en el caso argentino (Osiel, 2005: 67). En cumplimiento de sus objetivos, a las comisiones de la verdad se les ha otorgado diversas facultades a través de la historia. Señala Osiel (2005) que la comisión de la verdad en Sudáfrica⁵ se encontraba habilitada para hacer citaciones, con las cuales podía exigir la comparencia y testimonio de los criminales. Asimismo, tenía la facultad de conceder inmunidad judicial a criminales que habían confesado y se habían arrepentido de crímenes.

A la pregunta de si una comisión de la verdad traería reconciliación y “curación”, Beigbeder (1999: 122) responde que no es este el resultado automático de su quehacer; sin embargo, es justo asumir que un país necesita saber la verdad sobre su pasado, lo cual resulta una de las condiciones para su recuperación (reconciliación nacional). Sugiere Osiel (2005: 68) que a pesar de que este objetivo es muy deseable, hay estudios antropológicos que demuestran que existen sufrimientos tan severos con perdurables consecuencias que hacen que las víctimas nunca se recuperen y por ende se resistan a perdonar, por lo que el fundamento de la comisiones de la verdad no debería ser la reconciliación de las víctimas con sus victimarios, sino que su labor debería enfocarse en establecer, por ejemplo, quién tiene derecho a reclamar indemnizaciones.

La comisión de la verdad es un instrumento de gran alcance para buscar y encontrar la verdad y puede también desempeñar un papel importante en la mejora y equilibrio de la justicia y en la promoción de los derechos huma-

⁴ Sobre información general de las diversas comisiones de la verdad, los textos legislativos por medio de los cuales fueron creadas, así como los informes y conclusiones finales, consultar Truth Comisiones Digital Collection del United State Institute of Peace .

⁵ Sobre la Comisión de la verdad Sudafricana véase: Asmal (2000).

nos (Olsen, Payne y Reiter, 2010: 476). Pero constituye solo uno de los elementos para lograr una satisfactoria construcción democrática o rehabilitación. En ese sentido, las comisiones de la verdad no pueden ser sustitutivas de la persecución criminal, pues es imposible alcanzar la paz sin justicia⁶. En la medida que las comisiones de la verdad solo podrían aportar para que el aparato judicial se encargue de llevar a cabo ulteriores procesos mediante los informes finales que presentan, su instauración no implica necesariamente la no puesta en marcha de una serie de procesamientos en el ámbito penal, en los que se determine la correspondiente responsabilidad de aquellos que presuntamente intervinieron de manera decisiva en la concreción de diversos acontecimientos lesivos a los derechos humanos.

Estas comisiones tienen en su poder contribuir a la satisfacción del derecho de las víctimas a la verdad y así, a través del conocimiento de lo realmente sucedido, será posible la reparación, e indiscutiblemente la no repetición de las violaciones a los derechos humanos, demostrando que estas violaciones en el pasado no constituyeron un fenómeno aislado o atípico y permitiendo aplicar reformas reales para asegurar el fomento y la protección de los derechos humanos.

⁶ Cabe recordar que en la transición española no se crearon comisiones de la verdad que investigaran violaciones a derechos humanos cometidas bajo el franquismo. Lo único parecido en este caso fue la comisión de historiadores que se constituyó para investigar las responsabilidades políticas por el bombardeo de Guernica en la Guerra Civil. Después de la caída del régimen franquista y la llegada de la democracia, se aplicó un modelo de olvido del pasado absoluto con rehabilitación de las víctimas, lo cual incluía: reconocimiento de pensiones, devoluciones de bienes y derechos incautados, así como también búsqueda y recuperación de los cadáveres de personas ejecutadas extrajudicialmente. De acuerdo con lo apuntado por Gil Gil (2009) el caso español se torna ejemplo de que es posible una reconciliación nacional sin justicia penal, cuando concurren circunstancias muy específicas.

Resulta fundamental que la exhaustividad de las comisiones de la verdad en cuanto a la exposición de las causas del conflicto permita que mediante las nuevas políticas transicionales se combatan directamente esas causas. Las comisiones de la verdad están facultadas para hacer recomendaciones en sus informes finales con respecto a las medidas legales, administrativas e institucionales que deben tomarse para evitar la recurrencia de los crímenes sistemáticos del pasado (Van Zyl, 2011: 53). A partir de la identificación de las causas de índole económica, social, cultural e inclusive religiosa que originaron la etapa de violaciones de derechos humanos es posible plantear las reformas que permitirán la construcción de la paz. Por todo ello, se considera que su labor debe conllevar a la transformación política y social y así prevenir la futura repetición de los hechos acaecidos.

En definitiva, si bien el surgimiento de las comisiones de la verdad depende de las circunstancias y necesidades particulares y sus funciones varían contextualmente, el objetivo principal de estas instancias interdisciplinarias de averiguación de hechos es dar a las víctimas y a sus familiares la oportunidad de denunciar los delitos cometidos contra ellos, exigir la reparación, revelar los crímenes y reclamar públicamente la responsabilidad de los autores. Por eso se señala que “las comisiones sirven de catalizador para promover y estimular un debate público sobre la superación del pasado. Las comisiones tratan de reelaborar el pasado y extraer una verdad que va mucho más allá de la verdad de la salas de los tribunales, meramente jurídica, referida a un caso y limitada procesalmente” (Ambos *et al.*, 2009: 54). Aunque las comisiones de la verdad no son tema central de este texto, pues ameritan un análisis más detenido, será suficiente resaltar

que su aporte dependerá de su correcta constitución, y de su amplio campo de trabajo. En todo caso, si se tiene como premisa fundamental la búsqueda de la verdad a partir de información confiable (Méndez, 2011: 206) y a través de postulados éticos, de forma honesta e imparcial, las comisiones de la verdad harán valiosos aportes.

Como ya se advirtió, el Derecho Penal hace parte fundamental de las transiciones. Son relevantes los mecanismos judiciales para la imputación de responsabilidad penal, y se puede acudir a mecanismos de selección y priorización. Aunque las comisiones de la verdad tienen una importante función en el establecimiento de una verdad histórica para así determinar con certeza los hechos ocurridos, pueden (y deben) complementarse con mecanismos de carácter judicial (específicamente, los jurídico-penales) adecuados a las necesidades propias de la JT. Si bien el Derecho Penal constituye la forma más clara en que la sociedad distingue lo que es tolerable de lo que no lo es, debe ser aplicado de manera razonable a partir de las especificidades y características particulares de la JT (Correa, 2014: 125).

Recapitulando, en la JT que surge como respuesta a las graves violaciones a los derechos humanos, los mecanismos de carácter retributivo como juicios penales a nivel internacional, nacional o local son complementarios con los de carácter restaurativo, tales como comisiones de investigación, reconciliación y verdad; fondos para la reparación de las víctimas, iniciativas de conmemoración, entre otros. Pero no hay que dejar de lado los mecanismos desde el punto de vista institucional, en relación con purgas de funcionarios públicos, reformas de la administración de justicia o ayudas para la construcción y consolidación

del Estado de Derecho (si es preciso) (Tamarit Sumalla, 2010: 45-70).

Autores como Méndez centran su argumentación en la justificación y conveniencia de los procesos penales y la retribución como forma en que la sociedad manifiesta intolerancia hacia el comportamiento que quebrante las reglas (Méndez, 2011: 220). Sin embargo, es latente el cuestionamiento de si los juicios penales son realmente eficaces para permitir una transición, y si cabe la posibilidad de otras medidas como la amnistía. Por eso, a continuación se trata de esbozar el concepto de esta última, y de realizar algunas acotaciones sobre las disertaciones de la doctrina respecto a este tópico en particular, tomando en cuenta también alguna reciente jurisprudencia de la Corte IDH.

Aproximación al concepto de amnistía

La palabra amnistía es derivada del Griego *amnesia* o *amnesis*, que significa “olvido” o “perder la memoria”. El Black Law Dictionary (2015) define a la amnistía como: “Un acto soberano del perdón y el olvido de actos pasados, otorgado por un gobierno para todas las personas (o ciertas personas) que sean declaradas culpables de crimen o delito, generalmente delitos políticos”.

Messuti (2013) se remite a la Enciclopedia de Derechos Humanos para definir la amnistía como: “El absolver, o pasar por alto, por parte de un gobierno un delito de carácter político, tal como la traición o la rebelión, con frecuencia bajo la condición de que el infractor cumpla con sus deberes de ciudadano dentro de determinado plazo”. Asimismo, refiere Messuti que en la práctica este instituto tiene como efecto la

eliminación del carácter punible del acto ilícito. El autor entiende que además este acto tiene un carácter político, pero no en su naturaleza, sino en su contexto, el cual influirá para sustraerlo del ámbito de lo punible. Es decir, en la amnistía, el soberano opta por no ejercer una acción legal contra un infractor o grupo de infractores, por lo que no tienen lugar las consecuencias jurídicas que legalmente deberían producirse (Messuti, 2013: 605).

El hecho de que esta medida sea aplicable a delitos de carácter político es un tema que no admite discusión; sin embargo, plantearse que los perpetradores de crímenes internacionales y graves violaciones a los derechos humanos puedan beneficiarse de ella en contextos de justicia transicional genera opiniones contradictorias. En todo caso, valga mencionar que dado el contexto en que surgen, todas las amnistías no tienen las mismas características.

Los concretos contornos de una amnistía varían sustancialmente según el contenido de las disposiciones por las que se concede; y así se distingue, por ejemplo, entre “amnistías generales o particulares” -en función de si alcanzan a todos los sujetos que han cometido un hecho o sólo a algunos-, “amnistías propias o impropias” -en atención a si incluyen o no a los condenados en sentencia firme-, o “condicional o incondicionales” -dependiendo de si se incorporan algún condicionante para optar a la amnistía- (Chinchón Álvarez, 2009: 22).

La amnistía como mecanismo aplicable en el marco de la JT

La aplicación de la JT para la superación de un pasado conflictivo genera un complejo debate entre categorías del Derecho Penal como la de los “fines de la pena” y “el fundamento

de la responsabilidad penal”, en contraposición a los esfuerzos políticos que tienen lugar con el fin de superar esos conflictos (Forcada, 2011: 40). Es así como existen diferencias no conciliables entre las corrientes de pensamiento que se pueden encontrar en la doctrina.

Por una parte, se encuentran los pragmáticos o realistas, quienes proponen llegar a un compromiso entre justicia y paz, cuando la situación lo requiera. Para ellos, la decisión de amnistiar o no debe estar basada en una apreciación equilibrada entre la necesidad de justicia (enjuiciamiento de los perpetradores) y la necesidad de alcanzar la paz. En la posición contraria figuran los legalistas (Forcada, 2011: 40), quienes conforme a la *ética de la convicción o lógica de lo apropiado*, basan su postura en que la conducta moral consiste en seguir las normas. Afirman que las relaciones morales se componen de deberes y derechos determinados por la norma. Los legalistas se oponen enfáticamente a las amnistías, excepto en casos limitadísimos (postura que también se conoce como “maximalista”).

Respecto al propósito de la amnistía, valga mencionar que esta es considerada aplicable con la intención de lograr una reconciliación nacional (Torres, 2015: 53), como método que permita la finalización de un conflicto mediante una transición negociada (diálogos de paz). Sustentando la oportunidad de este mecanismo, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona ha afirmado que “aquellos que argumentan que la paz no puede ser aceptada como moneda de cambio de la justicia deben estar dispuestos a justificar la prolongación del conflicto” (Tamarit Sumalla, 2009: 1821).

Para Ntoubandi, uno de los requerimientos básicos de la justicia es que a quienes cometan delitos se les castigue. Sin embargo,

en los procesos de paz, la justicia (entendida como imposición de la sanción penal) no es siempre una opción viable y en muchos casos se da más importancia al objetivo político de la curación, unión y reconciliación de la sociedad destrozada por años de conflicto. Para este autor, la idea de reconciliación y reunificación nacional resulta el propósito fundamental de la amnistía (Ntoubandi, 2007: 76). Perdomo también da validez a la amnistía dentro del ámbito de la JT, asegurando que es un instrumento jurídico-penal de política legislativa que por su carácter extraordinario persigue un fin específico en una época excepcional determinada. Cuando la amnistía se utilice por un Estado como instrumento para cumplir una función social específica y legítima como alcanzar la paz, la comunidad internacional deberá aceptarlo aun cuando en el transcurso del proceso se desconozcan criterios desarrollados en el DI. Por estos motivos la amnistía se entiende como un mecanismo legítimo e interno estatal de reacción ante una situación excepcional concreta (Perdomo, 2006: 169).

Para la consecución de la paz, Pérez del Valle asegura que una “ley de amnistía dentro del marco constitucional no significa, sin más, la atribución de una facultad ilimitada al legislador sobre este punto. Por el contrario, la amnistía debe estar sujeta a ciertas limitaciones propias del orden jurídico en un Estado de Derecho de modo que su significación político-criminal se oriente racionalmente al valor de Justicia” (Pérez del Valle, 2001: 194). Entonces, la amnistía puede ser utilizada para dar un “punto final” al conflicto. Sin embargo, en opinión del mencionado autor este mecanismo debería ser aplicado a todas las partes implicadas en el conflicto, y es legítima su aplicación en momentos de “refundación

política”. Interesante resulta este planteamiento, teniendo claro, como se ha expuesto, que es necesario encontrar vías que satisfagan los requerimientos de todos los actores del conflicto. Sin embargo, han de analizarse las características de la amnistía, las condiciones en que se da y el elemento contextual.

Ambos (1999: 115) integra la parte relevante de la doctrina que considera que los Estados están obligados a perseguir penalmente torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, y por ende no son admisibles disposiciones contrarias que excluyan todo tipo de investigación relacionada con esos hechos y así bloqueen una persecución penal o dejen sin efecto sentencias condenatorias. Esto no quiere decir, sin embargo, que el DI prohíba bajo toda circunstancia medidas que eximan la punibilidad, tales como las amnistías. Los límites señalados por el DI requieren más bien una diferenciada determinación y fundamentación. En otras palabras, no existe en el DI una prohibición para aplicar las amnistías, y se debe realizar un análisis con el fin de ponderar la obligación internacional de los Estados (de investigar, juzgar y sancionar) y los intereses nacionales, dentro de los cuales se encuentra lograr la paz.

De hecho, tomando en cuenta la clasificación propuesta por Ambos, existen por un lado las amnistías absolutas (“*blanket amnesties*”) que son generalmente inadmisibles (enfoque estricto), dado que su objetivo primario es sepultar por completo crímenes pasados a través de la prohibición de toda investigación. Por otro lado, las amnistías condicionales son en principio admisibles (enfoque flexible), dado que a diferencia de las generales no eximen automáticamente del castigo a los autores, sino que condicionan la exención a la ejecución de ciertos actos o

concesiones por el beneficiario. Por ejemplo, la promesa incondicional de deponer las armas, la satisfacción de legítimas exigencias de las víctimas (en particular, una completa revelación de los hechos) y el reconocimiento de responsabilidad y el arrepentimiento.

Además existen aquellas amnistías en las que mediante la expedición de una ley se excluye a los órganos estatales, (muchas veces las fuerzas armadas o grupos paramilitares en cuyo seno se cometieron violaciones a derechos humanos con el amparo del poder público) de las consecuencias penales de los hechos cometidos, denominadas “autoamnistías”. Tal es el caso argentino, con las leyes promulgadas en el período postdictatorial⁷, las cuales por representar una amnistía a favor propio son contrarias al DI. Finalmente, se encuentran aquellas amnistías que se realizan a favor de la oposición, en las que el gobierno no se favorece a sí mismo sino que tienen su razón de ser en la implementación de políticas de pacificación; en este escenario las amnistías no presentan reparos desde el punto de vista internacional (Ambos, 1999: 130-131).

Forcada (2011: 32) refiere que en todo caso para dar lugar a la aplicación de una amnistía deben tenerse como en cuenta ciertos aspectos: que no puede vulnerarse el derecho de las víctimas a recurso efectivo, incluida la reparación del daño (art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); se debe garantizar el derecho de las víctimas y sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de DD.HH. y del DIH (relevancia de las comisiones de la verdad y reconciliación). Por último, investigar, enjui-

ciar (o extraditar) y castigar penalmente a los perpetradores de: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, tortura, desaparición forzada y otras violaciones graves de los DD.HH. Referencia que solo sustenta el hecho de la relevancia que tienen los crímenes de DI y los DD.HH. para el DPI con base en lo dispuesto en el ER.

En contraposición a la posibilidad de aplicar este mecanismo, Messuti asegura que una ley de amnistía es incompatible con la obligación de perseguir penalmente a los autores de los crímenes internacionales, y que por tanto la coexistencia de la admisión de la amnistía y la obligación de perseguir es imposible. Asimismo, la mencionada autora refiere que la amnistía se sostiene con razones de tipo político como la pacificación y la reconciliación, mas no en razones jurídicas (Messuti, 2013: 630). Desde esta perspectiva, se concibe a la amnistía como elemento perturbador y obstaculizador del proceso transicional (Ollé Sesé, 2014: 82) así como generador de impunidad, pues impide que desde la justicia se alcance la paz y la reconciliación como elementos que contribuyen al fortalecimiento de la democracia y de los sistemas judiciales.

Siguiendo a Ollé Sesé (2014), las comisiones de la verdad no pueden sustituir las acciones penales. Este autor señala igualmente que conforme al DI no puede considerarse que se realicen de forma exclusiva y a manera de solución de la problemática las investigaciones parciales de lo ocurrido, las reparaciones económicas de las víctimas y las simbólicas asunciones de responsabilidad por parte de los Estados. El autor asegura que

en la actualidad la propia evolución del Derecho Internacional nos lleva a concluir que la impunidad por la violación grave

⁷ Sobre las leyes de autoamnistías y los posteriores mecanismos de superación del pasado conflictivo y la impunidad en ese país ver: Parentil y Pellegrini (2009).

de los DD.HH. mediante la comisión de crímenes internacionales es un auténtico ilícito internacional; por lo que quienes la propician, amparan y consienten son responsables de este ilícito internacional. Las leyes de impunidad, en consecuencia, son nulas de pleno Derecho con efectos *ex tunc* (Ollé Sesé, 2014: 97).

En todo caso y al margen de la discusión de la conveniencia política o no de la aplicación de amnistías, el DI reconoce a la amnistía como un instrumento legítimo del Estado dentro de su política punitiva. Sin embargo, el establecimiento de los límites en el ejercicio de esta facultad no es un tema pacífico ni en la jurisprudencia de los tribunales internacionales ni en las legislaciones domésticas (Mateus Rugeles y Martínez-Vargas, 2009: 290).

Respecto a la legalidad de la amnistías dentro de un conflicto armado no internacional, ha de decirse que el establecimiento de la amnistía es permitido e incluso recomendado, de acuerdo con el artículo 6.5⁸ del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. El informe Joinet de la ONU aborda la problemática de la exigencia de justicia en sociedades en transición, y refleja el desarrollo de los derechos humanos y el DIH (Tamarit Sumalla, 2009: 1815). El informe detalla la problemática de la impunidad, así como los derechos a la justicia, a la reparación y garantía de no repetición. Pero en específico sobre el tema de análisis, alude que la amnistía “no puede ser acordada a los autores de violaciones en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz”. Es por ello que el

artículo 6.5 en todo caso debe entenderse bajo el Derecho Penal Internacional, los derechos humanos y las obligaciones de los Estados de satisfacción de los derechos de las víctimas.

Por lo expuesto con anterioridad, es claro que el DI no establece una prohibición absoluta para las amnistías. Por el contrario, como se ha visto, le concede a los Estados la posibilidad de apreciación o de valoración para el otorgamiento de aquellas. De conformidad con lo que se ha venido exponiendo en este trabajo, es evidente que existe una tensión entre el deber internacional del Estado de investigar, juzgar y sancionar y sus propios intereses nacionales (Ambos, 1999: 128), dentro de los que se encuentran la reconciliación nacional y la pacificación. La amnistía constituye el elemento fundamental que representa la mencionada tensión, por ello la importancia de su análisis y valoración en el ámbito internacional.

Con reiteración, señala la doctrina que es necesario encontrar esa valoración y apreciación del Estado, y de esta manera encontrar un equilibrio entre justicia y paz. Torres (2015) señala que cuando no es posible iniciar la persecución penal porque supone un peligro real para la construcción de paz y democracia, otorgar amnistías condicionadas junto con reducción de penas a los más responsables, como fórmula de negociación, resulta una solución plausible por ser atractiva y convincente en el marco de negociaciones (Torres, 2015: 68). Concluye este autor que una fórmula que permite respetar la legalidad internacional incluye: otorgar una amnistía a los menos responsables (combatientes en general) de crímenes graves contra los derechos humanos, condicionada a arrepentimiento, verdad y reparación; y por otro, lado someter a los “principales responsables” de los mismos crímenes a reducciones de pena, dependiendo

8 “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 la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

del grado de colaboración en la construcción de la paz y del orden democrático, de la satisfacción de los derechos de las víctimas y de garantías de no repetición. Afirmación que se comparte, sin pretender convertirla en una formulación inflexible, pues resulta en todo sentido racional y admite consideraciones.

Aunque la tarea de encontrar el balance entre justicia y paz no resulta nada fácil, algunos teóricos han acotado que el deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de los derechos humanos es un principio que para algunos puede ser ponderado. Según Ambos y otros autores, resulta claro que las limitaciones al interés “justicia”, en particular por medio de la abstención de la persecución penal, dependen de la ponderación de los intereses en conflicto, esto es: paz y justicia (Ambos *et al.*, 2009: 57). Este test en principio fue gestado por la Corte Constitucional Alemana y posteriormente por Alexy, quien desarrolló “La ley de ponderación”⁹. Ambos aplica esta ley a un caso de JT, lo cual implica en primera medida un análisis de la seriedad y legitimidad del objeto alcanzado.

Este es un punto interesante, ya que se refiere a que la autoridad que otorga una medida de exención penal como la amnistía, por ejemplo, persigue en realidad una paz estable y duradera, y no otros objetivos de tipo político como la legalización de un grupo armado con el cual simpatiza. Aunado a lo anterior, es importante que esta medida defienda los derechos humanos y respete el Estado de Derecho. La medida debe ser necesaria e indispensable para alcanzar el objetivo descrito, es decir, se

⁹ Este ejercicio de ponderación también se realizó por parte de la Corte Constitucional Colombiana para constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz. Así puede verse en la Sentencia C-370 de 2006. Y lo reiteró en la sentencia C-579 del 28 de agosto de 2013. Magistrado Sustanciador: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

genera el cuestionamiento de qué tan amplia puede resultar una amnistía conforme a su calidad de necesaria. A partir de estos factores, se debe analizar la proporcionalidad en sentido estricto. Ambos y otros autores señalan que en esta etapa se debe ponderar entre la cantidad y cualidad (gravedad) de los actos cometidos (Ambos *et al.*, 2009: 60).

Desarrollo jurisprudencial interamericano en materia de amnistías¹⁰

La Corte IDH en su línea jurisprudencial que inicia con la sentencia del Caso Barrios Altos vs. Perú¹¹, ha sostenido el argumento de que las leyes de amnistía, autoamnistía e indulto que están relacionadas con graves violaciones a los DD.HH. resultan incompatibles con el DI y las obligaciones internacionales de los Estados, por lo que no pueden surgir a la vida jurídica interna del Estado con el fin expreso o implícito de impedir la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos. Así, los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad, aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna.

¹⁰ Este trabajo no pretende ser exhaustivo en el estudio de cada una de las sentencias emitidas por la Corte IDH. Para un estudio ver: Dondé (2010).

¹¹ Al respecto ver: Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75, párr. 41 a 44; Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr.114; Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 152 y 168; Corte IDH Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219, párr. 14; Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 195.

(...) son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹².

La Corte reitera su postura en los siguientes casos: Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Caso La Cantuta vs. Perú, Caso Gelman vs. Uruguay, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil, entre otros en los que rutinariamente las amnistías fueron usadas a lo largo del siglo XX como herramienta para poner fin a guerras civiles, asonadas, golpes de estado fallidos y conflictos armados diversos¹³. En las sentencias de la Corte IDH se aprecia con vehemencia la postura de que las amnistías no pueden ser aplicables a graves violaciones de DD.HH. en razón a que vulneran directamente el DI y las obligaciones internacionales contraídas por los Estados¹⁴. Sin embargo, ha de señalarse que dentro de estos casos no se presenta la idea de un proceso transicional negociado, por lo que no se toma como referente de análisis esta variable.

Valga reiterar que el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II es la expresión del DIH a favor de las amnistías. Sin embargo, esta dis-

posición no puede interpretarse en el sentido que permita a los criminales de guerra u otras personas culpables de crímenes de lesa humanidad eludir un castigo severo y proporcional, pues estas amnistías serían también incompatibles con la norma que obliga a los Estados a investigar y enjuiciar a los responsables de haber cometido crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales. La Corte IDH¹⁵ ha dejado claro que el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado; siempre y cuando no se trate de la comisión de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Así se ha entendido que, de nacer a la vida jurídica una amnistía, esta no puede abarcar las conductas referidas, so pena de considerarse incompatible con las obligaciones internacionales de los Estados.

La decisión de la Corte IDH en el caso El Mozote es controversial. Uprimmy Yepes, Sánchez Duque y Sánchez León señalan que en esta última decisión se da un valor sin precedentes a las amnistías que se originan a partir de los acuerdos de paz orientados a dar por terminado un conflicto armado interno. Uno de los argumentos para declarar la incompatibilidad de la Ley de Amnistía que se aprobó en El Salvador aduce que: “contravino expresamente lo que las propias partes del conflicto habían establecido en el Acuerdo de Paz que dispuso el cese de hostilidades” (Uprimmy Yepes *et al.*, 2014: 86). Los argumentos de la Corte IDH se circunscriben a sostener que la mencionada Ley de Amnistía era contraria a la letra y espíritu de los

12 Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75, párr. 41 a 44.

13 Voto concurrente del juez Diego García-Sayán sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador de 25 de octubre de 2012.

14 Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 147.

15 Corte IDH Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs El Salvador de 25 de octubre de 2012, párr. 285, 286.

acuerdos de paz, por lo que en relación con lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) existía una grave afectación a la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos por parte del Estado salvadoreño (Uprimny Yepes *et al.*, 2014: 80-85). Esta decisión es de gran importancia porque aporta un elemento clave en el análisis en la legitimidad de las amnistías (aunque, vale decir, no claridad absoluta sobre la aplicación de esta).

La situación expuesta da lugar a diversas interpretaciones como la del juez García-Sayán en su voto concurrente en el Caso El Mozote, que en efecto no se opone a lo que señala la Corte IDH, sino que por el contrario complementa sus afirmaciones. En ese voto, el mencionado juez expone que:

En ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecte de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz¹⁶.

Además el juez García-Sayán asegura que “la paz como producto de una negociación

16 Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Voto concurrente del juez Diego García-Sayán, párr. 22.

se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el DI de los DD.HH. debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla”. Interesante planteamiento, pero no hay que dejar de lado que en la negociación, circunstancia que es objeto de este análisis, debe dejarse definitivamente de lado el recurso de la violencia, lo que permitirá darle seriedad y legitimidad ante la sociedad.

En todo caso, limitándose a la decisión de la Corte IDH en el caso bajo comentario, es posible llegar a la conclusión de que no queda explícito que la amnistía sea aplicable en el contexto de los acuerdos de paz, pero da un asomo de duda para que se pueda interpretar “algo más”, lo cual se ha podido verificar en el voto concurrente de García-Sayán. De esta manera, aunque este voto no es precisamente la opinión de la Corte, se podría tener en cuenta para posteriores decisiones y para la continuidad del debate en el ámbito de la doctrina internacional.

Precisamente en la doctrina internacional es posible encontrar importantes opiniones al respecto. Olasolo sostiene que este voto particular resulta contradictorio con los numerosos precedentes de la Corte IDH, así como con el Estatuto de la CPI.

Lo que en el fondo refleja el mencionado voto particular es la resistencia al cambio de paradigma frente a los procesos de paz desarrollados antes del advenimiento de los tribunales internacionales penales a mediados de los noventa. Como el propio ejemplo de Colombia muestra, aquellos se caracterizaban porque los líderes de un pasado de violencia, muerte, destrucción recibían el respaldo de la geoestrategia internacional para continuar liderando sus

sociedades hacia supuestos futuros de paz que, como regla general, nunca llegaron a consolidarse. El nuevo paradigma le exige, por el contrario, dejar inmediatamente sus posiciones de liderazgo y hacer frente a la responsabilidad penal asumida frente a su propia sociedad y a la sociedad internacional en su conjunto (Olasolo, 2014: 46).

Este autor refiere que es indispensable que la JT busque fórmulas, partiendo precisamente de la exigencia a los máximos responsables de crímenes internacionales como condición de validez, y garantizando el pleno respeto a los conceptos de persona y dignidad humana, así como a los naturales derecho a la justicia, verdad y reparación de las víctimas (Olasolo, 2014: 51). No es posible renunciar al DPI y debe ser aplicado inclusive a los que ostentan el poder sin excepción.

Por su parte, Chinchón Álvarez (2012: 30) asegura que si se superpusiera el logro de la paz a la justicia por violaciones a los derechos humanos, se encontraría la existencia de un “Derecho Transicional” como una rama del ordenamiento jurídico singular, propio o diferente (cuya existencia se limita al tiempo de transición) respecto al régimen general frente a graves violaciones de derechos humanos y/o crímenes de DI. Alude el autor que la paz no puede superponerse a derechos “imprescriptibles”, “irrenunciables” de las víctimas de graves violaciones a los DD.HH. y/o crímenes de DI.

Parece que Chinchón Álvarez propone el mantenimiento de los principios garantistas de carácter irrenunciable, inclusive en contextos extraordinarios como el que supone la tensión entre la obtención de la paz y la concreción de la justicia (que según el voto concurrente de García-Sayán debería resolverse, al parecer, otorgándole una mayor im-

portancia a la primera variable, la obtención de la paz). Chinchón Álvarez afirma que las obligaciones internacionales que son infringidas en todo crimen de DI y/o grave violación a los DD.HH. son también exigibles en un proceso de transición, y “no son o deben ser diferentes” al invocar un argumento como la paz. Y es por ello que no existe un régimen jurídico diferente con el nombre de “derecho transicional”.

El mencionado autor asegura que respecto a las normas internacionales debe considerarse su “efecto útil” en el momento determinado; sin embargo, deja en claro que la interpretación en ningún momento podría llevar a violentar la letra y el espíritu de la norma (internacional), así como tampoco cabe desconocer otros criterios rectores como el principio *pro homine*, inherente al DI de los DD.HH. Al tenerse entonces unos principios y garantías en el DI tan claros, el margen interpretativo frente a los más graves crímenes de DI y/o graves violaciones a los DD.HH. resulta muy limitado (Chinchón Álvarez, 2012: 34). De todas maneras, en caso de existir el denominado por el autor “Derecho Transicional”, este debería centrarse, a su juicio, en aclarar que en contextos transicionales, las obligaciones internacionales “ni se esfuman, ni se difuminan, ni quedan congeladas; sino que son igualmente vigentes y vinculantes”. Planteamiento que sin duda genera aún más inquietudes, que no se abordarán aquí, sobre cómo se materializarían dichas obligaciones en medio de la complejidad de la labor que conlleva la JT.

En contraposición a Olasolo (2011, 2014) y a Chinchón Álvarez (2009, 2012), existe la postura de Malarino, quien afirma a grandes rasgos que la paz y la justicia no pueden ser ponderadas en la medida que es la paz el objeto de todo Estado democrático de Derecho

(Malarino, 2009: 240). La fórmula “tanta justicia como paz lo permita”, acuñada por el mencionado autor, permite entender que, para él, se puede renunciar a los mecanismos propios de la justicia (específicamente, los de naturaleza penal) si ello supone de alguna manera garantizar la paz, que debe ser un interés prioritario.

La opinión de Malarino (2009) resulta muy acorde con el voto concurrente de García-Sayán. Sin embargo, su análisis es parcial, ya que, si bien la paz es un interés prioritario para la sociedad, muchas veces esa “paz” no podrá alcanzarse sin resolver, en primer lugar, las exigencias de la justicia. Aunque la paz constituya un fundamento esencial de la convivencia de una sociedad de individuos organizados (lo cual es una idea irrenunciable y en absoluto controvertida), garantizar la paz depende en gran medida de la vigencia de la justicia.

Reflexiones finales

Las amnistías, como forma de exención penal que pretende la eliminación del carácter punible de un acto ilícito, corresponden al no ejercicio de un Estado de su *ius puniendi*. Su admisibilidad no es un debate pacífico en la doctrina: mientras que algunos autores defienden la idea de recurrir a estas para equilibrar la justicia con la necesidad de obtener la paz, otros se oponen enfáticamente a su aplicación, aunque las permiten en casos limitadísimos.

Sin embargo, se considera que si bien los Estados están obligados a perseguir penalmente los crímenes más graves, esto no implica que en el DI exista una prohibición para aplicar las amnistías; sobre todo si se realiza previamente un análisis con el fin de ponderar la mencionada obligación internacional y los

intereses nacionales. Amnistías de carácter absoluto (como las autoamnistías) sí están proscritas conforme a la legislación internacional. Sin embargo, podría ser evaluada (concienzudamente), conforme a los parámetros internacionales, una amnistía condicionada que no exima de responsabilidad penal a quienes cometieron hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes internacionales.

Lo cierto es que el período de superación de grandes violaciones de derechos humanos no puede equipararse sin más a un período de normalidad jurídica, pues sin duda se presenta una multiplicación de la gravedad y cantidad de los crímenes internacionales. Sin embargo, existe una clara posición desarrollada por la Corte IDH que de acuerdo con parámetros internacionales se niega a admitir en sus decisiones la amnistiabilidad de los crímenes internacionales y violaciones de derechos humanos, lo cual también se desprende del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), por lo que claramente son obligación de los Estados las investigaciones y juzgamientos de tales crímenes.

Bien puede el juez García-Sayán aseverar que los mecanismos a aplicarse en la JT deben ser excepcionales, de lo que se desprende una prioridad en la consecución de la paz frente a la aplicación de justicia, pero no es posible afirmar que esto constituya la opinión de la Corte IDH, pues el voto del juez no es vinculante y solo aporta al debate, que aunque resulta de gran importancia, aún deja más preguntas que respuestas únicas. Pero sí es importante resaltar que dada la complejidad de la aplicación del concepto de JT, este debe desarrollarse como una verdadera “técnica de ingeniería social” que permita sentar las bases para la construcción de la paz, sin dejar de lado las obligaciones internacionales.

Bibliografía

- Ambos, Kai *et al.* (editores). (2009). *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung: Alemania.
- Ambos, Kai. (1999). *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Ad Hoc: Buenos Aires.
- Asmal, Kadel (2000). “Truth, Reconciliation and Justice: The South African Experience in Perspective”. *The Modern Law Review*, 63: 1–24. Blackwell Publishers: Oxford.
- Black’s Law Dictionary (2015). *A sovereign act of pardon and oblivion for past acts, granted by a government to all persons (or to certain persons) who have been guilty of crime or delict, generally political offenses*. Disponible en: <http://thelawdictionary.org/amnesty/> (Consulta: 15 enero de 2015).
- Beigbeder, Yves (1999). *Judging war criminals. The Politics of International Justice*. St. Martin’s Press, Inc: New York
- Chichón Alvarez, Javier (2009). “Modelos de persecución penal y Justicia Transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídicas internacionales tras los procesos de transición iberoamericanos: impunidad fáctica, amnistias e indultos”, en Capellá Roig, Margalina, y David Ginnard I Ferón(Coords.). *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1938-2008)*. Ediciones Documenta Balear: Palma de Mallorca.
- _____ (2012). *El binomio justicia transicional-Derecho Transicional. Un examen a propósito de algunas reflexiones teóricas recientes*. Proyecto de investigación DER 2012-36142 (Universidad Carlos III de Madrid), financiado por el Ministerio de competitividad de España.
- Correa, Cristian (2014). “Verdad, Justicia y reparación: Los grupos vulnerables y la Justicia Transicional”, en: Dorado Porras Javier (edit.). *Terrorismo, Justicia Transicional y Grupos vulnerables*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”: Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson HURIMAGE.
- De Páramo Argüelles, Juan Ramón (2014). “Argumentos y negociaciones de transición política”, en Isabel Turégano Mansilla (Editora). *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*. Editorial Universidad del Rosario: Bogotá.
- Donde Matute, Javier (2010). El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Ambos, Kai, *et al.* (Eds.). *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen: Montevideo.
- Fisas, Vicent (2004). *Procesos de paz y negociación en conflictos armados*. Paidós: Barcelona.
- Forcada Barona, Ignacio (2011). *Derecho Internacional y Justicia transicional*. Thomson Reuters: España.
- Gil Gil, Alicia (2009). *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*. Atelier libros jurídicos: Barcelona.
- Malarino, Ezequiel (2009). “Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas. Una crítica a la utilización excesiva del derecho penal en procesos de transición: no peace without justice o bien no peace with justice”, en Ambos, Kai *et al.* (editores). *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung: Alemania.

- Mateus Rugeles, Andrea y Juan Ramón Martínez-Vargas (2009). *Aproximación al tratamiento de la amnistía en el derecho internacional*. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792009000200006&lng=pt&nrm=iso&tlng=es#n9 (Consulta: 6 de enero de 2015).
- Méndez, Juan E. (2011). “Responsabilidad por los abusos del pasado”, en Felix Reátegui (Editor). *Justicia transicional, manual para america latina*. Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia: Brasilia.
- Messuti, Ana (2013). *Un deber ineludible. La obligación del Estado de Perseguir penalmente los crímenes internacionales*. EDIAR: Buenos Aires.
- Muñoz Conde, Francisco (2008). *La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho*. Disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/munoz%20conde-franquismo.pdf (Consulta: 2 de febrero de 2015).
- Ntoubandi, Faustin (2007). *Amnesty for Crimes against Humanity under International law*. Martinus Nijhoff Publishers: Boston.
- Olasolo Alonso, Héctor (2011). *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Instituto Iberoamericano de la Haya-Tirant Lo-Blanch: Valencia.
- _____ (2014). *Introducción al Derecho Internacional Penal*. Tirant Lo Blanch: México D.F.
- Ollé Sesé, Manuel (2014). “Derecho penal amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales”, en: Isabel Turégano Mansilla (Editora). *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*. Editorial Universidad del Rosario: Bogotá.
- Osiel, Mark (2005). “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, en: Retterberg, Angélica (Coord.). *Entre el perdón y el perdón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Corcas Editores: Bogotá
- Olsen, Tricia, Leigh A. Payne y Andrew G. Reiter (2010). “The Justice Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy”, *Human Rights Quarterly* 4, vol. 32: 980-1007. Hopkins University Press: Maryland.
- Parenti, Pablo y Lisandro Pellegrini (2009). “Informes nacionales: Caso Argentina”, en: Ambos *et al.* (editores). *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung: Berlín.
- Pérez del Valle, Carlos (2001). “Amnistía, constitución y Justicia Material”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 61.
- Perdomo Torres, Jorge Fernando (2006). “Corte Penal Internacional y Amnistía”, en: *Justicia Penal Internacional. Reflexiones acerca del delito político, extradición y amnistía*. Lima.
- Tamarit Sumalla, Joseph (2010). *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*. Atelier Libros Jurídicos: Barcelona.
- Teitel, Ruti (2011). “Genealogía de la Justicia Transicional”, en: Felix Reátegui (Editor). *Justicia transicional, manual para america latina*. Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia: Brasilia.
- Torres Argüelles, Alfredo (2015). *Repensando las amnistías en procesos transicionales*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- Van Zyl, Paul (2011). “Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto”, en: Felix Reátegui (Editor). *Justicia transicional, manual para america latina*.

Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia: Brasilia.

Jurisprudencia

Corte IDH Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001

Corte IDH Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

Corte DIH Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Voto concurrente del juez Diego García-Sayán.